FEBRERO REFORMADO

Y ANOTADO,

Ó LIBRERÍA DE ESCRIBANOS

QUE COMPUSO

DON JOSEPH FEBRERO

Escribano Real y del Colegio de la corte,

Y HA REFORMADO EN SU LENGUAGE, ESTILO, MÉTODO Y MUCHAS DE SUS DOCTRINAS ILUSTRÁNDOLA, Y ENRIQUECIÉNDOLA CON VARIAS NOTAS Y ADICIONES PARA QUE SE HAN TENIDO PRESENTES LAS REALES ÓRDENES MODERNAS,

EL LIC. D. JOSEPH MÁRCOS GUTIERREZ:

OBRA NO SOLO NECESARIA Á LOS ESCRIBANOS SINO TAMBIEN UTILÍSIMA Á TODOS LOS JUECES, ABOGADOS, PROCURADORES, AGENTES DE NEGOCIOS Y Á TODA CLASE DE PERSONAS.

PARTE I.

De últimas voluntades herencias, abintestato, mayorazgos, patronatos, capellanías, contratos, oficios públicos y otras varias materias con las escrituras correspondientes á ellas.

TOMO I.

TERCERA EDICION.

CON PRIVILEGIO.

MADRID

EN LA IMPRENTA DE DON BENITO GARCÍA Y COMPAÑÍA.

AÑO DE 1805.

Este tomo y los siguientes se hallarán en la librería de Castillo enfrente de San Felipe el Real.

Ca tenemos, que todos los de nuestro señorío deven saber estas nuestras leyes. (*Ley* 31 *tit.* 14 P. 5.) I deve la lei ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, y que ninguno por ella resciba engaño. (*Ley* 1 *tit.* 1 *lib.* 2 *de la Recop.*)

PRÓLOGO.

El título de *Febrero Reformado* que hemos creido adaptable á esta obra, causará tal vez extrañeza á muchos, por parecerles que la tan justamente celebrada *Librería de Escribanos* no necesitaba de ninguna reforma al ménos esencial, ó que dificilmente podria encontrar un digno reformador. La favorable acogida que ha tenido en nuestra península y en nuestras Américas, los innumerables elogios con que se la ha honrado en todas partes, el rápido despacho de muchas largas ediciones, y con especialidad la admiracion que ha causado ver una obra de un Escribano superior por su doctrina, utilidad é importancia á quantos escritos de jurisprudencia española han dado á la luz pública en el siglo pasado nuestros Letrados; parece no han permitido advertir defectos substanciales en ella ni aun á las personas que por su ilustracion y talentos son capaces de conocerlos. Pero no obstante hemos tenido mucho que corregir y mejorar en la Librería de Escribanos, como vamos desde luego á demostrar.

El método de Febrero es muy defectuoso, ó por mejor decir, Febrero no ha seguido ningun método. Ni hay órden en los capítulos, ni en los párrafos, ni á veces en los números, cláusulas, ni oraciones, de suerte

què las materias y especies parecen colocadas por casualidad, ó segun han ido ocurriendo á la imaginacion. Solo con ver la novedad que hemos hecho en el órden de los capítulos de la primera parte, de los párrafos del primer capítulo de esta y de muchos números de aquellos, se conocerá evidentemente esta verdad. Sin embargo no asegurarémos haber reformado en un todo el método del autor, pues para esto seria casi necesario formar la obra de nuevo; y ademas algunas especies útiles muy agenas del lugar en donde se hallan, se han conservado en él, por no haber otro mas oportuno.

Tambien se advierten no pocos defectos en el lenguage y estilo de Febrero, (1) y nuestro mayor y mas

(1) En prueba de nuestra asercion he aquí entre otras innumerables algunas expresiones sacadas del tomo primero. — La ley ó estatuto que concierne á la persona, . . se extiende á los (bienes) *consistentes* en el territorio propio de su origen ó naturaleza. cap. 1 n. 9. — El que quiera instruirse del concepto que se *concilian* estas memorias ó disposiciones privadas, &c. núm. 45. — Está en *viril* observancia, n. 100. — Si su padre *le premurió*. n. 150. — Se *desata* la substitucion exemplar por una de tres causas n. 159. — Una substitucion que *baxo del compendio de palabras* contiene diferentes substituciones. n. 162. La voluntad humana es *deambulatoria* hasta la muerte. n. 194. — Si... hizo codicilo con la solemnidad competente y en él institucion directa de heredero, se *obliquará* esta n. 205. — Se desvanecen *las tempestuosas nubes de fraude* con que pretende (Colon) arruinar su legalidad. (la de cierto testamento) núm. 214. — Sin que por ser dos ó mas los otorgantes se necesite *duplicidad* de testigos. núm. 217. — Esta pena de restitucion (de los gananciales) no se extiende al marido, *porque en él no se contempla desbonestidad, por no ser lecho de su muger, como ella lo es de él*. n. 246. — Interviniendo en su revocacion (la del codicilo) la misma solemnidad que en su *confeccion*. n. 261. — Es acto *de nudo ministerio*. n. 272. — A ménos que ocurra *gravacion* de enfermedad. n. 298. — La dote... *es como una manera de donacion*. cap. 2. n. 2. — Delito *productivo de pena*. cap. 3 n. 32 al fin. — Los soldados que estan en campaña para entrar *en bélico funcion*. n. 33. — Tocante á estilo sirvan de exemplo los nn. 75, 84 y 118 cap. 1, y los nn. 41 y 43 cap. 2, aunque se encuentran muchos aun mas desalinados.

molesto trabajo ha consistido en reformarlos en toda la obra, aunque como lo confesamos francamente, no hemos tenido bastante paciencia para mejorarlos quanto quisieramos, de manera que puedan tenerse enteramente por lenguage y estilo nuestros como los que tendriamos en un escrito original. Á un sin número de frases ó expresiones impropias se han subrogado otras castizas: á muchos términos bárbaros y antiquados (2) nada necesarios hemos substituido otros cultos que estan en uso; y á no pocas voces meramente latinas (3) que usan nues-

(2) Véanse aquí unas quantas voces bárbaras ó antiquadas de que usa Febrero. — Aducir, careciente, componible, conditor, deprecativamente, fictamente, imputabilidad, infringir, inventariante, irrevocacion, repetentes, reprobatorios de los reprobantes, subdistinguir, subingresion, subrogante, superlucrado, supernascencia, uso consumibles, &c. &c.

(3) A cada paso se leen en Febrero expresiones latinas como las siguientes.—Se le considera para este efecto, *tamquam si non esset in rerum natura.* cap. 1 n. 8. — La declaracion que haga *in articulo mortis* n. 28.— El que apetezca radical instruccion de esta materia, vea á Carpio...que...la explicó *pro dignitate* mejor que ningun otro n. 99.— Se graduaria como donacion entre marido y muger, ó de pacto *ad invicem succedendo.* n. 112 al fin. — La legítima de los descendientes es *debitum juræ naturæ*, y la de los ascendientes *debitum causa æquitatis, aut pietatis, & jure positivo.* n. 125. — Por no existir *in rerum natura.* n. 129.—Hace al hijo *sui juris.* n. 130.—Testa *nomine proprio.* n. 154.— El testamento *in scriptis* n. 202. —Vale *jure fideicommissi*, porque por defecto de solemnidad no puede valer *jure directo.* n. 206. — Los testamentos, ya sean ó no *ad pias causas.* Bienes... adquiridos *intuitu ecclesiæ.* n. 222. — Conjuntos *in re et verbis.* n. 230 al fin.— Si el difunto dexa hermanos *ex uno latere. . .* y *ex utroque latere.* n. 232. — Debe usar de ellos á arbitrio de buen varon... *salva filiis substantia.* n. 251. Esto es lo que mi corta penetracion alcanza, y seguria *in judicando et consulendo.* Aunque busqué el caso *in terminis.* núm. 256. al fin. Lo demas es *mixti fori.* n. 283. — Se centra á su goze *jure succesivo*... y no *jure hæreditario.* n. 285. —Por lo que se dá *ratione matrimonii.* cap. 2 n. 1.—Puede proceder el Juez *ex bono, et æquo.* n. 2.—Surte los efectos de la cláusula *rato manente pacto.* n. 44.—El contrato con pacto de *futura su cessione certo modo dividenda.* cap. 3. n. 33. al fin.—Debió Febrero escribiendo en un tiempo tan culto, y en que tanto procuran

tros Jurisconsultos, se ha dado la correspondiente traduccion. Como el lenguage de casi todos estos, hablen en latin ó en romance, es bien desaliñado y tosco, no es de admirar que jamas haya ocurrido á ninguno desterrar de la noble Jurisprudencia y del respetable foro semejantes expresiones. Pero á pesar de su autoridad y de la veneracion en que quiera tenérseles, ¿por qué á la expresion, *excepcion de la non numerata pecunia*, no se ha de substituir la de *excepcion del dinero no entregado*? ¿por qué á la de *dacion in solutum* no se ha substituir la de *dacion en pago*? ¿por qué á la de *donacion causa mortis* no ha de substituirse la de *donacion por causa ó temor de muerte*? ¿por qué á la de *capitis diminutio* no ha de substituirse la de *mudanza, pérdida, caida, ó mengua de estado*? ¿por qué á la de *suceder in capita ó in stirpem* no ha de substituirse la de *suceder por personas ó por estirpes*? Igualmente ¿por qué se ha de decir contraer matrimonio *in facie ecclesiæ*? ¿Son necesarias estas voces latinas? ¿Se contrae matrimonio, quando es de ningun valor por no haber intervenido las solemnidades que prescribe la iglesia? Así hemos purgado el lenguage técnico de nuestra jurisprudencia de muchas expresiones latinas que eran otras tantas manchas que le afeaban. Ahora falta que los Jueces, Abogados y Escribanos adopten las voces que á ellas hemos substituido. A la verdad como desco-

nuestros escritores modernos á imitacion de los extrangeros adaptar su propio idioma á todas las ciencias y artes, explicar en el mismo las muchas expresiones que puso en el latino siguiendo á los autores antiguos; puesto que nuestra lengua no es ménos enérgica ni rica de voces que las extrangeras. Y por otra parte fue una necedad muy extraña y aun vituperable en Febrero que usase de infinitas expresiones latinas, no pudiendo ignorar que es rarísimo el Escribano que entiende el idioma latino.

nocidos en la república de las letras carecemos de la autoridad necesaria para introducir voces en nuestro idioma; pero fuera de que solo hemos hecho el papel de traductor, atiéndase á si merecerá nuestro pensamiento la aprobacion de los escritores cultos y amantes de la pureza y hermosura del habla castellana.

Esta reforma de lenguage y estilo es tanto mas útil y aun necesaria, que la presente obra es casi la única que estudian nuestros Escribanos, y la que así en los principios como en el curso de su carrera manejan mas los Profesores de jurisprudencia, entre quienes hay no pocos, especialmente en las provincias, que usan todavía de un lenguage bastante obscuro é impropio, y aun chabacano y grosero. (4) Causa fastidio y risa leer sus escritos en las causas forenses. La ciencia de los Demóstenes y Eschines, de los Cicerones y de los Hortensios, otras veces tan galana y pomposa en el foro, se nos dexa ver hoy no poco desaliñada y tosca. Y ¿qué

(4) En órden al estilo forense de nuestros Letrados, he aquí como se explica el Sr. Don Simon de Viegas en su juicioso y apreciable discurso sobre el foro, (*páginas* 153, 154 *y* 155) publicado mucho despues de la formacion de este prólogo. "Por aquí se conocerá (dice) que yo no los propongo como modelos de eloqüencia, (*algunos escritos forenses suyos puestos á continuacion del discurso*) sino únicamente para que se vea que sobre pleytos se puede hablar tan llana y perceptiblemente como sobre otra qualquier cosa, porque es una lástima que las buenas ó malas que tengamos que decir, las hayamos de dar envueltas en la obscuridad de un idioma afectado y falsamente misterioso, que solo puede servir para representar que poseemos ideas tan inaccesibles y peregrinas, como lo es el lenguage mismo de que comunmente usan los Letrados, vender nuestros conocimientos por mas de lo que valen, y hacer el papel de sabios, para que los que nos oyen y no nos entienden, crean que son ellos los ignorantes. — No puedo ménos de quejarme de que debiendo ser los Letrados los depositarios de la propiedad del idioma, hayan venido á ser sus escritos forenses modelos de caricaturas gramaticales y locuciones estrambóticas."

es de extrañar, quando tienen un mal lenguage y estilo los libros que estudian nuestros Profesores? Por tanto, si hemos conseguido mejorar notablemente en esta parte la Librería de Escribanos, como que anda en las manos de todos, podremos lisonjearnos de que ántes de mucho tiempo serán bastantemente mas cultos que en la actualidad nuestros Abogados y Escribanos.

La reforma tocante á estilo y lenguage no se ha hecho solamente en lo doctrinal de la obra sino tambien en las escrituras y diligencias judiciales; pues aunque Febrero hubiese mejorado en uno y otro las que se hallan extendidas en los formularistas que le precedieron, aun quedaba mucho por hacer; bien que dexamos intactas en lo principal las fórmulas que tiene recibidas la práctica, y que asimismo hubiéramos reformado y abreviado considerablemente á tener para ello suficiente autoridad. Las dilatadísimas cláusulas ó periodos, el mal enlace de sus oraciones, las expresiones ó palabras toscas, y las muchas redundancias y superfluidades (5) ha-

(5) Es muy digna de correccion la superfluidad y redundancia que se notan en el formulario de nuestras escrituras y que seguramente habia de haber rectificado Febrero no dexándose llevar de la corriente de los formularistas antiguos. Léanse estos dos exemplos de cláusulas redundantes. "Otorgan que se apartan de los referidos esponsales, los que dan por disueltos, rescindidos, nulos y de ningun valor ni efecto, como si no los hubieran contraido, y los otorgantes recíprocamente uno al otro por libres é indemnes entera y absolutamente de la obligacion que por la palabra de casamiento tenia ligadas sus personas: se dexan en plena libertad, y confieren el mas eficaz é irrevocable poder que necesiten para que cada uno use de ella, y se case ó elija otro estado á su arbitrio sin licencia, intervencion, ni consentimiento de el otro, del mismo modo que ántes lo podian practicar sin diferencia, y como si jamas hubiera habido tales esponsales, á cuyo fin se desisten, y separan de todas las acciones que para impedírselo les competian, las que dan por extintas, fenecidas y acabadas: se devuelven las referidas alhajas, y suplican á los Señores Jueces competentes los hayan por apartados y libres enteramente pa-

cen tan confusa como molesta la leyenda de nuestras escrituras, y en esto se ha exercitado principalmente nuestra reforma, por manera que no dudamos asevérar que despues de haberlas leido mejoradas no podrán leerse sin fastidio, segun las extendió el autor,

ra disponer de sus personas, segun les convengan. Y baxo de juramento que hacen por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz tal cómo esta ✠ se obligan á que jamas se pondrán impedimento, ni reclamarán esta escritura total, ni parcialmente, y si lo hicieren, quieren que á mas de no oírseles en juicio, ni fuera de él, se les compela á su observancia, y condene en costas, y que por el mismo hecho sea visto haberla aprobado y ratificado con mayores vínculos y firmezas, *añadiendo fuerza á fuerza y contrato á contrato.* Y al cumplimiento de este obligan sus personas y bienes muebles, raices, &c." cap. 2 n. 64. (*En esta obra es el cap.* 13 *n.* 70.)—"La qual le dona con toda su fábrica, &c. por libre de todo gravamen real, perpetuo, temporal, especial, general, tácito y expreso. Y desde hoy en adelante para siempre jamas se abdica, desprende, desapodera, desiste, quita y aparta, y á sus herederos y sucesores de la posesion y dominio, ó propiedad, título, voz, recurso y otro qualquier derecho que á la citada casa le corresponde, y lo cede, renuncia y traspasa plenamente con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, executivas y demas que le competen, en el mencionado Juan Fernández, á quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituye Procurador actor en su propio negocio, para que la goze, y sin dependencia, ni intervencion del otorgante la cambie, enagene, use y disponga de ella como de cosa suya adquirida con justo legítimo título, y tome y aprenda de su autoridad, ó judicialmente la real tenencia y posesion que en virtud de este instrumento le pertenece; y para que no necesite tomarla, y ántes bien conste en todo tiempo ser suya en pleno dominio, y que en este concepto puede disponer de ella libremente á su arbitrio, formaliza á su favor esta escritura, de la qual me pide le dé las copias autorizadas que quisiere para su resguardo, con las que sin mas acto de aprension, ni aceptacion ha de ser visto haber tomado, aprendido y transferídosele dicha posesion, y en el ínterin se constituye su inquilino y precario poseedor en legal forma, y á este efecto le entrega los títulos de su pertenencia á mi presencia, de que doy fé, con arreglo á lo prevenido por las leyes octava y nona del título trigésimo Partida tercera, para que de esta suerte se verifique no reservar en sí derecho alguno á la prenotada casa, y esta donacion sea perfecta y estable en todas sus partes." cap. 3 n. 47. (*En esta obra es el cap.* 12 *n.* 42.)

quien no dexó de conocer dichas redundancias.

Nuestro primer ánimo fué el de mejorar el lenguage y estilo de Febrero sin alterar su contenido en quanto á las ideas y doctrina, corrigiendo ó aclarando por medio de notas lo que fuera digno de enmienda, ó exîgiese alguna explicacion; pero en breve advertimos que este pensamiento no podia llevarse á execucion sin hacer muy voluminosa la obra. En verdad las notas para corregir los yerros que son muchos, para explicar los pasages ó expresiones obscuras que son innumerables, para hacer ver la falta de exâctitud y sus equivocaciones en varios de sus conceptos y en la inteligencia de los autores, habrian abultado casi tanto como la obra principal. Así qué, fué forzoso tomar el prudente arbitrio de hacer todo esto en su mismo contenido, aunque á veces para mayor ilustracion y desengaño hemos contradicho en algunas notas errores, acaso nunca refutados, que conviene desarraygar, y hecho explicaciones que no se debian omitir. Las definiciones y divisiones por exemplo que tanto conducen para la mayor claridad y el mas perfecto conocimiento de las materias que se tratan, y sin las quales todo es confusion y embrollo, son inexâctas y defectuosas en Febrero, y en vez de dexarlas como estaban, poniendo al pie de las páginas otras mejores, las hemos perfeccionado ó substituido otras en su propio lugar. Para conocer bien toda esta mejora es indispensable un detenido y molesto cotejo de muchas páginas, y como pocos ó ningunos Profesores hábiles podrán ó querrán tomarse semejante incomodidad, por ventura no nos harán en esta parte algunas personas toda la justicia que se nos debe hacer. Sin embargo de que habiamos hecho bastante estudio de la Librería de Escribanos ántes de ocurrírsenos su reforma, no advertimos hasta tener adelantado este tra-

bajo lo mucho que habia que corregir en ella.

Ademas de dichas notas hemos puesto otras varias con algunas doctrinas ó especies de que freqüentemente se ofrece hacer uso, aunque considerando que no debiamos dilatar sobremanera una obra que dexamos con la correspondiente extension, hemos sido en esto mas económicos de lo que pensábamos ser; fuera de que en esta primera parte hemos omitido algunas notas que serán mas oportunas en la segunda, donde se vuelven á tratar diferentes materias con mayor amplitud. Igualmente damos noticia en otras de las Reales órdenes publicadas despues de la muerte del autor que hacen al propósito, ó copiamos literalmente en varios apéndices lo substancial de ellas.

Sin quitar á la obra nada de su mérito, ó por mejor decir, dándole mayor realce, hemos logrado abreviarla considerablemente, y hacer á los que la necesiten el no pequeño beneficio de reducir á cinco tomos los siete de que constaba, ya suprimiendo muchas cosas del todo inútiles é impertinentes, (6) ya diciendo sin perjuicio de la claridad en pocas palabras lo que habia dicho en muchas y tal vez obscuramente el autor, ya excusando infinitas repeticiones nada necesarias, (7) y ya omitiendo muchas cláusulas y leyes enteras del derecho romano y canónico, insertas por lo comun sin necesidad á causa de haberse expresado substancialmente en castellano su contenido.

Tambien hemos omitido muchas de las innumera-

(6) En comprobacion de esto pueden verse los nn. 1, 169 claus. Pero no, 196 y 308 cap. 1, y el n. 20 claus. Y sin embargo, y la nota 2 del n. 63 cap. 2.

(7) Quando alguna especie útil no se encuentre en el lugar donde estaba, téngase por seguro que se hallará en otro mas oportuno de la obra.

bles citas de la obra. Al parecer Febrero se dexó llevar del envejecido prurito de ostentar grande lectura, erudicion y manejo de los cuerpos del derecho y de los autores de jurisprudencia. Así vemos su Librería atestada de citas de leyes romanas y canónicas, aun quando apoye enteramente sus proposiciones en otras nuestras. Así vemos tambien en su Librería, como sino fuese suficiente valerse de los infinitos Jurisconsultos que tenemos, los nombres de Afflictis, Corbulo, Lorter, Mansi, Marinis, Lobo, Paris, Layman, Donadeo, Gamma, Merlin, Rimini y otros muchísimos autores extrangeros que ningun Letrado sensato tomará en sus manos, y que bien pueden ya en nuestros dias sepultarse enteramente en el olvido. Pero nosotros considerando que es tan superfluo como ridículo el luxo literario de llenar la mitad de las páginas de dichas citas, al paso que hemos enmendado muchas equivocadas, hemos omitido muchísimas de ellas, conservando todas las de leyes patrias: las de nuestros autores, aunque se han quitado las de los ménos célebres, siempre que se ha citado un crecido número: alguna que otra del derecho romano y canónico donde nos ha parecido oportuno; y algunas pocas de intérpretes extrangeros, quando solo se han apoyado las doctrinas en la autoridad de ellos. Si alguno (lo que no esperamos) echase ménos las largas *retabilas* de citas de leyes civiles y autores, las encontrará en qualquiera de los que se citan, puesto que tuvieron el recurrir á ellas por el mejor medio para componer facilmente muchos y gruesos tomos de á folio en aquellos tiempos lastimosos en que, como dice un Magistrado Español, solo se oian en los tribunales de la nacion *ignorantes rábulas ó leguleyos*, y molestos declamadores ó vocingleros que apoyaban la justicia de sus partes en un indigesto amontonamiento de autoridades, burlán-

dose á cada paso del espíritu de las leyes con dar mas peso á los caprichos de unos necios y bárbaros intérpretes (8).

A pesar de estos defectos que hemos notado en la Librería de Escribanos, defectos que á quien dude de ellos podrémos demostrar fácilmente, bien de palabra, bien por medio de la prensa, y defectos asimismo nada extraños en un autor que no siguió carrera literaria, ni manejó autores de los mas cultos ni de la mas fina crítica; no puede dudarse que es una obra apreciable y conducente por su mucha y buena doctrina, por las innumerables especies útiles que contiene, y por la grande y extensa instruccion que vierte de la práctica moderna. Admira por cierto que un Escribano sin dichas qualidades hubiese podido componer semejante obra; pero el talento de Febrero, su infatigable laboriosidad que aceleró el término de sus dias, y el vehemente deseo de ser un ciudadano útil á su patria superaron todos los obstáculos, y nos le han hecho digno de que veneremos su memoria.

Esta obra que segun dice el mismo Febrero, *es la mas clara, completa y copiosa que se conoce en nuestro idioma*, basta por sí sola, prescindiendo de la práctica, para que un Escribano pueda desempeñar muy bien su ministerio, siempre que la estudie, como corresponde; y sin ella jamas podrá cumplir ni aun medianamente con sus deberes. Su misma lectura pone de manifiesto que es imposible exercer debidamente los Escribanos su oficio sin saber mucho de jurisprudencia; pues de lo contrario

(8) Merecen disculpa los intérpretes por razon del tiempo en que escribieron, y en el que nosotros habriamos incurrido en sus mismos defectos. Si ahora resucitasen, mirarian con ceño sus escritos y los castigarian con severa crítica.

forzosamente han de cometer infinitos absurdos que originen costosos é interminables litigios, y de que sean víctima innumerables ciudadanos en sus bienes y derechos. No es esto decir que haya de tenerse en la memoria toda la Librería de Escribanos, sino que todos estos deben leerla y estudiarla con reflexion quanto les permitan sus ocupaciones, y tenerla siempre á la mano para los casos que se les ocurran.

Al mismo tiempo esta obra no solo es necesaria á los Escribanos sino tambien utilísima á toda clase de personas, mayormente despues que íntimamente persuadidos de que el lenguage de la jurisprudencia puede y debe ser no como el de los desaliñados y confusos glosadores sino claro, natural y sencillo que le entiendan aun los mas rudos; le hemos dado toda la claridad posible, quitando quanto sin necesidad alguna estaba escrito en idióma latino que aun casi todos los Escribanos ignoran, omitiendo todas las vanas y obscuras sutilezas, y usando solo de palabras y expresiones que todos entiendan, ó explicando á continuacion las que no todos hayan de entender, como se verá en las leyes de Partida que se insertan. Por tanto reformada y mejorada en los términos expuestos la Librería de Escribanos, á cuyo título podria substituirse el de *Librería de Derecho Español para toda clase de personas*, ú otro semejante, es indudablemente la obra de jurisprudencia española entre todas quantas tenemos, que mas puede instruirnos y en menos tiempo, y la única de que pueden valerse nuestros compatriotas para cumplir con un importantísimo precepto de nuestras leyes que imponen á todos fuera de la muger, del menor, pastor y simple labrador ó aldeano, la obligacion de saberlas, prohibiendo que se les admita su ignorancia por excusa. Este mandato que nunca se ha observado, ni ha sido posible observar-

se por falta de libros que facilitasen su execucion, podrá verse cumplido en nuestros dias con tan grande beneficio de la nacion como detrimento de las injusticias y pleytos mediante el Febrero Reformado y Anotado, sobre cuyas materias como las de testamentos, herencias, particiones, contratos, &c. se ofrecen freqüentes casos á todos y en todos los pueblos de la península.

En el prólogo de esta primera parte que hemos omitido por difuso é impertinente, prueba Febrero con varias leyes, autoridades y razones (9) que el cargo de Escribano es noble y honorífico; pero nosotros creeriamos hacer agravio á esta honrosa y decente profesion, si nos

(9) La ley 3 tit. 8 lib. 3 del Fuero Real llama público y honrado al oficio de Escribano. La ley 2 tit. 19 P. 3 dice que el que ha de exercerle debe ser christiano, hombre libre y sugeto de buena fama. La ley 3 sig. trae estas palabras »Poner escribanos es cosa que pertenece á Emperador, ó á Rey. E esto es, porque es tanto como de los ramos del señorío del reyno. Ca en ellos es puesta la guarda, é lealtad de las cartas que facen en la corte del Rey, é en las ciudades, é en las villas. E son como testigos públicos en los pleytos, é en las posturas (pactos) que los omes facen entre si. E por ende lugar de tan gran guarda, é de tan gran lealtad como este non es guisado (justo) que ningun ome aya poderío para otorgarlo si non fuere Emperador, ó Rey, ó otro á quien otorgasse alguno dellos poderío señaladamente de lo facer." La ley 14 del mismo título y partida manda que quien deshonrase, ó hiriere á algun Escribano, pague dos tantos mas de lo que pagaria, sino lo fuese. Ademas para ser admitidos á exámen los Escribanos deben justificar con citacion del Procurador Síndico ante las justicias de sus domicilios limpieza de sangre, legítimidad, fidelidad, habilidad, buena vida y costumbres. (Leyes 1, 2, y 3, y autos 1 y 13 t. 25 lib. 4 R.) Para la validacion de lo mandado por los Jueces han de autorizarlo los Escribanos y así firman con ellos. Finalmente para poder los Secretarios del Despacho Universal autorizar los testamentos y contratos de personas Reales se les expide notaría de reynos sin embargo de lo alto y elevado de sus empleos. (Esto se ha tomado del prólogo de Febrero; y ademas puede verse la obra que sobre esta materia escribió y publicó en Valencia en 1794 y siguientes en tres tomos en quarto Don Juan Joseph Sancha, Escribano de S. M. y del colegio de dicha ciudad.)

detuviésemos á demostrar semejante verdad. ¿Quién podrà dudar al presente de sus prerogativas y privilegios? ¿Quién en la actualidad ha de reputarla baxa y despreciable? Y sino obstante hubiese algunos necios orgullosos que la tengan en tal concepto, por ignorar en qué consiste el verdadero honor, debe despreciarse ántes que refutarse su opinion. El abuso de tan decoroso ministerio no debe degradarle como ni á los demas de la república de la estimacion y aprecio que le son debidos.

INDICE.

De los capítulos de esta primera parte.

TOMO PRIMERO

CAP. I. De los testamentos y últimas voluntades.

CAP. II. De las herencias abintestato y quarta marital.

CAP. III. De las aceptaciones y repudiaciones de herencias.

CAP. IV. De las renuncias en general, y en especial de las que hacen los Religiosos y Religiosas.

CAP. V. De la reservacion que debe hacer el viudo ó viuda que se vuelve á casar.

CAP. VI. De los bienes gananciales.

CAP. VII. De los mayorazgos y agregaciones.

CAP. VIII. De los patronatos y capellanías.

CAP. IX. De las ventas, trueques y retractos. (En el § 2 de este capítulo se trata por incidencia de la alcabala y de los pechos, del dominio y de los modos de adquirirle, de la posesion y de las servidumbres.)

TOMO SEGUNDO.

CAP. X. De los arrendamientos.

CAP. XI. De los censos.

CAP. XII. De las donaciones.

CAP. XIII. De las dotes y arras.

CAP. XIV. De las compañías y del contrato trino.

CAP. XV. De las promesas.

CAP. XVI. De los préstamos.

CAP. XVII. De los depósitos.

CAP. XVIII. De las prendas é hipotecas.

CAP. XIX. De las fianzas y mancomunidad, del arraygo de aquellas, de la caucion juratoria y de la indemnidad.

CAP. XX. De las cartas de pago y finiquitos.

CAP. XXI. De la espera de acreedores.

CAP. XXII. De los compromisos y transacciones.

CAP. XXIII. De los poderes, cesiones y lastos.

CAP. XXIV. De las protestas y de los protestos de cambios.

CAP. XXV. *De los oficios públicos.*

CAP. XXVI. *De los prohijamientos, legitimaciones y emancipaciones, y de los aprendices y pupilos.*

CAP. XXVII. *De la denuncia de obra nueva.*

CAP. XXVIII. *De los perdones de injurias.*

CAP. XXIX. *Del homenage.*

CAP. XXX. *Del acto para dar habito militar.*

CAP. XXXI. *De los instrumentos públicos y de las prohibiciones á los Escribanos.*

CAPÍTULO PRIMERO.

De los testamentos y últimas voluntades.

§. I.

Del testamento y sus especies, del número y calidad de testigos que han de intervenir en él, de quién puede hacerle y cómo, y de varias cosas que ha de contener.

1 Uno de los actos que en esta vida humana exîgen mas prudencia y circunspeccion, es un testamento. Continuamente vemos ya que los testadores no disponen de sus bienes ó parte de ellos, como deberian disponer, con grande perjuicio y dolor de los que merecen obtenerlos: ya que por no explicarse con la debida claridad especialmente en los puntos principales, dexan á las personas que mas aman, en vez de una lucrosa herencia que les proporcione su tranquilidad y bien estar, costosos y fatales litigios que las arruinan y constituyen en un estado doloroso: ya que aparece ser la voluntad de los testadores la que verdaderamente no lo es; y ya que se suponen testamentos de los que no los han otorgado jamas. Para ocurrir á tantos males nada es tan conveniente é importante como que los testamentos sean la obra y el fruto de un juicio sano y de una memoria despejada, circunstancias casi incompatibles con las graves indisposiciones á que por desgracia esperan muchos para otorgar sus últimas voluntades, sin que los casos lastimosos de que son testigos, los mueva á testar quando gozan de perfecta salud, variando despues lo que les parezca razonable segun las novedades que ocurran. Ademas convendria mucho que para tan interesante acto se consultaran sugetos doctos y timoratos que por ningun título tuviesen intereses en él, como asimismo que se echase mano de los Escribanos y testigos mas instruidos y de mejor conducta.

2 El testamento *es una disposicion en que manifiesta el otorgante su última voluntad, principalmente respecto á sus bienes y derechos, para que se cumpla despues de su*

muerte. Hay dos especies de testamento: uno es *solemne y* otro *privilegiado*: el solemne es *el que se otorga con varias solemnidades que prescriben las leyes, segun debe en general hacerse*; y el privilegiado ó no solemne es *el que ningun otro requisito exige sino que conste de la voluntad del otorgante.* El primero se divide en *escrito y nuncupativo*: el escrito que vulgarmente se llama *cerrado*, es *el que se formaliza en escritura cerrada, signada por Escribano, y firmada de este, del testador y siete testigos presenciales, ignorando regularmente el Escribano y testigos, ó al ménos estos su contenido*: el nuncupativo, llamado comunmente *abierto*, es *el que se hace ante Escribano y testigos, ó tan solo ante estos, cerciorándose uno y otros de la voluntad del testador, porque la declara en su presencia manifiesta y verbalmente.*

3 El testamento privilegiado llámase así por el privilegio concedido á los que gozan del fuero militar, que son los que únicamente pueden otorgarle, sobre cuyo particular hé aquí las disposiciones que ha habido. Segun una ley de Partida (*a*) los militares estando en su casa deben ordenar su testamento del mismo modo que los demas hombres; pero estando en campaña pueden hacerle ante dos testigos, y si se hallan en peligro de muerte, por haber sido heridos en alguna batalla, ó ir á entrar en ella, como quisieren y pudieren, de palabra ú por escrito, escribiéndole con su sangre en su escudo, armas, arena, ó en donde les parezca, y de qualquiera suerte es válido, pudiendo probarse con dos testigos presenciales y no de otra forma, pues por causa del riesgo á que se exponen por la defensa del Rey y de la patria, se les dispensa la solemnidad regular. En el art. 1 tit. 11 tract. 8 tom. 3 de las Reales ordenanzas del exército, impresas en el año de 1768, se declara que todo individuo que gozare de fuero militar, le gozará tambien tocante á testamentos en qualquiera parte que teste, sea dentro ó fuera de campaña. En los artículos 2 y 3 se expresa, que en el conflicto de un combate, ó cerca de empezarle, que en naufragio ú otro inminente peligro militar en que se ha-

(*a*) La 4 t. 1 P. 6.

lle, pueda testar como quisiere ó pudiere por escrito sin testigos, en cuyo caso valdrá la declaracion de su voluntad, como conste ser suya la letra; ó de palabra ante dos testigos que depongan conformes haberles manifestado su última voluntad. En el art. 4 se previene que se tenga por válida la disposicion del militar escrita de su letra en qualquiera papel que la haya hecho, sea en guarnicion, quartel ó marcha; y que siempre que pueda testar en parage donde haya Escribano, lo haga con éste segun costumbre. Mas por haber ocurrido algunas dudas sobre la inteligencia de este artículo, se expidió Real cédula declaratoria de él en 24 de octubre de 1778, cuyas son estas palabras: „He tenido á bien declarar por punto general á consulta de mi Supremo Consejo de Guerra de 3 de julio de este año que todos los individuos del fuero de guerra pueden en fuerza de sus privilegios otorgar por sí su testamento en papel simple, firmado de su mano, ú de otro qualquiera modo en que conste su voluntad, ó hacerle ante Escribano con las formulas y cláusulas de estilo; y que en la parte dispositiva pueden usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les da la misma ley militar, la civil ó la municipal„. Así que, hoy no solo los militares sino tambien todos los que gozan del fuero de guerra por sus destinos ó empleos, pueden testar en la forma que prescribe esta cédula. Si hacen por sí su testamento, no son necesarios (segun se entiende) los dos testigos que ántes se requerian por la ley de Partida, pues no manda que los haya, ni habla de solemnidad alguna; bien que de este silencio infiero no se ha derogado la establecida, por ser precisa derogacion especifica (1); pero si lo otorgan ante Escribano, deben concurrir los testigos que previene la ley á causa, de usar de ella y no del fuero de guerra. En quanto á sus hijos que por sus propias personas no gozan de él, parece no debe ampliarse la disposicion de la cédula, por ser personal el fuero. Todo esto necesita á mi entender

(1) No alcanzo que sea necesaria tal derogacion, y me parece que las palabras de la cédula inserta, *en papel simple firmado de su mano ú de otro qualquiera modo en que conste de su voluntad*, han derogado la ley de partida sin necesidad de hacer mencion de ella.

nueva y expresa declaracion para desvanecer las dudas que por su omision y silencio se suscitan (1).

4 El testamento abierto puede otorgarse de dos maneras: la una ante Escribano público y testigos, y la otra ante éstos solamente en cédula ó memoria, ó de palabra, aunque haya Escribanos en el pueblo, pues no es precisa su asistencia (*a*). Estos testigos han de ser varones mayores de catorce años, libres, de buena vida y fama, y rogados para serlo por el testador, ó por el Escribano, ú otro en su nombre; (*b*) (2) y de los que son necesarios hoy en el otorgamiento ó publicacion del testamento, intervenga ó no Escribano, trata la ley 1 tit. 4 lib. 5 de la Recop. que dice: „Si alguno ordenare su testamento ú otra postrimera voluntad con Escrivano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres tes-

(1) Los requisitos con que deben otorgarse en general los testamentos, no los han prescripto las leyes como una mera é inútil solemnidad sino como medios de evitar ó frustrar los fraudes de que sin mas miramiento á los que gozan del fuero de guerra que á los demas, procuran valerse hombres codiciosos y perversos para apoderarse del patrimonio ageno; y á la verdad seria cosa ridícula prescribieran las leyes alguna formalidad que no fuese ó no se creyese conducente á este fin. Por tanto no es facil alcanzar la causa de concederse un privilegio que puede ceder en perjuicio de los mismos privilegiados, ó de sus parientes y amigos. Si á pesar de las muchas formalidades que han de intervenir en el otorgamiento comun de las disposiciones últimas, vemos tantas falsedades para burlarlas ¿qué será por exemplo, quando un papel simple firmado de mano del testador sin mas prueba ni testigo haya de tenerse por un firme y válido testamento? ¿no se podrán suponer facilmente en este caso testamentos de personas que hayan muerto intestadas? Es verdad que se quiere conste de la voluntad del testador, pero en esto consiste la dificultad. ¿Como constará bien de su voluntad haciendo uso de las expresadas facultades? Y ¿quántas veces no parecerá que consta de su voluntad sin constar de ella?

(*a*) Leyes 1 t. 4 lib. 5 R. y 102 t. 18 P. 3. Matienz. dicha ley 1 glos. 3 n. 2 glos. 6 n. 2 glos. 7 n. 1. (*b*) Leyes 1 y 9 tit. 1 P. 6. Gom. en la 3 de Toro nn. 23 y sig. Flores de Mena lib. 1 Var. q. 1 n. 26. Matienz. dicha ley 1 t. 4 glos. 8 nn. 1 &c. y 8.

(2) Como las leyes de la Recop. que expresan las solemnidades del testamento escrito y nuncupativo, no hablan de la fogacion, deben entenderse corregidas las leyes de Partida que hacen mencion de ella. Bastará pues que el testador manifieste su última voluntad ante testigos congregados por qualquiera otra causa, aunque no se les haga ninguna especie de súplica. Las leyes de la Recop. no se acomodan como las de Partida á las formalidades ó sutilezas del derecho romano.

tigos á lo ménos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere; y si lo hiciere sin Escrivano público, que sean así, á lo ménos cinco testigos vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere aver; y sino pudieren ser avidos cinco testigos, ni Escrivano en el dicho lugar, á lo ménos sean presentes tres testigos vecinos del tal lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante Escrivano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar adonde se hiciere el testamento.,, Y es de advertir, que quien está por el testamento, debe probar la vecindad como hecho, si se la niega, porque quando la ley exige alguna qualidad en los testigos, no se presume sino la prueba el que se vale de ellos (a).

5 Pero como la ley inserta no dice, si serán 6 no suficientes ménos de los siete testigos, quando no son vecinos, dúdase si bastarán los tres y el Escribano. Yo pienso que si en el lugar del otorgamiento hay copia de gente, deben intervenir cinco, porque la vecindad se requiere precisamente para la validacion del testamento, no concurriendo mas que tres testigos; y que si intervienen los cinco y el Escribano, aunque no sean vecinos, serán bastantes, porque el Escribano supone por dos que con los cinco són los siete que pide la ley. Por tanto, si el testamento hecho ante siete testigos no vecinos y sin Escribano es válido, tambien debe serlo el otorgado ante cinco y el Escribano, y así se practica. Ademas, aunque la ley 1 tit. 25 lib. 4 de la Recop. prohibe á los Escribanos Reales autorizar contratos y testamentos donde los hay Numerarios, pena de nulidad y otras, excepto en la corte y chancillerías; no obstante, si hay motivo para no otorgar testamento ante el Numerario, como quando una muger casada oprimida de su marido para que le instituya heredero, lo repugna, y por temor de que si hace su testamento ante el Numerario del pueblo, lo sepa su marido y la maltrate, lo otorga

(a) Matienz. ley 1 t. 4 lib. 5 R. glos. 5 n. 13. Burg. de Paz ley 3 de Toro, part. 1 concl. 3 n. 521.

ante un Escribano Real de fuera ó de dentro de él y cinco testigos no vecinos; será válido, por ser otorgado ante siete, puesto que supone por dos el Escribano; y si á este no se tuviere por tal á causa de la prohibicion legal, se publicarán y practicarán las diligencias que con el hecho en cédula ó de palabra ante testigos sin Escribano, de que trato mas adelante. Asimismo para excusar en este y otros casos semejantes todo motivo de disputa, y el que se declare nulo el testamento, hará el Escribano Real que concurran siete testigos que sepan firmar, y que lo firmen, con lo qual no pueda alegarse nulidad, ni que murió intestada la testadora, sin embargo de no ser vecinos; pues si concurriendo siete sin esta qualidad vale el testamento, aunque no intervenga Escribano, con superior razon debe valer concurriendo los mismos siete con él, téngasele ó no por tal. Tendrá esto presente el Escribano para evitar á los testadores el desconsuelo de no poder testar á su arbitrio, y el que hereden sus bienes los que no quieren instituir por herederos. Exîge la ley la vecindad en los testigos de los testamentos, porque como por razon de ella conocerán al testador mas bien que los no vecinos, se merecen mas fé, y con ellos se puede probar mejor el otorgamiento.

6 Se llama vecino el natural de estos reynos que tiene casa en algun pueblo propia ó alquilada, y la habita con su familia: que está en ánimo de permanecer en él por algun tiempo, aunque no sean diez años, ni posea hacienda raiz: que sufre las cargas que los demas moradores de él, y es tenido y reputado por tal, pues no basta que sea originario. Así que, todos quantos se hallan empleados en esta corte con oficio ú otro destino, habitan con su familia, sean casados ó solteros, y tienen intencion de permanecer en ella, porque les precisa á esto su ocupacion, se deben tener y reputar por vecinos, no obstante el decirse que la corte es patria comun, y que todos son transeuntes en esta, porque transeunte es el que va de una parte á otra; v. gr. el soldado, el arriero ó traginante que en ninguna de aquellas por donde pasa, fixa su domicilio ni piensa subsis-

tir; y no el que lo piensa, y está arraygado con su familia, hogar y casa propia ó agena alquilada en su cabeza, y asimismo con destino, sea arte, oficio, ó empleo. Pero si está en posada ó es pretendiente, no se le debe reputar por vecino, sin embargo de que tenga aquí su familia, porque su ánimo no es el de permenecer sino el de irse luego que logre lo que pretende. Tampoco deben reputarse por vecinos los hijos de familia que viven baxo la potestad de sus padres, ni los criados solteros que estan y comen en casa y á expensas de sus amos (*a*); mas sí han de tenerse por tales estando casados y habitando fuera de la casa de estos con la racion que les dan. En esta atencion se advierte al Escribano que no autorice en esta corte ni en otros pueblos semejantes testamentos ante tres testigos solos sin constarle su vecindario, pues como aquí apenas suelen conocerse los que viven en una casa, puede viciarse aquel por defecto de esta qualidad, y si da fé de que son vecinos y se vé despues lo contrario, será castigado.

7 Para llamarse vecino el extrangero ha de obtener privilegio de naturaleza, ó convertirse en estos reynos á nuestra santa fé y establecer su domicilio. Tambien lo será, si pide y le dan vecindad en algun pueblo, ó se casa con muger natural, y se domicilia en él, (si aquella no es natural, se hace por el mismo hecho del domicilio de su marido), ó se arrayga comprando ó adquiriendo bienes raices, ó viene á morar y exercer oficios mecánicos, ó tiene tienda en que vende por menor, ú obtiene en el concejo oficios públicos y honoríficos ó cargos de qualquiera clase que solo pueden desempeñar los naturales, ó goza de los pastos ó comodidades que son propias de los vecinos, ó habita casa poblada diez años en estos reynos; y en otros casos en que conforme á nuestras leyes y Reales órdenes adquiere naturaleza el extrangero, y está obligado á las mismas cargas que los naturales por participar de sus utilidades (*b*).

8 El testamento cerrado debe otorgarse indispensa-

(*a*) Matienz. ley 1 t. 4 lib. 5 R. glos. 5 nn. 2 &c. y 10. Flórez de Mena lib. 1 Var. q. 1 nn. 6 &c. y 11. (*b*) Auto 22 t. 4 lib. 6 R.

blemente ante Escribano y siete testigos de las calidades referidas en el núm. 4, y sino interviene Escribano, por no haberlo en el pueblo, será nulo, aun quando se añada un testigo mas como en el testamento del ciego, porque la ley Real quiere que intervenga precisamente (*a*). Y aunque no es necesario que los testigos sean vecinos del lugar en que se otorga, por no mandarlo la ley (*b*), sí que se exprese de donde lo son, para que quando llegue el caso de su apertura, se pueda recibirles sus deposiciones.

9 Puede escribir el testador su testamento cerrado en papel sellado ó blanco, y firmarlo si sabe y puede: si no, qualquiera persona de su satisfaccion puede extenderle de su mandato, pues por no saber leer ni escribir no le privan las leyes de hacerlo como al ciego; y despues de escrito y cerrado con lacre, oblea ú otra cosa que lo asegure, ha de entregarlo al Escribano para que extienda el otorgamiento en su cubierta, y lo signe y firme á su presencia con todos los testigos; y estando todos juntos ha de decir á estos: *Este es mi testamento*: *ruégoos que pongais en él vuestros nombres*: cuya solemnidad es conforme á la ley 2 tit. 1 P. 6, excepto que no está en uso el sello de los testigos, y á la 3 de Toro que es la 2 tit. 4 lib. 5 de la Recop. y dice: „Ordenamos y mandamos que la solemnidad de la ley del ordenamiento del Señor Rey Don Alonso de suso contenida, que dispone quantos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho *nuncupativo*, ahora sea entre los hijos ó descendientes legítimos, ahora entre herederos extraños; pero en el testamento cerrado que en latin se dice *in scriptis*, mandamos que intervengan á lo ménos siete testigos con un Escribano, los quales hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y el testador si supieren y pudieren firmar, y sino supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros,

(*a*) Algunos sin fundamento dicen lo contrario, sobre lo qual véase á Matienzo ley 2 tit. 4 lib. 5 R. glos. 4. (*b*) La 2 tit. 4 lib. 5 R. Matienz. en ella glos. 2 y 3.

de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del Escribano.,,

10. Esta forma y solemnidad como de derecho mas nuevo que el de las partidas, es la que se observa, de suerte que si el testador no sabe ó no puede escribir, á lo ménos llevándole ó dirigiéndole alguno la mano trémula, (pues en este último caso puede hacerlo á presencia del Escribano y testigos (*a*), sin que por esto se vicie, y así se practica) debe firmar por él uno de los testigos: si alguno ó algunos de estos no saben, firmará por ellos otro; y si el testador y seis de los siete testigos tampoco saben, ó no pueden firmar, basta que firme por todos el que sepa, primero por el otorgante ó testador, luego por sí como testigo, y despues por los demas expresando el nombre y apellido de cada uno: v. gr. *Testigo á ruego del otorgante: Pedro Rodriguez = Fuí testigo: Pedro Rodriguez. = Testigo á ruego de Juan Fernandez: Pedro Rodriguez. = Testigo á ruego de Diego Rubio: Pedro Rodriguez, &c.* Asimismo el Escribano debe prevenir en el otorgamiento que este testigo firmará por sí, por el testador y por los testigos restantes á causa de no saber ó no poder, y luego lo subscribirá, signará y firmará como lo manda la ley, de manera que sean ocho firmas fuera de la suya y su signo; pues no son suficientes una por el testador, otra por sí y otra por los demas testigos (*b*); y autorizado que sea el otorgamiento, entregará al testador el testamento para que lo guarde si quiere, porque debe parar en su poder ó en el de la persona que elija, y no en el del Escribano como tal hasta que se abra y publique, por no ser hasta entónces instrumento público, y para evitar las sospechas que infundadamente cree Colon (*c*) se pueden concebir contra el mismo Escribano y testigos que firma. Esto es pues lo que se observa, y así no se priva al testador de hacer testamento escrito, no sabiendo firmar al ménos tres testigos, como quiere dicho autor.

(*a*) Matienz. ley 2 t. 4. lib. 5 R. glos 2 y 6 n. 4. Greg. Lop. ley 1 t. 1 P. 6 glos. 11. (*b*) Gom. ley 3 de Toro nn. 23 &c. y 31. Matienz dicha ley 2 glos. 2 n. 3 y 4 y glos. 7 n. 4.
(*c*) Instruc. Jurid. lib. 3 cap. 4.

11 Pero si el testador no sabe firmar, ó aunque sepa, si no sabe al ménos uno de los testigos, no puede otorgar testamento escrito; pues no basta que el Escribano firme por sí, por el otorgante y por los testigos, ni debe hacerlo, aunque algunos opinan lo contrario, porque la ley de Toro inserta no le concede tal facultad, ni la ley 2 tit. 1 P. 6 que dice: „E ruegovos que escrivais en él vuestros nomes, è que lo selleis con vuestros sellos. E él otrosi, deve escrevir su nome, ó facerlo escrevir en fin de los otros testigos ante ellos, diciendo assi: yo otorgo que este es el testamento que yo Fulano fice, è mandé escrevir.„ Ni tampoco la 103 tit. 18 P. 3 que trae la forma de ordenar los testamentos y contiene lo siguiente: „E si por aventura el que lo ficiere, non quisiesse que los testigos supiesen lo que es fecho en él, puedelo mandar facer al Escrivano en poridad (*en secreto*): é despues que fuere fecho, deven los testigos sobredichos escrevir en él sus nombres, é sellarlo de sus sellos, assi como dicen las leyes de nuestro libro en el titulo de los testamentos.„ Así pues, por nuestro derecho Real son requisito formal y preciso las firmas referidas, y es necesario su reconocimiento ántes de la apertura del testamento, pudiendo ser habidos los testigos, como explicaré en el §. XVI. Si el Escribano autorizase sin dichas firmas un testamento escrito, no incurrirá en pena por no imponérsela ninguna ley, pero se le tendrá por ignorante, y el testamento será nulo (*a*).

12 Tres circunstancias deben concurrir indispensable y copulativamente en el otorgamiento ante Escribano, ó publicacion del testamento, ú otra última disposicion, para que no se invalide. La primera es, que todos los testigos no solo oigan hablar, sino tambien que á un propio tiempo, aunque sea el de peste, vean al testador, pues se podria cometer algun fraude remedando su voz. La segunda es, que entiendan perfectamente hasta la parte mas mínima del contenido del testamento abierto y del otorgamiento del cerrado, para que siendo interrogados

(*a*) Góm. ley 3 de Toro n. 31. Matienz en la 2 cit. glos. 2 n. 3 vers. Tertio lege nostra, y glos. 6 nn. 3 y 4.

puedan deponer contestes y unánimes, y firmen este en los términos ya explicados. Y la tercera circunstancia es, que miéntras se lee y otorga ó publica, esten todos presentes sin faltar ninguno, por manera que no basta que algunos de ellos oigan parte de él y los demas lo restante, ni que el testador manifieste separadamente á cada uno en distintos dias ú horas su voluntad; pues ántes bien todos juntos en un mismo acto, lugar y tiempo sin intermision (1) la han de oir enteramente (*a*) de su boca, porque de lo contrario serán testigos singulares, no contestes, y por lo mismo no harán prueba, ni habrá testamento (*b*). Faltando qualquiera de estas circunstancias en el testamento será de ningun valor quanto en él se contenga.

13 En el otorgamiento de todos los testamentos nuncupativos ó cerrados de marido y muger, ó de otras personas que testen separadamente ó juntas de conformidad, sean legítimos ó extraños los herederos, han de intervenir la misma solemnidad y los mismos testigos que se ha dicho, sin que por ser dos ó mas los otorgantes, haya necesidad de que aquellos se dupliquen (*c*), y así se practica.

14 El ciego no puede testar sino nuncupativamente (*d*) y en el otorgamiento de su testamento deben intervenir con precision al ménos cinco testigos como lo dice expresamente la ley 2 tit. 4 lib. 5 Recop. cerca del

(1) Las Leyes de la Recop. que tratan de la solemnidad del testamento, nada dicen acerca de la circunstancia de que no se interrumpa el otorgamiento con ningun acto diverso, y así por exemplo si durante aquel se ofrece casualmente hablar de alguna venta, y en breve se celebra esta, no dexará el testamento de valer.

(*a*) Antes de publicarse ó leerse enteramente el testamento no consta de la última voluntad del testador, porque durante la publicacion ó lectura puede quitar, añadir y alterar lo que le parezca, como varias veces sucede, (Góm. ley 3 de Toro nn. 18 y 19) y aunque esté extendido el testamento, puede contener algunas cosas diversas de las que el testador quiso, ó quiera quando le otorga. (*b*) Leyes 3 tomo 1 P. 6 y 1 tit. 4 lib. 5 R. Matienz. en esta, glos. 4 nn. 1, 2 y 3. Góm. en la 3 de Toro nn. 33, 47 y 48. Castillo en ella verb. Interveng. (*c*) Burg. de Paz dicha ley 3 de Toro nn. 1230 y sig. Matienz. ley 2 tit. 4 lib. 5. Recop. glos. 6 núm. fin. (*d*) Ley 14. tit. 1 Part. 6. Matienz. dicha ley 12 glos 8 nn. 2 y 3.

fin que corrige en quanto á su número la 14 tit. 1 Part. 6 que manda sean siete y un Escribano público; para que como carece de vista, no sea engañado, ni se le suplante una escritura por otra, lo qual no puede suceder á quien tiene vista y no sabe leer; pero no es preciso que sean vecinos, porque ninguna ley lo previene. A ruego del ciego firmará su testamento uno de los testigos, como manda la ley se haga en todos los instrumentos (*a*); pues solo siendo el testamento cerrado es indispensable que firmen todos los testigos, ó unos por otros; bien que aunque todos firmen la disposicion testamentaria nuncupativa, no se anulará, porque la ley no lo prohibe, y lo que abunda no daña.

15 Si no concurre, ó no puede ser habido Escribano, deben estar presentes á su otorgamiento ocho testigos, segun lo manda la referida ley 14 al fin: „E si el Escrivano público non se pudiere aver, deven aver otro que lo escriva, é que sean con él ocho testigos en lugar del Escrivano.„ Esta disposicion no se ha derogado por derecho mas nuevo, y en este caso se ha de hacer publicacion y han de practicarse las mismas diligencias que en los testamentos hechos verbalmente ó en cédula (*b*); pero aunque dicha ley previene que el Escribano y todos los testigos lo sellen y firmen, ó unos por otros, no se observa esta disposicion, y lo que se hace es firmar uno de los testigos por el ciego, y el Escribano por sí como en el del que no lo es, nombrándose los demas al fin como en otro qualquier instrumento.

16 De ninguna disposicion testamentaria pueden ser testigos los condenados por cantares, dictados ó libelos infamatorios, por ladrones, homicidas, traydores al Rey ó república, ú otro delito semejante: los apóstatas de nuestra Santa Religion, aunque despues se conviertan, los menores de catorce años, las mugeres, los locos miéntras lo están, los pródigos privados por tales de la administracion de sus bienes, los mudos y totalmente sordos, el hermafrodita (que es el que participa de las na-

(*a*) Matienz. dicha ley 2 glos. 8 nn. 3 y fin. (*b*) Gom. ley 3. de Toro nn. 51 y 52. Matienz. dicha ley y glos. 8 núm. 5 Parlad. differ. 14. núm. 16.

turalezas de ámbos sexôs (1), porque esta voz se compone de las griegas *herma*, que en nuestro castellano equivale á masculino, y *aphrodi*, que quiere decir hembra), á no ser que su naturaleza participe mas de la de varon que de la de hembra; ni el siervo, aunque si lo es alguno reputado comunmente por libre, no se anulará por esto el testamento (*a*). Tampoco pueden ser testigos el heredero instituido en él, ni sus padres, descendientes, hermanos, ni parientes dentro del quarto grado por afinidad y consanguinidad contado segun derecho civil sobre la contienda que tuviese el mismo heredero con los parientes del testador, ó con otros en razon del testamento en que fué nombrado (*b*): ni los que no entienden el idioma del testador, aunque el Escribano se lo explique, pues serán

(1) No solo el vulgo demasiado propenso á creer todas las cosas peregrinas sino tambien casi todos los Teólogos y Jurisconsultos dan por cierta la existencia de los hermafroditas perfectos y verdaderos; quiero decir, de personas varones y hembras á un mismo tiempo; como puede verse en sus obras, y principalmente en el Señor Mateu *de re criminali controv.* 48. que refiere varios casos á que dá asenso, de sugetos que habian concebido y hecho concebir; pero yo tengo por conveniente y oportuno desimpresionar en este lugar de semejante error á quantos le crean, con la autoridad y las mismas palabras del Señor Valmont de Bomaire en su *Diccionario de Historia natural*. »Las personas calificadas, dice, con el nombre de *hermafroditas* léjos de ser á un tiempo hombres y mugeres no son por lo comun ni lo uno ni lo otro, y no deben su conformacion singular sino á un juego de la naturaleza cuya operacion fue interrumpida." Y mas adelante añade.

»Todas estas particularidades y otras muchas observaciones que creemos inútil citar aquí, se enderezan á demostrar: en primer lugar, que entre las varias especies de hermafroditas no hay quienes reunan las facultades de ámbos sexôs con igual ventaja; es decir, que puedan engendrar fuera de sí y en sí mismos, y que puedan ser á su arbitrio ya hombres, ya mugeres; en segundo lugar; que se hallan hermafroditas que tienen un sexô dominante, siendo imperfectos los órganos del sexô opuesto; y en tercer lugar, que la última especie de hermafroditas que es la mas comun, se encuentra en los que tienen alguna cosa de la conformacion perteneciente al uno y al otro sexô, y que son incapaces para la generacion como varones y como hembras."

Del mismo dictámen son el Conde de Buffon en su *Historia natural* y el Abate Herbas en su *Historia del hombre* tom. 1 lib. 2 cap. 4 apoyado en muchas autoridades respetables. (*a*) Leyes 17 tit. 16 P. 3 y 9 y 10 tit. 1 P. 6 Ferraris Biblioth. verb. Hermaphroditus.

(*b*) Ley 11 tit. 1 Part. 6. Flores de Mena lib. 1. Var. q. 1 n. 24.

testigos de éste y no de aquel (*a*): ni finalmente el ciego, porque no puede ver al testador, y es preciso que los testigos lo vean.

17 A los legatarios permite el derecho (*b*) ser testigos en los testamentos y últimas voluntades en que lo son; pero pudiendo asistir otros no los admita el Escribano por razon de ser interesados. Los Clérigos de órden sacro tambien pueden serlo, porque no les está prohibido. Los Regulares profesos, aunque no tienen voluntad, no son vecinos de pueblo alguno, ni tampoco se les contempla vivos, por haber renunciado el mundo, y hallarse fuera de su sociedad, y por lo propio parece que no deben intervenir en negocios de los que están en él; si son testigos en alguna última disposicion, no dexará ésta de valer, porque las leyes no les prohiben ser testigos en ella ni en otro acto civil, y lo que no está prohibido se entiende permitido (*c*); mas el Escribano haga que se busquen otros para evitar pleytos necios, y si no pudieren ser habidos, no dexe por eso de autorizar el testamento expresando no haberse hallado. Tambien son testigos idoneos para el testamento el fideicomisario y el testamentario particular, con tal que se haga escritura pública; ó no haciéndose é intentándose probar el testamento por testigos, si nada se trata de la herencia entre ellos y el heredero, y son rogados para presenciarle, no de otra suerte (*d*). Pero si los testamentarios son nombrados para distribuir los bienes del difunto haciendo veces de herederos, no podrán ser testigos en el testamento en que lo sean, por la razon de que el heredero está privado de serlo.

18 Puede testar qualquiera persona de ámbos sexôs que no tenga prohibicion de hacerlo. El infante ó menor de siete años está privado de ello por naturaleza, pues no tiene uso de razon; y por derecho positivo lo

(*a*) Véase á Castillo ley 3 de Toro verb Intervenga.

(*b*) Leyes 20 ff. y 22 Cod. Qui testamenta facere poss. Matienz. ley 1 tit. 4 lib. 5 Recop. glos. 8 nn. 9, 10 y 11.

(*c*) Reinfestuel lib. 3 tit. 26 §. 2 n. 13. Ferraris Biblioth. verb. Testam. art. 1 nn. 24 y sig.

(*d*) *Flores* de Mena lib. 1. Var. quæst. 1 n. 25.

está el pupilo que es el varon menor de catorce años y la hembra de doce (a), siendo indispensable para testar que los tengan cumplidos (b): con cuyo requisito lo pueden hacer sin licencia de sus ascendientes de la tercera parte de sus bienes adventicios, castrenses y quasi castrenses (c), aunque esten baxo de la patria potestad, como lo dice expresamente una ley recopilada (d) que en esta parte corrige otra de partida (e), pues es para dexar todos sus bienes á otros para lo que necesitan su licencia, la qual pueden concederles en escritura separada ó en el mismo testamento; y sino tienen bienes, piden á sus padres les señalen peculios para testar, de los quales disponen, si se los señalan, haciendo de lo contrario declaracion de pobre en que expresan ser hijos de familia y no tener de que disponer.

19 Igualmente se halla privado de testar el loco miéntras lo está; pero vale el testamento que hace ántes de la locura y el que formaliza durante sus lucidos intervalos, como lo perfeccione en ellos, pues si ántes de concluirlo vuelve á su fatal estado, no valdrá (f); y así para anular el testamento del loco que tiene lucidos intervalos, es menester probar concluyentemente con el Escribano y testigos instrumentales que al tiempo de su otorgamiento lo estaba. El pródigo, á quien se prohibe judicialmente administrar sus bienes, no puede testar, pero será válido el testamento que ordene ántes de la prohibicion judicial. Tampoco pueden testar el mudo y sordo por naturaleza; mas si lo son por enfermedad ó accidente y saben escribir, podrán hacerlo (g).

20 Asimismo no pueden testar los dados en rehenes (1), los siervos cuyo testamento no valdrá aun he-

(a) Ley 13 t. 1 Part. 6.
(b) Ley 5 ff. qui testam. fac. poss.
(c) Ley 6 de Toro que es la 1 t. 8 lib. 5 de la R. (d) La 4 t. 4 lib. 5 que es la 5 de Toro. (e) La 13 t. 1. part. 6. (f) Ley 13 t. 1 P. 6. En el §. 17 n. 241 se dice lo que debe hacerse en este caso.

(g) Dicha Ley 13.
(1) En el dia los rehenes así como los prisioneros conservan todos los derechos de ciudadanos y consiguientemente la facultad de tes-

cho en el concepto de ser libres, si despues se sabe que no lo son: los condenados por libelos infamatorios, ni los que han sido declarados en juicio traydores ó hereges. „E aun decimos que los hereges despues que son condenados por sentencia de heregía, no pueden facer testamento.„ Así habla de los últimos la ley 16 tit. 1 Part. 6, de manera que no habiendo sido sentenciados por hereges podrán testar, y no habrá inconveniente alguno en autorizar el testamento de los hereges tolerados con quienes tratamos, aunque lo mejor será que hagan donacion por causa de muerte, con la qual se evitarán dudas, pues son hereges conocidos, que viene á ser lo mismo para el caso que si se les hubiese condenado por tales. Pero en general los condenados por delito á muerte civil ó natural pueden testar ó dar poder á alguien para que teste en nombre suyo de sus bienes, exceptuando los que pertenezcan al fisco (a).

21 Los usureros manifiestos estan tambien privados de testar, si no restituyen las usuras, ó no dan fianzas de restituirlas, á ménos que testen en favor de causas pias, ó no hallen quien los fie; pues como tales son infames y no debe dárseles sepultura eclesiástica (b).

22 Los Canónigos Reglares y demas Religiosos profesos no pueden testar, porque para este efecto y el de contraer se les tiene por muertos, ni tampoco pueden hacerlo los hermitaños que viven baxo de regla aprobada (c). Los Religiosos del Orden Militar de San Juan de Jerusalen, llamados Caballeros de Malta, ya sean Baylíos, Comendadores, Priores, ó Capellanes de enco-

tar, por haberse suavizado mucho las costumbres desde la formacion de las Partidas hasta el presente. Lo mismo debe decirse de los Españoles que los Mahometanos y demas infieles tengan cautivos, mayormente quando la ley 8 t. 21 P. 2 prohibe que ningun judio, moro, herege, ni persona de otra secta pueda tener siervo christiano. Por tanto tal cautiverio es una servidumbre de hecho y no de derecho, pudiéndose decir que aunque el cautivo español se halla en servidumbre, no es siervo.

(a) Leyes 15 t. 1 P. 6 y 4 de Toro que es la 3 t. 4 lib. 5 de la Recop. (b) Leyes 9 t. 13 P. 1, 4 t. 6 P. 7 y 5 t. 6 lib. 8 R. cap 2 de Usuris in 6. Gom. ley 3 de Toro n. 14. (c) Leyes 9 t. 13 y fin. t. 21 P. 1 y 17 t. 1 P. 6, cap. 2 de Testam.

miendas, ya esten en el claustro, ya con empleo fuera de su convento, ya en sus casas, no pueden testar estando profesos, sin licencia de su Gran Maestre, pues son verdaderos Religiosos, hacen voto de pobreza, no tienen voluntad, y se lo prohiben los estatutos de su órden (*a*), sin que los habilite para ello el hallarse fuera de clausura, así como no habilita al monge el episcopado. Ademas estan revocadas por la Santa Sede las licencias para testar que tenian los militares profesos, cuya revocacion han aceptado los de San Juan (*b*); y llega á tanto dicha incapacidad que ni aun pueden reservar bienes algunos ántes de profesar para testar de ellos despues, como lo tiene decidido la Sagrada Congregacion del Concilio (*c*); por lo qual todos los bienes que poseen quando mueren, sean ó no patrimoniales, que llaman *espolio*, son propios de su religion y pertenecen absoluta é indistintamente al tesoro de esta. Pero si los espolios de los Capellanes de las encomiendas corresponden á los Baylios, Priores ó Comendadores y no al Gran Maestre, pueden estos conceder á aquellos licencia para testar, donar, enagenar y disponer de ellos en vida y muerte á su arbitrio segun la constitucion 60 de Gregorio XIII. expedida en 13 de Marzo de 1580, la qual tendrá presente el Escribano para prevenirlo á estos Caballeros y no autorizar sus testamentos sin la licencia referida; pues sin embargo de que ninguna ley se lo prohibe, debe exitar nulidades y que le califiquen de ignorante; y aun quando la tengan, no deben excederse de las facultades que en ella se les conceden, que son para testar del quinto (*d*) (1).

(*a*) Tit. 18 n. 1.

(*b*) Pius 5. In motu propio ann. 1568 qui incipit: Sacrosanct. Greg. 15 decis. 85 y 109. Bonacin. tom. 1 de Obligation. Beneficior. disp. 4 punct. 1 d. 22. (*c*) Barbos. in Summ. decis. Apostolic. collect. 72 n. 18.

(*d*) En quanto á si la licencia debe ó no preceder al testamento para que no se anule, véase á Scafio Propugnacul. Sacræ Religionis Militaris Sancti Joannis discept. 9 cap. 5 desde el n. 13 hasta el fin, donde defiende con otros que no es necesario. Véase tambien á Ferraris *Biblioth. verb. Hierosolimitani* y á los que cita.

(1) Con motivo de hablarse en este número de los Caballeros de Malta y de su Gran Maestre no queremos pasar en silencio que por

23 Sobre si es ó no válido el testamento del que despues de haberle hecho entrar en religion capaz de adquirir, ó el que hace estando en ella, pero ántes de la profesion; y sobre si se revoca ó no por esta, hay variedad de opiniones, diga en él ó no el testador que tiene ánimo de ser Religioso profeso, si le ha otorgado pocos meses ántes, y no instituyó por heredero á su convento á falta de legítimos; pues se presume hecho en fraude de este, que quieren sea tenido en lugar de hijo y que le herede, como se prueba de la ley 17 tit. 1 Part. 6 que dice: „Mas todos los bienes que oviesse, deven ser de aquel Monesterio, ó de aquel lugar do entrasse, si non oviesse fixo, ó otros que decendiessen por la liña derecha que hereden lo suyo„ Mas para evitar pleytos le aconsejará el Escribano que dentro de los dos meses próximos á la profesion renuncie sus bienes y herencias futuras, segun lo dispone el santo Concilio de Trento (a).

24 Como el disponer cada uno de sus bienes para despues de su muerte es de derecho público (1), y la ley no hace mencion de los excomulgados, hay opiniones diametralmente opuestas sobre si podrán ó no testar; pero en mi dictámen se debe distinguir entre los tolerados y los no tolerados. Los tolerados pueden del mis-

Real cédula de 17 de Abril de 1802 se han incorporado á la Corona, así como por la utilidad pública se unieron á ella en otro tiempo los maestrazgos de las Ordenes Militares nacionales, las Lenguas y Asambleas de España de la Orden Militar de San Juan de Jerusalen, declarándose nuestro Soberano Gran Maestre de ella en sus dominios para velar *sobre su buen gobierno y direccion en la parte externa, dexando lo concerniente al régimen espiritual y religioso á la autoridad de la Iglesia, y del Sumo Pontífice Romano que no ha desaprobado esta providencia.* Véase la Real cédula cit. En las Adiciones pág. 1.

(a) El que quisiere instruirse radicalmente, vea á Gutierr. *Canon. quæst. lib. 2 cap. 15*; á Gom. *ley 3 de Toro n.* 12 y lo que explicaré en el cap. 4.° §. 1; pues ha habido sobre esto mucho aluchamiento en los AA. himiamente adictos á los frayles y sus conventos.

(1) Es de derecho público y no privado, ya porque nadie pueda testar, sino se lo permite la ley, y ya porque el testamento ha de otorgarse siempre con las formalidades que previenen las leyes y no segun el arbitrio ó capricho de los testadores, aunque no pueda dudarse de su voluntad. Sin esta breve explicacion muchos no entenderian dichas palabras.

mo modo que los que no estan excomulgados, porque el Concilio Constanciense y la extravagante de Martino V, que empieza *Ad vitanda scandala*, les permiten tratar con los no excomulgados y exercer actos de jurisdiccion, de donde se infiere que tambien podrán testar y hacer todo lo que el católico que no lo está. Los no tolerados ó vitandos (1) no podrán, especialmente si permanecen mas de un año en la excomunion; pues en este caso no solo se les priva de la comunion espiritual sino tambien de la temporal, y así nadie puede darles de comer ni beber, saludarlos, resaludarlos, rogar como ministro público por ellos, ni sepultarlos en sagrado, segun lo dicen Santo Tomas (*a*) y estos dos versos.

Si pro delictis anathema qui efficiatur:
Os, orare, vale, communio, mensa negatur; (*b*)

aunque sí se puede comunicar con ellos en los cinco casos que contiene este otro verso:

Utile, lex, humile, res ignorata, necesse;

y son: el primero, quando el excomulgado tiene necesidad de alguna cosa ó de valerse de algun medio para salir de la excomunion: el segundo es respectivo á la muger que se halla obligada á tratar en lo temporal con su marido: el tercero, el de los hijos y criados que tienen igual obligacion respecto á sus padres y amos: el quarto, quando se ignora la excomunion; y el quinto, quando se necesita al excomulgado por razon de su facultad ú oficio, como si fuese Abogado ó menestral; fuera de lo qual estan absolutamente incapaces, y nada que hagan, les sirve, miéntras no se arrepientan y pidan la absolucion. Ademas se les tiene por sospechosos en la fe y se puede proceder contra ellos;

(1) Estos son el público percusor de Clérigo, y los que han sido puestos en tablillas despues de haberse observado quanto para este caso previene el derecho canónico.

(*a*) Suplemento de la 3 part. q. 23 art. 1. (*b*) Por derecho Real y canónico se imponen al excomulgado otras penas fuera de las expresadas. Leyes 8 t. 13 P. 1 y 1 t. 5 lib. 8 R. cap. 12 de Sepulturis. Ferraris Biblioth. verb. Testamentum art. 3 n. 21. Gutier. Canon. quæst. lib. 1 cap. 1.

pues dan á entender que miran con desprecio la excomunion: que la Iglesia carece de potestad para segregarles de su grey, y de consiguiente para castigarles por contumaces: de donde parece se infiere que al modo que el herege declarado no puede testar, tampoco podrá el excomulgado vitando, porque aunque no es herege conocido ni declarado, manifiesta por su contumacia mas señales de tal que de católico (a).

23 Los Clérigos Seculares pueden testar de sus bienes patrimoniales, quasipatrimoniales é industriales (b); pero no de los propios de la iglesia, ni de los que por razon de esta adquieren segun derecho canónico (c); bien que en estos reynos de Castilla testan de los ultimos como de los patrimoniales por costumbre que manda observar una ley Recopilada (d), y en virtud de ella se sucede por testamento y abintestato en todos sin diferencia, aunque los Clérigos hayan sido Religiosos profesos, por lo que una vez secularizados pueden testar de sus bienes como si nunca hubieran entrado en religion. Así se declaró en la Sala primera de Gobierno del Consejo en 19 de mayo de 1786 con audiencia fiscal, y se libró Provision en 13 de junio siguiente con insercion de la ley citada á instancia de Don Juan Marin, Religioso secularizado del Orden de Mercenarios Calzados y vecino del lugar de Juanejo en la jurisdicion de la ciudad de Granada, quien pretendió que el Consejo declarase qué facultades tenia para disponer de sus bienes, ó se la concediese para acudir á este fin á la Silla Apostólica. En esta atencion sus conventos deben devolverles los que posean por representacion suya, aunque hayan hecho renuncia á su favor, porque esta lleva embebida la condicion tácita de perseverar y morir en la religion, en cuyo concepto se debe entender for-

(a) Acerca de este punto véase á Gómez en la ley 3 de Toro n. 14 y á otros AA. que cita, los quales sostienen lo contrario, apoyándose en que el excomulgado aun vitando no es de los excluidos expresamente por derecho como el usurero manifiesto. (b) Cap. 9 de Testam. cap. Episcopi 19 causa 12 quæst. 1 cap. Placuit 1 y Quicunque 2 eadem causa quæst. 3. (c) Cap. 7, 8, 9 y 12 de Testam. (d) La 13 t. 8 lib. 5.

malizada, y no absoluta ni simplemente; y porque como dexan de ser súbditos é individuos de la religion, y no los mantienen sus conventos, cesa la causa y título que tenian para poseerlos, se extingue el derecho con que se los habian apropiado, se tiene por no hecha la renuncia, y de consiguiente hacen reversion á su dueño legítimo y primitivo, el qual para este caso se estima como si nunca hubiera sido Religioso; pues no es creible ni aun presumible que quando hizo la renuncia, hubiese sido su ánimo otorgarla en otro concepto ni quedarse pobre, porque se lucrase el convento que no le habia de mantener: á mas de que seria una donacion inmensa que está justamente reprobada. Por tanto ninguna razon hallo para que el convento retenga sus bienes en su perjuicio, ni para que sobre esto se le oiga en juicio, ni dé lugar á pleytos y expensas indebidas.

26 Los Arzobispos y Obispos suelen poseer bienes adventicios y profecticios: los adventicios son los que adquieren no por razon de sus obispados ni de beneficio, renta ó dignidad eclesiástica, sino por otras, v. g. industria, donacion, herencia de alguno ó cosa semejante; y de estos y de los patrimoniales pueden disponer á favor de quien quisieren (a). Los profecticios son los que adquieren por sus obispados, dignidades y beneficios eclesiásticos, y aunque en vida tienen facultad para distribuirlos entre sus parientes, amigos, criados ú otras personas, carecen de ella para dexarlos á nadie en su última voluntad (1). Tocante á los bienes propios de la Iglesia, nunca se les permite enagenarlos (b).

27 Los peregrinos y romeros tienen facultad para testar libremente como quisieren, y el que se lo impide incurre en varias penas (c); y muriendo intesta-

(a) Leyes 2 y 3 t. 21 part. 6.

(1) En el art. 8 del último concordato se obligó su Santidad á no conceder en adelante con motivo alguno á ninguna persona eclesiástica, por benemérita que fuese, facultad para testar de los frutos y expolios de sus iglesias episcopales aun en favor de causas pias.

(b) Ley fin. t. 21 part. 1. (c) Leyes 30 t. 1 part. 6 y 2 t. 12 lib. 1 R.

dos debe la Justicia del lugar en que acaece su muerte, inventariar y depositar sus bienes, gastar lo preciso en su entierro, y hecho dar cuenta al Rey, ó á quien le represente, para que disponga del residuo entre sus consanguineos, y á falta de ellos en obras pias, pues aunque no los tengan, no recaen en el fisco (*a*). Ademas, las Justicias por donde transitaren, deben ampararlos y no permitir que en sus personas ni bienes se les haga la menor extorsion ni daño, y así á ellos como á sus herederos los han de oir y despachar con la brevedad posible, de suerte que no experimenten dilacion ni perjuicio (*b*).

28 Si el que tiene prohibicion de testar, impetra licencia del Rey para hacer testamento, y en su virtud le ordena conforme á derecho, valdrá del mismo modo que el otorgado por el capaz; y si le pide la merced de que se halle presente á su otorgamiento y se la concede, será válido, aunque nadie mas concurra (*c*). No es necesario que la licencia para testar preceda al testamento, y bastará que la obtenga despues, en atencion á que con ella se corrobora; pues como no tiene fuerza, ni se perfecciona hasta que el testador fallece, es suficiente que en este tiempo se halle hábil el que le hace (*d*); y la licencia que se obtiene antes de la perfeccion del testamento le confirma, porque se retrotrae al tiempo pasado en que se otorgó (*e*).

29 En el testamento se han de expresar la naturaleza y filiacion del testador, no porque sea indispensable para su validacion, sino para que en vista de ellas puedan sus descendientes y consanguineos hacer las pruebas que les convengan. Tambien ha de contener invocacion divina, protestacion de la fé, señalamiento de sepultura,

(*a*) Ley 31 t. 1 P. 6 y Greg. Lop. en ella, y ley 5 t. 12 lib. 1 R. Gom. Ley 8 de Toro, nn. 25 y 26. Véase el cap. 2 n. 9 al fin. (*b*) Leyes 32 t. 1. P. 6 y 3 t. 12 lib. 1. Recop. (*c*) Ley 5 t. 1 P. 6. (*d*) Ley 6 §. 6 vers. Qua ratione, ff. de Injusto, rup. testam. (*e*) Arg. leg. 30 in fin. ff. de Legat. 1 verb. Legati. Scaño in propugn. Sacræ Religionis Sancti Joannis, discept. 9 cap. 5 desde el n. 13 hasta el fin.

encargo de misas, mandas forzosas, nombramiento de testamentarios y revocacion de otras disposiciones anteriores; pero aunque carezca de esto, no dexará de ser testamento. La protestacion de la fé, aunque es un acto de religion y muy santo, como sirve solo para acreditar que el testador es christiano, y debe dársele sepultura eclesiástica, se puede subsanar en caso de duda con informacion de ello ó certificacion de su Párroco, así como quando muere intestado. Si omite decir donde ha de enterrarse, se hará en su parroquia, si no tiene sepultura fuera de ella, ó aun quando la tenga: siendo de advertir que cada uno puede elegir la que quiera, aunque esté baxo de la patria potestad, como no sea pupilo (*a*), y aunque sea muger casada y se oponga á ello su marido; pues para testar y disponer lo concerniente á su última voluntad no necesita su licencia (*b*). Si nada dice de misas y pompa fúnebre, mandará el heredero celebrarlas y hacer la correspondiente á la calidad y haberes del testador, y costumbre del pais. En caso de omitirse las mandas forzosas, se pagará lo que se acostumbra. Sino nombra testamentarios, cumplirá el heredero como verdadero testamentario lo que estos harian, si hubieran sido nombrados, y en su defecto le apremiará á ello el Obispo como executor por derecho de últimas voluntades pias (*c*) (1). Por lo que hace á la revocacion, en ningun modo es necesaria, no habiendo formalizado el testador otro testamento; y si ha hecho dos, como no tenga herederos forzosos, y ámbos contengan nombramiento de heredero, se

(*a*) Cap. 1. de sepultur. cap. 2, cap. 4 y cap. fin. eod. t. in 6.
(*b*) Cap. 7 de sepultur. Parlador. different, 66 §. 1 y 3. (*c*) Cap. 3 y cap. 6 de Testam. ley 28. Cod. de Episcop. & Cleric. Ferrar. Bibliot. verb. Testam. nn. 47, 48 y 49. Concil. Trident. Sess. 22 cap. 8 de Reformat.

(1) Es cierto que los Obispos por medio de sus Visitadores se informan del cumplimiento de las disposiciones pias de los testamentos que los interesados tienen que acreditar en las visitas con los documentos correspondientes; pero sobre apremiar al heredero para que lleve á execucion lo dispuesto en el testamento, véase la ley 16 t. 4 lib. 5 de la novísima R. inserta en el cap. 2 n. 10 á que debió haberse referido Febrero, y póngase principalmente la atencion en las palabras: *y en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos se les compela á ello por sus propios Jueces.*

dividirá la herencia entre todos los instituidos, ó disputará quién lo ha de ser. Pero sin embargo de que nada de esto es rigorosamente preciso para la validacion del testamento, y de que puede enmendarse en los términos propuestos, prevéngalo el Escribano al testador para que no lo omita; bien que por no prevenírselo no incurrirá en pena, pues no la hay establecida.

30 Puede contener á mas de lo expuesto legados ó mandas voluntarias, fundaciones de vínculos, memorias, capellanías, patronatos, agregaciones de bienes á ellos, mejoras, declaraciones, consignaciones, substituciones de herederos y legatarios, nombramiento de tutores con relacion de fianzas ó sin ella; y el testador podrá nombrar tutor para todo y no para una cosa sola, simplemente ó con condicion, y por tiempo cierto á su voluntad no solo á sus hijos pupilos, legítimos y naturales, nacidos y póstumos, sino tambien á los extraños que instituye herederos; ó dar poder para nombrarles tutor en los términos que diré en el §. XIV. Asimismo puede dividir sus bienes entre ellos, aplicándoles los que quiera á su arbitrio (*a*), y si manda que se conformen con la division, deben pasar por ella.

31 Puesta la cabeza del testamento con la invocacion y protestacion dichas encomendará el testador su alma á Dios que de la nada le crió y el cuerpo á la tierra de que le formó: señalará sepultura para su cadáver: (cuyo entierro ha de ser en la parroquia en que vivia quando murió (*b*), y sin perjuicio de los derechos de ésta en donde quiera) expresará las misas que por su intencion y para descargo de su conciencia se han de celebrar, en dónde y la limosna de cada una (*c*); como tambien con qué hábito ha de ser amortajado su cadáver, y la forma y disposicion de su entierro, hora y acompañamiento, ó

(*a*) Leyes 9 t. 15 y 3, 6, 7 y 8 t. 16 part. 6. (*b*) Ley 5 t. 13 P. 1.
(*c*) La quarta parte toca á su parroquia en donde hay costumbre de llevarla como en esta corte, y así la exigirá aquella de todas las que deje en disposicion testamentaria, aunque el testador mande lo contrario, y ademas ocho maravedís de cada una por la cera, oblata y derechos de colecturía segun la constitucion 2 de este Arzobispado t. 6 de testamentis, lib. 3 excepto de las misas votivas.

la dexará á arbitrio de su heredero ó testamentarios, segun le parezca.

32 Para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalen y Tierra Santa, redencion de christianos cautivos y demas mandas forzosas, en las que se comprehende el casar huérfanas (*a*), legará treinta y seis maravedís, ó lo mas que quisiere; y si ordena su testamento en esta corte ó en algun lugar de los comprehendidos en las ocho leguas de su contorno, debe acordarse de los hospitales Reales de ella, legándoles á lo ménos quarenta y ocho maravedís para la curacion de los pobres enfermos, sin cuyo requisito no autorizará el Escribano el testamento de los seculares, pues de lo contrario se le hará cargo en la visita, aunque si el testador es eclesiástico, cumple con recordarle que exercite esta caridad y dar fé de ello (*b*), lo que tendrá presente para no incurrir en pena.

33 Declarará qué deudas tiene contra sí ó á su favor, mandando que se paguen ó cobren. Remitirá si quiere, las deudas á sus deudores no cediendo en detrimento de las legítimas de sus herederos forzosos, y asimismo declarará quántos matrimonios contraxo, qué dote llevaron sus mugeres, qué cantidad les dió ú ofreció en arras, ó en joyas y vestidos: si hizo ó no capital y su importe, ó se remitirá á los instrumentos formalizados, si no lo tiene presente: de qué edad son y en qué estado se hallan los hijos que tuvo de sus matrimonios: si alguno está emancipado ó casado: qué dió á los que estan fuera de su poder, y lo demas que se le ofrezca declarar y prevenir; pues el testamento puede contener todas las cosas y prevenciones que ocurran al testador, así para descargo de su conciencia como para beneficio de otros.

34 El órden que se ha de observar en la extension del testamento es el siguiente. Primero se pondrá la invocacion divina y protestacion de la fé: despues encomendará el testador su alma á Dios, y expresará con qué

(*a*) Ley 5 n. 5 t. 2 lib. 5 R. (*b*) Real órden de 11 de Diciembre de 1750 mandada observar por el Consejo en el mismo año y posteriormente en 17 de Octubre de 1757.

hábito ha de ser amortajado su cadáver, y la disposicion de su funeral y entierro: luego dirá qué número de misas se han de celebrar por su alma, en dónde y su limosna; en otras cláusulas se harán las mandas forzosas y pias, las graciosas ó profanas, las mejoras, fundaciones, remisiones, declaraciones, y nombramiento de tutores y testamentarios: en otra la institucion de herederos y substitutos; y en la última se pondrá la revocacion de otras disposiciones precedentes; pero se previene que este órden no es preciso para la validacion del testamento.

§. II.

De los Herederos.

35 Entre las cosas que como basa y piedra angular debia contener por derecho antiquísimo el testamento, era una la institucion de heredero que como su cabeza ó raiz debia preceder á los legados y á todo lo demas de su contenido, porque de lo contrario se irritaba y anulaba (*a*). Despues se estableció que constase precisamente de ella para su validacion, mas no que se pusiese por cabeza, de manera que conteniéndola, fuese al principio, al medio, ó al fin, no se invalidaba (*b*). Mas al presente segun una ley de la Recop. (*c*) que está en observancia, aunque el testamento carezca del nombramiento de heredero, si consta de la solemnidad legal, valdrán las mandas, mejoras y todo lo demas que contenga, siendo conformes á derecho, y se estimará como codicilo ó última voluntad (1). Asi que, el Escribano no incurrirá en pena por autorizarle sin institucion ó nombramiento de heredero, como algunos ignorantes piensan; pues á mas de

(*a*) Leyes 1 ff. de Hæredib. instituend. y 9 ff. de Testamentar. tutel. y §. 34. Institut. de legat. (*b*) Leyes 24 y 25. Cod. de Testament. y Proemio del tit. 3 Part. 6. (*c*) La 1 t. 4 lib. 5. Matienz. en ella glos. 4 nn. 17 y sig.

(1) En vista de lo que previene la ley de la Recop. citada, es una sutileza vana y ridícula decir que en el presente caso no vale el testamento como tal sino como codicilo ó última voluntad. El testamento sin institucion de heredero es un verdadero y válido testamento, una vez que esta formalidad no la exige la ley.

que ninguna ley se la impone, ni se lo prohibe, si el testador no quiere nombrarle, porque le hereden sus parientes abintestato, ó por otros motivos, ¿cómo podrá el Escribano precisarle á ello? No sé en que se afianzan los que lo afirman. El Escribano cumple en el fuero interno con prevenírselo para evitar á sus herederos el perjuicio de gastar en la legitimacion de sus personas, á fin de que se les declare por tales; y si no quisiere, no dexé por eso de autorizar el testamento sin el nombramiento, pues valdrá, y se observará en todo lo que contenga y sea arreglado, mayormente quando de su inspeccion no es mas que hacer lo que el testador ordena, no prohibiéndoselo el derecho.

36 Se llama y es heredero el que despues de la muerte de alguno ha de suceder por testamento ó abintestato en sus bienes, y apoderarse y disponer de ellos á su arbitrio como dueño propietario (*a*); pues esta voz *herederos* se deriva segun unos de la latina *herus*, que significa amo ó señor, por lo qual los antiguos llamaban herederos á los señores (*b*); ó segun otros, del verbo *hæreo* que significa estár junto ó pegado á otro, porque el heredero está próximo al que hereda (*c*) como su pariente ó muy amigo; pero hasta que acepta la herencia ó entra en ella; ó hace actos de heredero, no lo es, ni debe llamarse así, aunque por tal este instituido. Pueden serlo el Emperador, el Rey, la Reyna, el fisco, la ciudad, villa, lugar, comunidad, concejo, el que es capaz, el loco, mudo, sordo, ciego, Clérigo, Monge, lego y todo hombre, ó muger, sea libre ó siervo, que por derecho no está privado de heredar (*d*).

37 Debe el testador hacer la institucion de heredero en testamento y no en codicilo (*e*); pues si la hacen en éste, valdrá no directamente sino como fideicomiso: quiero decir, que se declarará por última voluntad suya, y entrará en la herencia el heredero abintestado, quien deberá restituirla al instituido en el codicilo, reservando, si

(*a*) Leyes 1 t. 3 p. 6, 27 ff. de Adquirend. hæred. y 59 ff. de Reg. jur.
(*b*) §. fid. Inst. de Hæred. qualitat. Ferrar. Biblioth. verb. Hæres. n. 1.
(*c*) Rubios in Diccionar. verb. Hæres. (*d*) Ley 2 t. 3 p. 6.
(*e*) Ley 7 tit. 3 p. 6.

es forzoso, el quinto ó tercio, segun sea el testador, que es de lo que se permite á este disponer en perjuicio de aquel (1). Ademas si se nombra al heredero simplemente en el testamento, no debe imponérsele despues condicion, ni darle substituto en el codicilo, ni en otra cosa (*a*); y aunque se haga no valdrá, excepto en la forma que expresaré en el n. 39; pero el Escribano no incurrirá en pena por autorizarle, porque no la hay establecida, ni le está prohibido hacerlo.

38. Debe asimismo el testador nombrar al heredero por su nombre ó apellido, ó con señales verbales tan claras que no se dude quien es, y no con palabras por las quales se descubra algun delito suyo, ó sea infamado (*b*), ni con las que llamamos *señas*, hechas con la cabeza ó de otro modo sin hablar. Tampoco debe dexar la institucion á eleccion y arbitrio de otro, ni darle poder para que la haga (*c*); bien que aunque no profiera su nombre, si el Escribano ú otra persona nada sospechosa le pregunta, *si instituye por su heredero*, v. gr. *á Juan de tal*; y responde con la boca y no por señas *que sí*; valdrá con tal que esté en su juicio, y asista á la pregunta y respuesta el competente número de testigos que lo entiendan; pues es lo mismo que si le hubiera nombrado sin ser preguntado (*d*).

39. Pero no es preciso que le instituya por su nombre ó apellido en el testamento; pues basta que diga en él, que quiere sea su heredero el que nombrará en el codicilo (*e*); en cuyo caso siendo ámbos perfectos en todo lo

(1) Para que valga la institucion de heredero hecha en codicilo, es indispensable segun la citada ley 7 que en este ruegue ó mande el testador á los que habrian de heredarle, entreguen despues de su muerte todos sus bienes al instituido en el mismo codicilo. Así que, de otra manera se tendria por no hecha la institucion, y no valdria ni aun indirectamente ó como fideicomiso.

(*a*) Ley 8 tit. 3 p. 6. (*b*) Leyes 6, 10 y 11 tit. 3 p. 6. (*c*) Ley 11 t. 3 p. 6. Matienz. ley 1 tit. 4 lib. 5. Recop. glos. 16 n. 2. (*d*) Ley 6 t. 3 p. 6. Cast. lib. 4. Controv. cap. 20 n. 14. Gom. ley 3 de Toro n. 109. Matienz. dicha ley 1 t. 4 lib. 5 Recop. glos. 16 nn. 4 &c. y 12. Sobre si será ó no válido el testamento, quando el testador es ó no preguntado, y está ó no muy agravado, y solo responde *sí* ó *no*; y quando no puede hablar claramente; véase á Flores de Mena *lib.* 1. *Var. quæst.* 1 *nn.* 45 *&c. y* 51. (*e*) Leyes 7 y 8 t. 3 p. 6.

demas, haciéndose en este la nominacion y estando el testador en su juicio, valdrá y no podrá decirse que murió intestado. Lo propio milita siendo nombrado en memoria testamentaria en la forma que expresaré en el n. 235, porque la memoria citándose en el testamento ó en poder para testar, y no dudándose ser del testador, se estima y es parte de ellos; mas no, sino se cita ó no consta ser suya; por lo qual si en el testamento dice *que su heredero perciba la herencia con las condiciones y gravámen, y en los bienes y forma que expresará en el codicilo ó en memoria testamentaria que quiere se estime por parte de su testamento*) valdrán el señalamiento de bienes, y el gravámen y condicion que contenga el codicilo ó memoria constando ser esta suya, porque en ellos no le grava sino en el testamento, y solo declara lo que en este omitió, y dixo declararia, que es muy diverso (*a*).

40 Si el testador yerra el nombre del heredero ó legatario, y creyendo instituir á uno, nombra á otro, no vale la institucion ni legado (*b*), aunque hay casos en que valdrá (*c*). Lo mismo se ha de decir, si instituye á alguno en el concepto de ser hijo suyo legítimo, legitimado ó adoptivo, ó de ser pariente no siéndolo en realidad, pues por el error ó equivocacion falta la voluntad y consentimiento del mismo testador (*d*); pero los legados y fideicomisos que el testamento contenga, serán válidos, mediante á presumirse que no se ha padecido equivacacion en ellos (*e*).

41 Si el testador hace la institucion á dia ó tiempo cierto, v. gr. *Instituyo por mi heredero á Pedro desde tal dia, mes y año en adelante, ó hasta tal dia*; es válida, mas no la adicion ó señalamiento de tiempo, por lo qual el heredero entrará en la herencia inmediatamente que muera el testador (1); pero si este es caballero ó soldado que

(*a*) Matienz. dicha ley 1 glos. 16 n. 13. (*b*) Ley 12 t. 3 p. 6.
(*c*) Ley 13 t. 3. p. 6. Véase á Greg. Lop. en ella. (*d*) Dicha ley 12.
(*e*) Gom. ley 24 de Toro n. 1 vers. décimo y en el fin Matienzo en la 8 tit. 6 lib. 5 de la Recop. glos. 1 n. 3.
(1) Esta disposicion se funda en el principio, *nadie puede morir en parte testado, y en parte intestado*, que ha abolido la ley 1 t. 4 lib. 5. de la Recop. con disponer que valga el testamento en quanto á las man-

está en el Real servicio, vale el señalamiento, y no podrá el heredero percibir la herencia (*a*). Mas si la hace á tiempo que aunque incierto, ha de llegar, v. gr. *Instituyo á Pedro por mi heredero para el dia que se muera*, vale y entrará en la herencia del mismo modo que si hubiera sido instituido simplemente, sea ó no caballero el testador (*b*) (1).

42 El que entra en la herencia sin autoridad judicial habiendo herederos, pierde por el mismo hecho el derecho que tenia á los bienes, y si ninguno tiene, debe restituir todos los que tomó y otros tantos, ó su valor en pena de la intrusion, á cuya conseqüencia la justicia informada de la verdad ha de poner en pacifica posesion de ellos á los herederos, precediendo breve y sumariamente sin estrépito ni figura de juicio, y executan la pena con exâccion de las costas, daños y perjuicios que se les ocasionáron (*c*).

43 Una de las cosas que padeció mas vicisitudes en Roma, fué la sucesion hereditaria. Por ley de Rómulo su fundador que repitieron y confirmaron los Decemviros ó autores de las leyes de las doce tablas, tenian los padres el bárbaro derecho de vida y muerte sobre sus hijos, y la inhumana facultad para venderlos hasta tres veces, en cuya atencion tambien podian exheredarlos del todo; pero el trato con los Griegos suavizó en gran manera las costumbres de los Romanos, é introduxo varias reformas en punto de suceder los hijos á los padres, y de sucederse entre sí los parientes por testamento ó abintestato; pues mas racionales y humanos los Griegos por el cultivo y

das y demas que contenga, aunque no se haya nombrado heredero, y que herede quien á falta de testamento heredaria. Por tanto no obstante la citada ley 15 que debe creerse derogada, pertenecerá la herencia ántes del tiempo y despues del tiempo señalado á los herederos abintestato.

(*a*) Ley 15 t. 3 p. 6. Góm. lib. 1. Var. cap. 2 nn. 8, 9 y 10.

(*b*) Dicha ley 15.

(1) Tambien se funda esta disposicion en dicho principio, y por consiguiente ha de entenderse asimismo derogada en esta parte la ley de partida. Ademas, si bien se mira, solo un hombre que no estuviese en sana razon, haria una institucion semejante.

(*c*) Ley 3 t. 13 lib. 4 Recop.

uso de las ciencias que son las antorchas del entendimiento, y con especialidad por el de la filosofia moral, formaron ideas nobles y características de la especie humana, y establecieron leyes mas conformes, limitando el derecho de la patria potestad á castigar á sus hijos con prudencia y moderacion, y en caso de no advertirse enmienda á abdicarlos y expelerlos desnudos de su casa: fuera de que la patria potestad espiraba por los años, por el matrimonio; y por servir un hijo algun oficio de la república: á todo lo qual era consiguiente el instituirlos herederos, y el que tanto por testamento como abintestato fuesen sucesores en sus bienes que era lo ménos, los que lo habían sido en su sangre, educacion y costumbres que era lo mas (*a*). Sin embargo conservaron mucho tiempo los Romanos algunas disposiciones en órden á la sucesion hereditaria poco conformes á la razon y equidad; pues habia diferencia entre hijos é hijas emancipados, y baxo la patria potestad, entre nacidos y póstumos, entre agnados y cognados, como si todos no tuviesen con su padre ó pariente el mismo enlace natural; y aun la madre ingenua (*la que nació y se conserva libre*) que no tenia tres hijos y la libertina (*la que ha sido esclava* quatro, era excluida de heredarlos, como si de ella dependiera el tener muchos, pocos ó ninguno, y no tuviese igual parentesco con ellos que su padre: en cuya atencion el Emperador Justiniano abolió todas estas diferiencias (*b*). Supuestas estas breves noticias que no parecen fuera de propósito, paso á explicar en qué términos segun nuestras leyes se suceden entre sí los ascendientes y descendientes.

44 Hay dos especies de herederos: herederos testamentarios, y herederos abintestato: los primeros son los que el testador nombra por tales, sean ó no consanguineos, para que le sucedan en todos sus bienes, acciones y derechos; y los segundos son los mas propinquos parientes del difunto que no hizo testamento, y si lo hizo, no fué arreglado á derecho; ó aunque lo fuese, se rompió é irritó despues por el nacimiento de algun hijo de quien

(*a*) Liv. lib. 1 cap. 34. Dionis. Halicarnas. lib. 2 pag. 69. Vinn. inst. lib. 1 t. 9 § 2 de exher. liber.

no hizo mencion en él (1), ó por otro motivo, los quales herederos solo por disposicion legal le suceden en todos sus bienes y derechos, por cuya razon se llaman *legítimos* como los forzosos.

45 Subdivídense los herederos testamentarios en *forzosos y legítimos*, y *en voluntarios* ó *estraños* (*a*). Los forzosos son los hijos y descendientes legítimos del testador. Llámanse *legítimos*, porque nacen segun ley y disposicion de nuestra Santa Madre la Iglesia, en cuya atencion gozan de todas las honras y bienes de sus padres, y demas ascendientes, y son conocidos y reputados sus verdaderos hijos; (*b*) y *forzosos*, porque sus ascendientes mas cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos, no habiendo causa legítima para exheredarlos, y no instituyéndolos podrán romper y anular en quanto á la institucion su testamento por la preterícion. De ellos hay tres clases: unos nacidos de un matrimonio verdadero y para cuya celebracion no tuvieron sus padres impedimento canónico: otros tenidos en un matrimonio nulo por razon de algun impedimento que ignoraban ámbos cónyuges, ó al ménos uno de ellos; y otros de soltero y soltera libres de impedimento canónico para casarse, aunque sean habidos en sierva, si sus padres se casan despues, porque se legitiman por el siguiente matrimonio, y la sierva queda libre (*c*). Tambien son legítimos y forzosos los que nacen de infieles que despues se convierten á nuestra santa Religion, aunque se hallen en el grado prohibido por derecho canónico, porque entre ellos el matrimonio es un mero contrato, y no estan sujetos á los cánones hasta

(1) Si el testador tiene un hijo despues de otorgada su última disposicion en la que no fué instituido de modo alguno, percibirá éste su legítima, valiendo aquella en todo lo demas. Así pues, decir que se rompe ó irrita el testamento por el nacimiento de algun hijo, es hablar con mucha impropiedad, en la qual no incurrió el Emperador Justiniano quando dice (rubr. Inst. exhæredat. liber.) que preteridos la hija y los nietos de hijo no era nulo el testamento, sino que *se les daba el derecho de acrecer á cierta porcion*, como si (segun añade Vinnio) fuesen nombrados y aumentasen el número de los herederos.

(*a*) Ley 21 tit. 3 part. 6. (*b*) Proem. y leyes 1 y 2 tit. 13 p. 4, y 21 t. 3 p. 6. (*c*) Leyes 1 t. 13 p. 42, y 4 t. 6 lib. 3 del Fuero Real cap. 1, 2, 6, 10, 11 y 12. Qui filii sint legitimi.

que se convierten, que es quando se hacen miembros de nuestro cuerpo católico (*a*).

46 Entre los hijos y herederos legítimos se comprehenden los póstumos que son los nacidos despues del fallecimiento de sus padres, por cuya razon se dice, que quien dexa á su muger en cinta, no muere sin hijos. La institucion de estos lleva embebida la condicion, *si por ventura nacen*, en cuyo caso se les conceden todos los remedios posesorios, y la restitucion *por entero* (*in integrum*) (*b*). Mas para que se tengan por legítimos, es preciso que nazcan á lo mas á los diez meses despues de la muerte del marido, y que al tiempo de esta viva su muger en su compañía; pues si nacen, aunque no sea sino un dia entrado en el mes onceno, no se tendrán por tales, aunque sí naciendo en el septimo; (*c*) si bien alguna que otra vez se ha visto parto verdadero de once meses (*d*) (1).

(*a*) Cap. 15. Qui filii sint legitimi. (*b*) Veáse á Lara *de vita hominis* cap. 2, y á los que cita. (*c*) Ley 4 t. 32 part. 4. Menochio lib. 2, præs. 52. Roxas de incomp. part 2 cap. 4. (*d*) Acerca de este y de los que nacen á los tres, quatro, cinco ó seis meses, y aún á los catorce, y de otros puntos concernientes á esta materia: véase tambien á Lara *de vita hominis*, cap. 10.

(1) Nadie puede saber hasta donde llegan las fuerzas de la naturaleza, ni por otra parte las de los obstáculos que pueden retardar sus operaciones. Así no podemos negar que habrá partos naturales y vitales de cinco y seis meses, y partos asimismo de once, doce, trece, y catorce; pero en lo que debe ponerse la consideracion, es en si las criaturas nacidas en estos tiempos deberán reputarse por legítimas para suceder y otros efectos civiles. Nace una criatura por exemplo á los cinco meses de celebrado y consumado un matrimonio. Puede aquella ser fruto de este; mas tambien puede serlo de una flaqueza anterior al casamiento y no cometida con el marido. Dá á luz una madre un hijo á los trece meses despues de la muerte de su esposo. Por ventura será de él; pero acaso será de otro, y habrá nacido á los nueve meses de su concepcion. En estos casos y otros semejantes parece estar la presuncion contra las madres, generalmente hablando, porque mucho mas que las flaquezas de las mugeres son raros tales partos; y quizá se tuvo presente este fundamento al dictar la citada ley 4 que no tiene por legítimos los hijos nacidos ántes de los siete meses, ni despues de los diez. Es verdad que para formar juicio de la legitimidad ó ilegitimidad del parto deben tenerse en consideracion el testimonio de los Médicos y otros facultativos, y las informaciones que se hagan acerca de la honestidad de la madre y otras circunsancias, segun ocurra el caso; pero por mas favorable que sea todo esto al parto, no podemos ir contra lo dispuesto en dicha ley, miéntras no la derogue el Sobe-

47 Para poder heredar los descendientes legítimos á sus descendientes, y reputarse nacidos naturalmente y no abortivos, han de nacer vivos enteramente, vivir despues veinte y quatro horas naturales á lo ménos; ser bautizados ántes de morir, aunque sea por la comadre que les eche agua de socorro, y tener figura de racionales, aun quando sus miembros sean disformes por la pequeñez ó magnitud: porque si nacen sin figura racional, v. gr. con cabeza ó miembro de bestia, ó aunque la tengan y nazcan vivos, si mueren dentro de las veinte y quatro horas, ó no son bautizados ántes de morir en caso que las vivan, ó mas, se tendrán por abortivos, y á ningun ascendiente heredarán, sin embargo de que sean instituidos herederos; de modo que para poder heredar, y para que el parto sea habido por legítimo y natural, se han de verificar las tres cosas copulativamente. Y si por la ausencia del marido, ó tiempo del casamiento se prueba claramente que han nacido dentro de él en que no podian vivir naturalmente, no será tenido el parto por natural ni legítimo, ni los hijos por herederos, no obstante de que concurran en ellos las calidades referidas (*a*); excepto que su madre sea concubina de su padre ántes de casarse, porque entónces se legitiman por el subsequente matrimonio (*b*).

48 A todos sus hijos legítimos deben los padres instituirlos herederos, aunque no esten en su poder al tiempo de la institucion, y les han de suceder no solo por testamento y abintestato sino tambien contra testamento, no habiendo causa legal para ser exheredados. Ade-

rano. Tocante á la criatura que nace en el octavo mes, nada dice, al ménos expresamente, la ley de Partida; mas si tiene á los sietemesinos por vitales y legítimos, con mayor razon han de serlo los ochomesinos que á causa del mas tiempo que permanecen en el vientre de su madre, han de estar regularmente mas formados y robustos. La opinion contraria no dexa de ser un error clásico, por mas comun que sea, y por mas autorizada que se halle. Sobre la duracion del preñado y las causas ocasionales del parto puede verse, quando se ofrezca el caso, al célebre Buffon en su historia natural tom. 3 pág. 428 y siguientes, donde da noticia de un parto de trece meses.

(*a*) Leyes 5 t. 23 p. 4 y 2 t. 8 lib. 5 Recop. Matienzo en ella, glós. 1 y 2. (*b*) Gom. ley 13 de Toro n. 4 vers. Quod iterum limita.

mas con ellos ni con los demas descendientes legítimos ningun extraño ha de ser instituido heredero, y si lo fuere, será inválida é ineficaz en quanto á él la institucion (a), porque todos los dichos deben haber su legítima íntegra sin condicion ni gravámen (b) (1).

49 En estos reynos de Castilla tienen derecho los descendientes legítimos á todos los bienes de sus ascendientes; pero sin embargo se permite á estos que dispongan del quinto de ellos en vida ó por su muerte, con tal que no sea mas que uno en ámbos tiempos (c). De él y no del cuerpo de la hacienda del testador se han de deducir los gastos de su funeral, misas, entierro y legados, teniendo descendientes legítimos, aunque el testador lo prohiba expresamente (d); pero si testa entre extraños, se sacarán del cuerpo del caudal, como lo expone Antonio Gómez en la ley inserta y se practica, á ménos que el testador mande lo contrario. Si lega el quinto á un hijo natural ó espurio siendo extraños los herederos, le pagarán estos, y el legatario del quinto le llevará íntegro, deduciéndose primero de todo el caudal las deudas que el testador tenia quando murió, y los legados particulares que hizo, sino dispuso otra cosa (e); mas para evitar dudas y controversias prevendrá el Escribano al testador declare su voluntad que servirá de regla al contador. Lo propio deben hacer los herederos legítimos, si dexa el usufructo del quinto á su muger ó á otro extraño y á ellos la propiedad; pues como su usufructo no equivale á esta, si grava al usufructuario con la satisfaccion de dichos gastos, y este vive poco tiempo, tendrá que suplirlos de su propio caudal y

(a) Leyes 7 y 17 t. 1 P. 6 y 1 t. 6 lib. 3 del Fuero Real.
(b) Leyes 17 al fin t. 1, 4 y 7 t. 11 y 12 t. 4 P. 6.
(1) No parece hay razon para que dexe de valer la institucion de un extraño hecha juntamente con la de los descendientes legítimos, siempre que no sea en perjuicio de las legítimas de estos.
(c) Ley 28 de Toro que corrige las 9 t. 5 y 7 t. 12 lib. 3 del Fuero Real, pues permitian dar un quinto en vida y otro en muerte.
(d) Ley 30 de Toro que dice: »La cera, misas y gastos del enterramiento, se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario. (e) Ayora de Partit. p. 2 quæst. 6.

en vez de ser beneficiado será perjudicado (*a*).

50 Pero si el testador tiene cinco ó mas descendientes legítimos, y dexa el quinto por su alma, ó á favor de algun hijo ilegítimo ó de otra persona, parece quedan damnificados; pues percibirán menor porcion de herencia que lo que importa el quinto, aunque por ser de mejor condicion deberian ser mas favorecidos, como v. gr. en este caso. Un padre tiene cinco hijos y cinco mil pesos que dexarles. Si manda distribuirlos mil pesos como quinto íntegro de sus bienes, no quedan mas que quatro mil para sus hijos, tocarán únicamente á cada uno doce mil reales, y serán gravados en tres mil que importan mas el quinto, percibiendo aun ménos, si son mas los hijos, lo qual no manda la ley 28 de Toro, y aun léjos de inferirse de ella se deduce lo contrario de limitar las dos del fuero y permitir un solo quinto. No obstante yo estaré siempre á favor de la libertad del padre por las razones que expongo en la segunda parte (*b*); pues el que usa de su derecho, á nadie injuria; mas porque sobre esto hay variedad de opiniones (*c*), y suelen suscitarse dudas y litigios, para evitarlos enterará el Escribano al testador de ellas, y con su órden extenderá la cláusula en esta forma: „Mando que mis bienes se dividan en seis partes iguales, de las quales una se tendrá por quinto íntegro para hacer en ella las deducciones que previene la ley 30 de Toro, hasta en donde alcance y no mas, y las cinco restantes se aplicarán á mis cinco hijos con igualdad.„ Si tuviese mas hijos, mandará que se dividan en mas partes y que la una se tenga por quinto.

51 Ayora (*d*) dice que el padre dexando á su muger en cinta y no teniendo hijos vivos, puede disponer de la quarta parte de sus bienes en perjuicio del póstumo, y se funda en que este al tiempo de la disposicion y muerte de su padre no tiene adquirido derecho á ellos; pero esta doctrina como diametralmente opuesta á la

(*a*) Bayo, Prax. Eccles. part. 3 lib. 2 q. 21 nn. 1 y sig.
(*b*) Cap. 1 n. 16 lib. 2. (*c*) Gutier. lib. 2 Pract. q 107. Góm. y Tello Fernandez en las leyes 9 y 10 de Toro. Acevedo en la 1 t. 8 lib. 5 R. n. 30. Escobar computat. 3. (*d*) De Partit. part. 2 quæst. 1.

ley 28 de Toro no debe seguirse, mayormente quando si fuera verdadera, no solo podria disponer de la quarta sino tambien de todos, porque milita la misma razon para lo uno que para lo otro. Solo en Ciudad-Rodrigo y su obispado se permite al marido y á la muger que se leguen la quarta parte de sus bienes, aunque tengan hijos legítimos, y vale segun afirma Gutierrez, porque es costumbre inconcusa y generalmente observada: lo qual se previene al Escribano para que no siga la opinion de Ayora, pues no hay ley posterior á la 28 de Toro que lo mande, ni razon convincente en que afianzarla.

52 Quando algun descendiente viene á heredar á sus ascendientes, está obligado, ó lo están sus herederos, á traer á colacion y particion la dote, arras y demas donaciones que le hicieron de sus propios bienes; y si quiere apartarse de la herencia, puede hacerlo, á ménos que la dote ú donacion sea inoficiosa, (llámase así, quando excede de la legítima, y mejora de tercio y quinto) que en este caso se ha de dividir el exceso entre los coherederos; (*a*) pero si alguno da á otro dote ó arras para que case á su hija, y este se las entrega, no se las debe, contar en parte de legítima, por no ser de su patrimonio, ni ella está obligada á traerlas á colacion y particion con sus hermanos, (*b*) Lo propio milita siendo donacion del Rey á un hijo ó hija por los méritos de su padre; sobre cuyo punto he visto sentencia dada por uno de los Tenientes de Corregidor de esta villa en 23 de Febrero de 1769, por el oficio de Don Manuel Gómez Guerrero en el pleyto que siguieron los herederos de Don Cárlos Gómez con Don Luis Alvarez Castañon sobre dos consignaciones de cinco reales vitalicios hechas á la muger de éste y á una hermana suya por los méritos de Don Cárlos su padre: en cuya sentencia que confirmó el Consejo en 16 de Marzo siguiente, se declaró no deberse traer á colacion las diez annatas de los cinco reales que S. M. les habia asignado.

53 Los nietos que nada heredaron de sus padres muertos, no deben traer á colacion con sus tios carnales

(*a*) Ley 29 de Toro que es la 3 t. 8 lib. 5 R. (*b*) Ley 6 t. 15 P. 6.

lo que sus abuelos dieron á sus padres en cuenta de sus legítimas y estos consumieron; pues la obligacion de colacionar es gravámen personal que únicamente debe sufrir el que recibe, por haber tenido la utilidad. No obsta que representen á sus padres, porque la representacion es una ficcion del derecho positivo que se dirige solamente á que en quanto á la parte ó quota que han de percibir; ocupen el lugar de su padre, á que se tengan todos por una persona sola y á que sucedan por estirpes y no por personas, sin que sea necesaria para heredar los nietos, puesto que suceden por su propio derecho á causa de ser herederos forzosos de sus abuelos segun la ley 6 de Toro como éstos de ellos. Pero de esto trataré mas bien en las particiones (*a*).

54 En la clase de herederos legítimos y forzosos se comprehenden igualmente los ascendientes legítimos, á los quales sus descendientes no teniéndolos legítimos ni otros que hayan derecho de heredarlos, deben instituir por sus herederos, y lo son por testamento y abintestato segun la ley 6 de Toro que dice (*b*): „Los ascendientes legítimos por su órden y línea derecha sucedan ex testamento et ab intestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos, en todos sus bienes, de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos, ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar.„ En fuerza de la expresion genérica de qualquier calidad que sean, no solo deben sucederles en sus bienes adventicios sino tambien en los profecticios, castrenses y quasi castrenses, y en los que el hijo Clérigo de órden sacro adquiere por razon de la iglesia. Los que han derecho de heredar á los descendientes legítimos no teniéndolos éstos, son el hijo natural legitimado por el subse-

(*a*) Salg. Labyr. cred. part. 2 cap. 25 toca algo de esta especie, y controvirtiendo la de si habiendo hecho sus padres concurso de acreedores estarán obligados á traer despues de su muerte al mismo concurso los bienes que estos, si vivieran, habian de heredar de los suyos y traer á él como hipotecados por la obligacion general á la responsabilidad de sus créditos; la resuelve negativamente, como lo he visto practicar algunas veces. (*b*) Es la 1 t. 8 lib. 5 R.

qüente matrimonio (1), y el espurio por rescripto del Príncipe, los quales excluyen á los ascendientes legítimos de la sucesion de los bienes de sus descendientes (*a*): siendo de advertir que la legitimidad de los ascendientes no se ha de entender respecto á su propia persona sino á las de los descendientes á quienes han de heredar (*b*); y así importa poco que el padre sea natural ó espurio, si el hijo es legítimo, que es lo que se requiere para que le herede.

55 Los herederos voluntarios ó extraños son todos los que no son descendientes ni ascendientes, y se les da este nombre, porque aunque sean parientes del testador, no tiene obligacion civil de dexarles sus bienes, ni por la pretericion pueden ellos oponerse á su testamento como inoficioso; y solo á sus hermanos compete esta accion, quando ha instituido herederos á personas de *mala vida*, ó *infames* de hecho ó de derecho (*c*), como son: mugeres mundanas, ladrones, falsarios, espurios (2), Clérigos continuamente amancebados, bor-

(1) Los hijos legitimados por el siguiente matrimonio se llaman *legítimos* en la ley 1 t. 13 part. 4 cuyas son estas palabras: „Otrosí son legítimos los fijos que ome ha en la muger que tiene por barragana, si despues desso se casa con ella. Ca maguer estos fijos atales no son legítimos quando nacen, tan grande fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre, é la madre son casados, se facen por ende los fijos legítimos.„ En este supuesto no debe haber ninguna diferencia entre los hijos legitimados por el siguiente matrimonio y los verdaderamente legítimos, á cuya consequencia sucederán aquellos con estos en los bienes de sus padres y abuelos. Se corrobora esto mismo con la ley 12 de Toro que es la 10 t. 8 lib. 5 de la R.; pues dispone que los legitimados por rescripto del Soberano no puedan suceder á sus ascendientes con los descendientes legítimos ni legitimados por el siguiente matrimonio.

(*a*) Gom. ley 6 de Toro n. 10 y Tello Fernandez n 66. Matienz. en la 1 t. 8 glos. 6 y en la 11 t. 6 glos 5 lib. 5 R. (*b*) Tello ley 6 de Toro, n. 6 Matienz. en la 1 t. 8 lib. 5 R. glos. 1 nn. 1, 2 y 3. (*c*) Ley 12 t. 7. P. 6.

(2) Es de creer que al presente no se tendrian por personas torpes los espurios, no tanto porque no han cometido ningun delito que les infame, ni puede imputárseles el crímen paterno, quanto por la distincion que deben á la Real cédula de 2 de Septiembre de 1784, citada en el núm. pen. de este §, que les habilita para exercer qualesquiera artes y oficios sin embargo de los estatutos ó constituciones de hermandades y otros cuerpos erigidos con autoridad pública. Favorece este modo de pensar el Real decreto de 5 de Enero de 1794: decreto ciertamente loable y lleno de humanidad, en que se dispone que to-

rachos, jugadores, usureros manifiestos y otros que refieren los AA. (*a*) y cuya designacion se dexa al arbitrio del Juez por no encontrarse en nuestras leyes la correspondiente decision; pero aunque instituya dichas personas, si sus hermanos maquinaron contra su vida, ó le acusaron de delito por el que debia perderla, ó perder la mayor parte de sus bienes, no pueden intentar la querella, y ántes bien perderán la herencia, si murió abintestato (*b*).

56 Para que los herederos forzosos puedan heredar al testador, basta que no tengan impedimento legal al tiempo de su muerte, aunque al de la institucion le hubiesen tenido; pero los extraños deben estar libres é indemnes de él en tres tiempos: quando son instituidos, quando muere el testador, y quando aceptan la herencia; pues si en alguno de ellos le tienen, no la llevarán y entrará en ella el substituto ú otro que sea instituido con ellos, á quien se acrecerá; y si ninguno de estos hubiere, pasará á los mas propinquos parientes del testador (*c*) (1).

57 Aunque los ascendientes legítimos son herederos forzosos de sus descendientes legítimos, pueden éstos aun estando baxo de la patria potestad, como ya he dicho, disponer en contrato ó en última voluntad sin licencia de aquellos del tercio de todos los bienes que les perte-

dos los expósitos, (cuyo mayor número es sin duda de espurios) se tengan por legitimados por la Real autoridad y por legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin excepcion, de suerte que miétras no consten sus verdaderos padres, han de estar en la clase de hombre buenos del estado llano, gozando de los propios honores y llevando las cargas sin diferencia de los demas vasallos honrados de la misma clase. Estas dos Reales disposiciones muestran bastantemente que las luces van disipando la obscuridad en que yacian tantas personas inocentes, dignas de la mayor compasion, poniendo á la vista que solo el malvado debe ser deshonrado, envilecido y perseguido.

(*a*) Góm. ley 9 de Toro n. 21. Castillo lib. 2 cap. 19 nn. 18 y sig.

(*b*) Dicha ley 12 al fin. (*c*) Ley 22 t. 3 P. 6. Véanse las dos limitaciones que trae Greg. Lop. en ella, verb. Temporales.

(1) Una vez que para la validacion del testamento no es ya necesaria la institucion de heredero, y que nuestras leyes recopiladas no adoptan como las de partida muchas sutilezas del derecho romano, podria dudarse, si obstaria al heredero extraño su incapacidad de suceder al tiempo de su nombramiento no teniéndola en los otros dos.

necen y poseen, sino tienen hijos ú otros descendientes legítimos, segun lo dispone la ley 6 de Toro que dice: „Pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer qualquiera última voluntad por su alma, ó en otra cosa qual quisieren; lo qual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.„ Asimismo pueden gravarle, é imponer en él las condiciones honestas y posibles que les parezca, legándole ó no á alguno de sus ascendientes, al modo que éstos tienen facultad de gravar el quinto y á su legatario por la propia razon. Dicha ley corrige la 1 t. 6 lib. 3 del Fuero Real en quanto manda: „Que si el hijo no tubiere descendientes legítimos, ni otros hijos que tengan derecho de heredarle, pueda hacer de sus bienes lo que quisiere, de suerte que el Rey no pierda lo suyo, y no se lo pueda embargar padre ni madre, ni otro pariente.„ Y aunque algunos AA. fundados en ella y en la 9 del mismo tit. y lib. que dice: „Que si marido y muger hicieren hermandad de bienes despues de el año de casados, valga la hermandad no teniendo hijos;„ afirman que si hicieren los cónyuges pacto de sucederse en caso de morir sin descendientes legítimos, valdrá el pacto y no podrán anularle ni reclamarle el padre ni madre del difunto: no me adhiero á su opinion, ya porque se estimaria como una donacion entre marido y muger, ó un pacto de sucederse recíprocamente que por derecho estan reprobados (*a*), y ya porque las leyes de los Fueros tienen fuerza de tales solamente en donde son usadas y guardadas, como lo ordena la 1 de Toro.

58 De esta disposicion legal nacen dos dudas: una, si los gastos del funeral y entierro del testador se han de sacar del tercio, ó del cuerpo de bienes; y otra, si el hijo que está baxo la patria potestad, puede disponer del

(*a*) Véase el cap. 12 nn. 15 y 30, y asimismo el 31 donde se expresan dos casos en que vale la hermandad y comunicacion de bienes.

usufructo del tercio de sus bienes adventicios del mismo modo que de la propiedad, ó ha de quedar reservado para su padre durante su vida. En quanto á la primera duda afirman unos que deben deducirse del tercio por las mismas razones que del quinto habiendo descendientes, y entregarse las otras dos partes á los ascendientes como legítima suya sin descuento ni gravámen, de cuya opinion son Castillo, Gutierrez, Angulo, Matienzo y otros (*a*). Otros defienden que se han de baxar del cuerpo del caudal, porque el entierro y lo anexo á él son deuda que el hombre contrae por el mismo hecho de nacer á cuya solucion estan sujetos y son responsables todos sus bienes sin distincion; y que el residuo debe dividirse entre el ascendiente y el legatario del tercio: de cuyo dictámen es Garcia (*b*), y añade que Castillo se retrata del suyo.

59 Para saber quál de las dos opiniones debe seguirse, es preciso explicar qué se entiende por funeral, ó qué gastos de los que ocasiona la muerte de los hombres, se comprehenden en él. Así pues digo, que por funeral se entienden el hábito con que se amortaja el cadáver, la cera que se gasta en la casa del difunto, miéntras está de cuerpo presente, y en la iglesia durante la vigilia y misa: la limosna de éstas y su responso, los clamores, la sepultura, el atahud, la conduccion del cadáver á la iglesia, el velarle y amortajarle, y algunas otras cosas necesarias sin las quales no puede hacerse el entierro. Los gastos que en todas ocurren son mas privilegiados que qualesquiera deudas del testador, aunque siendo excesivos los ha de modificar el Juez de su domicilio atendidos sus haberes y calidad (*c*); pero no se incluyen en el nombre de funeral los lutos, y así cada heredero pagará el suyo de su parte de herencia, porque cede en su propia utilidad y no en la del legatario del quinto ni tercio (*d*). Tampoco se incluyen los gastos de la última enfermedad hechos en

(*a*) Cast. Ley 6 de Toro verb. Por su alma. Gut. repet. leg. Nemo potest n. 93 y lib. 2 Pract. quæst. 71. Angulo de Melior. ley 13 t. 6 lib. 5. R. glos. 3 n. 2. Matienzo en la 1 tit. 8 lib. 5 R. glos. 8. n. 2.

(*b*) De Expensis cap. 8 nn. 49, 50. (*c*) Leyes 12 tit. 13 p. 1 y 30 al fin t. 13 p. 5. (*d*) Ayora de Partit. p. 2 quæst. 12. Tello Fernando ley 30 de Toro.

medicinas, Medico, Cirujano, alimento, &c. porque quando el enfermo murió, ya los tenia hechos, y no se contraxeron con motivo de su muerte, en cuya atencion se deducirán del cuerpo de bienes como otros qualesquiera débitos contrahidos por el Testador durante su vida; bien que aunque no son funerarios, se graduarán despues de los que lo sean, y los acreedores se preferirán á todos los demas sin embargo de su anterioridad y privilegio (*a*).

60 Esto supuesto diré que los gastos del funeral y entierro deben deducirse del cuerpo de bienes: lo primero, porque la ley 30 de Toro es correctoria, y toda correccion se ha de entender segun las palabras literales con que está concebida, y respecto hablar solo del quinto, á él debe limitarse: lo segundo, porque la legítima de los descendientes es *deuda por derecho natural*, y la de los ascendientes *deuda por causa de equidad ó de piedad, y por derecho positivo*; y así es mayor la de aquellos que la de éstos, en cuya atencion no son herederos de igual prerogativa, qualidad y privilegio que los descendientes, ni suceden atendido el derecho divino y natural, como advierten Gómez (*b*) y otros (1), ni entre ellos hay derecho de representacion, porque repugna á la naturale-

(*a*) Acosta de Privileg. cred. reg. 2 ampliat. 1. nn. 20 y 21. Ayora de Part. part. 2 q. 12. De esto trataré mas latamente en el lib. 3 cap. 3 de la segunda parte. (*b*) Tom. 1. Var. cap. 1. n. 2. y ley 6 de Toro núm. 10.

(1) Hablando en rigor la legítima que por todos derechos se debe á los hijos, consiste en la quota que basta para los alimentos necesarios, hasta cuyo punto segun nuestros AA. puede el Soberano reducirla; y entendida así la legítima que corresponde á los padres, no se les debe menos por todos derechos á pesar de quanto digan Gómez y otros, quienes en mi entender se contradicen afirmando que á los ascendientes no se les debe la legítima por derecho natural sino por *causa de equidad ó piedad*; pues esta misma equidad y piedad no pueden ser otra cosa que el mismo derecho natural. Son llamados primero á la sucesion los descendientes, ya porque suelen sobrevivir á sus ascendientes, ya porque regularmente se hallan mas necesitados que estos, y ya porque los ascendientes han percibido ántes la herencia de sus respectivos ascendientes. Pero en órden á los alimentos no es menor la obligacion de los hijos respecto á los padres que la de los padres respecto á los hijos. Si los padres han dado el ser á sus hijos, los hijos le han resibido de sus padres.

za (1), ni tiene lugar la colacion, ni estan obligados los descendientes á atesorar para sus padres como éstos para ellos segun S. Pablo (a) (2): ni tampoco el amor entre todos es igual, ni el ascendiente se subroga en el lugar de su descendiente como éste en el de aquel: lo tercero porque si los Legisladores que establecieron las Leyes de Toro, hubiesen querido que la deduccion se hiciera del tercio, lo hubieran mandado, como mandaron que se hiciese del quinto, por cuyo silencio es visto no haber innovado en la disposicion del derecho comun; y lo quarto porque dichos gastos son una deuda natural que de justicia se paga á la iglesia por dar sepultura al cadáver; y como no se llama herencia sino lo que queda despues de satisfechas las deudas, se sigue de esto que así como no puede negarse que los bienes del difunto son responsables á los gastos de su entierro, así tambien es indubitable que no habrá herencia hasta que esten satisfechos todos los que se ofrezcan en él.

61 Ademas se puede decir en apoyo de mi opinion que si los demas créditos se deducen y pagan del cuerpo de bienes, con mayor motivo deben deducirse de él los gastos de entierro; pues mayor derecho tiene la iglesia á percibir estos que los otros acreedores lo que se les debe: por manera que tiene aquí lugar la regla: *si venzo al*

(1) Si entre los ascendientes no hay derecho de representacion, no es por la razon despreciable de que repugna á la naturaleza, sino porque ha querido la ley que no la haya y que herede el mas próximo en grado. Si ésta dispusiera que muriendo alguna persona abintestato sin descendientes, y dexando por exemplo padre y abuelos maternos, percibiese aquel la mitad de la herencia, y estos la otra mitad que su hija y madre del difunto percibiria, si viviera, sucederian dichos abuelos por estirpe ó derecho de representacion. Y ¿repugnará entónces esta á la naturaleza? Tal repugnancia solo ha existido en la fantasía de nuestros AA. y existirá en la de los que adoptan sus opiniones sin crítica ni reflexion.

(a) Epistola ad Corinthios cap. 12 leyes 7 versic. fin. ff. Unde liberi y 15 ff. de inofficios. Test. Matienz. ley 1 t. 8 lib. 5 R. glos. 3 nn. 11. &c. y 15.

(2) Si los padres no tienen con que alimentarse, ni pueden proporcionarse su subsistencia, estan obligados por derecho natural los hijos á suministrársela valiéndose de todos los medios posibles, aun quando para ello tengan que afanarse mucho; tan grande es nuestra obligacion tocante á los autores de nuestra vida.

que te vence, mucho mas bien te venceré á ti. Por tanto vemos que la iglesia y gastos funerarios se pagan primero que los acreedores del difunto en observancia de lo dispuesto por derecho (*a*), sin que por esto pueda decirse que se grava la legítima de los ascendientes, porque á la verdad no hay tal gravámen, puesto que siempre les quedan íntegras las dos partes de los bienes propios del testador que únicamente les pertenecen, y son aquellas dos terceras que deben deducirse del caudal sobrante, pagando solo á proporcion y prorata con el legatario lo que les corresponde; pero las misas, legados y todos los demas gastos que se hagan por disposicion del testador han de deducirse del tercio, cuya razon de dispariedad consiste: lo primero en que estos son voluntarios, y los del entierro forzosos, de suerte que aunque el testador prohiba que se le entierre ó se paguen, no será obedecido; y lo segundo, en que la ley 6 de Toro le permite disponer por su alma, ó en lo que quisiere, y mediante á que usa de ella, debe observarse su disposicion aun en el caso de mandar lo contrario; pues de no hacerse así se violaria la ley, se daria al testador mas facultad que la que esta le concede, y se equipararian los gastos del entierro de que la ley no trata, con los de las misas, y legados en que le da facultad para emplear el tercio expresamente.

62 En quanto á la segunda duda estan discordes tambien los AA. Unos fundados en las palabras de la referida ley 6 de Toro, *que en la tercera parte de sus bienes pueden disponer los dichos descendientes*: afirman que el descendiente puede disponer en propiedad y usufructo de sus bienes adventicios, porque el testamento no tiene fuerza hasta la muerte del testador, en cuyo tiempo se consolida el usufructo con la propiedad, sale el hijo de la patria potestad, por la que tiene su padre el usufructo de sus bienes con obligacion de alimentarle y educarle, y cesando ésta debe cesar el usufructo; pues teniendo para testar la edad que prescribe el derecho (*b*), no necesita de la licencia paterna, por conferirle la ley suficiente facul-

(*a*) Leyes 12 tit. 13 Partid. 1 y 30 al fin tit. 13 Part. 5. (*b*) Ley 4 tit. 4 lib. 5 Recop.

tad para ello, y no poder disponer el padre del usufructo, si fallece ántes que su hijo, á causa de no tener dominio en él. De esta opinion que he visto seguir en la práctica, son Gómez y Colon (*a*).

63 Los AA. de la opinion contraria dicen que el padre ha de gozar el usufructo durante su vida: que sin su licencia no puede el hijo disponer de él; y que para que pueda, es menester que se la conceda amplia para todos y qualesquiera testamentos, porque de otra manera no podrá revocar el primero ni ordenar otro, y si lo hace, será nulo y substituirá el primero. Sus razones son, que dicha facultad se entiende únicamente para el primer acto: que no es visto haberse establecido la ley 6 de Toro tan en favor de los hijos, mayormente no habiéndose expresado, como no se expresó en ella; y que en lo omiso debemos ceñirnos á la disposicion del derecho comun que dice: *que el padre goce el usufructo por los dias de su vida.* De este dictámen es Sigüenza (*b*), quien cita en su apoyo diferentes AA. del mayor séquito.

64 Lo cierto es que el hijo estando baxo de la patria potestad no tiene dominio en el usufructo á causa de pertenecer al padre segun una ley de partida (*c*), cuyas son estas palabras: „Ca de las ganancias que ficiesse el fijo por qualquier de estas maneras, que non saliessen de los bienes del padre, nin de su abuelo, deve ser la propiedad del fijo que las ganó, è el usufructo del padre en su vida, por razon del poderío que ha sobre el fijo.„ Por tanto, no podrá disponer ni aun en testamento á beneficio de otro en perjuicio de su padre. Y aunque se diga que el hijo por su muerte sale de la patria potestad, me parece que en esto se padece equivocacion, porque lo que no existe ni tiene sér, no puede salir, y para que pueda decirse con propiedad que sale, se requiere que viva algun tiempo sin estar sujeto á su padre.

65 Mas no obstante soy de sentir que puede disponer en propiedad y usufructo del tercio de todos sus bie-

(*a*) Góm. ley 6 de Toro n. 12. Colon en su instruc. jurid. lib. 2. c. 8 n. 3. (*b*) Sigüenza de Cláusulas l. 2 cap. 1 nn. 17, 18 y 19. (*c*) La 5 tit. 17 part. 4.

nes, ya por las razones de la opinion afirmativa, ya porque la ley 5 de Toro (*a*) da facultad al hijo para testar teniendo la edad respectiva de doce ó cartorce años, aunque esté baxo de la patria potestad, del mismo modo que si estuviese fuera de ella (*b*): ya porque la de Partida fue establecida en tiempo que los hijos no se exîmian del poder de sus padres, aun estando casados y velados segun el derecho comun que ha derogado la 47 de Toro; y ya porque entónces no podian testar, como pueden hacerlo ahora por dicha ley 5.

66 Sobre si el hijo puede disponer libremente en propiedad y usufructo sin permiso paterno de sus bienes castrenses, que son los que adquiere en la guerra ó en la corte sirviendo al Rey, y de los quasi castrenses, que son los que los Maestros de qualquiera ciencia, y los Jueces, Abogados, Escribanos del Rey y otros semejantes adquieren por sus oficios; como tambien toda donacion de heredad, ú otra cosa que el Rey ú otro gran Señor les hace, parece que ninguna duda dexan las leyes 6 y 7 tit. 17 part. 4. La primera dice al fin: „E aun porque tales ganancias como estas facen los omes con gran trabajo, é con gran peligro, é porque las facen en tan nobles lugares por ende son quitamente de los que las ganaron, é son mas franqueadas (*privilegiadas*) que las otras ganancias: cá los dueños dellas pueden facer destos bienes á tales lo que quisieren, é non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar padre, nin hermano, ni otro pariente que ayan. „La segunda que habla de los quasi castrenses, concluye con estas palabras: „Cá tales ganancias como estas son quitamente de aquellos que las ficieron, assi como de suso diximos. „Pero todo está derogado por la absoluta amplitud que contienen las palabras de la ley 6 de Toro, *en todos sus bienes de qualquier calidad que sean* (*c*), cuya disposicion se corrobora en las Ordenanzas Militares impresas año de 1768, donde se di-

(*a*) Es la 4 tit. 4. lib. 5. R. (*b*) »El hijo ó hija que está en poder de su padre, seyendo de edad legítima para hacer testamento, puede hacer testamento, como si estuviese fuera de su poder.»

(*c*) Véase á Gregorio López ley 6 tit 17 P. 4 glos. 8 versic. Hodie hasta el fin.

ce (*a*): »Todo militar podrá testar sin licencia de su padre de los bienes castrenses no solo estando en campaña, sino fuera de ella, y aun en la casa de su padre al tiempo de otorgar el testamento, con advertencia de que nunca pueda perjudicar al heredero forzoso, dexando á otro los bienes castrenses, excepto el tercio de ellos, de que puede disponer á favor de quien quisiere en perjuicio de sus padres y demas ascendientes, ó el quinto en perjuicio de sus hijos y otros descendientes.„ Sin embargo parece que esto lo ha derogado la Real cédula inserta en el núm. 3 de este capítulo.

67 Si los descendientes legan el tercio de sus bienes á alguno de sus ascendientes, pueden consignarle en los que quisieren; mas legándole á extraño se duda si podrán ó no hacerlo. Antonio Gómez (*b*) opina que no; pero yo no me conformo con su parecer, porque si los ascendientes pueden señalar el quinto, quando le legan á extraño, del mismo modo que quando le dexan á alguno de sus descendientes que son herederos mas privilegiados que aquellos, mejor podrán estos señalar el tercio, mayormente no habiendo prohibicion legal, y esta opinion seguiré siempre que me ocurra, pues donde versa igual, ó mayor razon, debe ser una misma la disposicion de derecho (1).

68 Estan persuadidos algunos Escribanos de que el legatario del tercio, aunque sea extraño, es heredero del descendiente igualmente que su ascendiente, pues ordenan la cláusula de institucion nombrando á ámbos por sus herederos en su respectivo haber baxo de un mismo concepto y expresion en esta forma: „Instituyo por mis herederos á Pedro mi padre en las dos terceras partes y á Juan mi criado en la otra tercera de todos mis bienes, para que los hayan y hereden, &c.„ Pero deben saber que es error clásico no solo hacer la institucion en estos ter-

(*a*) Tom. 3 art. 17 trat. 8 tit. 11. (*b*) Ley 19 de Toro n. 4.

(1) No parece seguro que los ascendientes pueden señalar el quinto en cosa determinada, quando le legan á extraño; pues la ley 19 de Toro solo dice que *puedan señalar en cierta cosa ò parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría en que lo haya el hijo, ó hijos, é nietos que ellos mejoran.* Del quinto dexado á extraños no se habla.

minos sino tambien llamarle heredero: lo primero, porque con los ascendientes legítimos ningun extraño puede ser instituido heredero, debiendo extenderse á ellos lo que sobre este punto dispone la ley 7 tit. 1 p. 6 acerca de los descendientes (1), en vista de que la 6 de Toro manda que sean herederos legítimos, y les sucedan igualmente por testamento y abintestato; y lo segundo, porque si el ascendiente repudiára la herencia, la percibiria íntegra por derecho de acrecer el legatario como heredero particular, lo que no sucede, pues pasa precisamente á los herederos abintestato del descendiente. Por estas razones es tan impropio el nombre de heredero como propio y adequado el de legatario, y así el tercio que en este caso es legado y entre herederos forzosos instituidos mejora, debe legarse en cláusula separada, y si se pone en la de institucion, no se ha de llamar heredero al legatario.

69 Hijos ilegítimos son los que no nacen de matrimonio legítimo, y por lo mismo no gozan, regularmente hablando, de las honras y bienes de sus padres, y demas ascendientes (*a*). Se dividen en dos clases, á saber, en naturales y espurios. Los naturales son de condicion ménos mala que todos, y se llaman así aquellos que nacen de hombre y muger libres, solteros ó viudos, que quando se engendraron ó los parió su madre, podian casarse justamente sin dispensa por no tener impedimento canónico, pues basta que en uno de los dos tiempos no le tengan (*b*): siendo ademas necesario que el padre los reconozca por tales, caso que no haya tenido en su casa ni sido una sola la muger en quien los hubo, porque si la tuvo en ella, ó fue sola, no se necesita el reconocimiento (*c*). A estos hijos deben criar y alimentar no solo sus

(1) Véase la nota del n. 48. (*a*) Prœm. y leyes 1 y 3 tit. 15 P. 4. (*b*) Greg. Lop. ley 1 t. 15 P. 4. glos. 2. Covar. de Spons. p. 2. cap. 8 §. 5 n. 18. (*c*) Ley 11 de Toro que es la 9 tit. 8 lib. 5 Recop. y dice »Ordenamos y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nacieron, ó fueron concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo, en su casa, ni sea una sola; cá concurriendo

padres sino tambien sus abuelos y demas ascendientes por ámbas lineas (*a*); y gozan de la hidalguía de sus padres, aunque su madre no la tenga (*b*). Sobre si se tendrán ó no por hijos naturales sin reconocimiento de su padre, si prueban que este los alimentaban, tenia y llamaba así, y sobre otros puntos semejantes véase Matienzo en la ley inserta glos. 3 y 4 (1).

7 Careciendo los ascendientes de descendientes legítimos pueden instituir herederos y dexar todo lo que quieran de sus bienes, aunque tengan ascendientes legítimos, á sus hijos naturales, como expresamente lo ordena la ley 10 de Toro (*c*); y no haciendo mencion de ellos su padre en el testamento deben sus herederos darles lo necesario para sus alimentos, regulado por alvedrío de hombres buenos (*d*) (2). Lo propio se observará quando muera intestado, y así no dexando descendientes legítimos le sucederán no en la sexta parte de la herencia segun el derecho de las Partidas, sino en el quinto, que es lo que los padres pueden dar en vida ó dexar por muerte á sus hijos ilegítimos por razon de alimentos, en caso que esten obligados á dárselos, segun lo dispone dicha ley 10. „Mandamos que en caso que el padre ó la madre sea obligado á dar alimentos á alguno de sus hijos ilegítimos en su vida, ó al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su alma, y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el

en el hijo las qualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural.»

(*a*) Leyes 1 y 2 tit. 15 y 5 tit. 19 Part. 4 y 11 al fin tit. 13 P. 6. Ferraris Biblioth. verb. Filius. (*b*) Ley 1 tit. 11 Part. 7.

(1) Digan lo que quieran Matienzo y otros intérpretes, yo muy amante de la observancia de las leyes sostendré siempre con el Sr. D. Simon de Viegas, que solo el concubinato y reconocimiento verdadero del padre constituyen naturales los hijos nacidos fuera de matrimonio y que la ley 11 de Toro mas sabia que los intérpretes, excluyó todas las demas pruebas de filiacion para eludir y cerrar la puerta á los muchos fraudes que acerca de este punto podian cometerse. Son muy juiciosas y dignas de leerse las reflexiones que hace sobre la citada ley el referido autor en su discurso sobre el foro pp. 29 y sig.

(*c*) Es la 8 tit. 8 lib. 5 R. (*d*) Ley 8 tit. 13 Part. 6.

(2) *Segun alvedrio de omes buenos* dice la citada l. de P. pero en el dia debe decirse, *segun el prudente arbitrio del Juez.*

tal hijo ilegítimo; de la qual parte despues que la oviere el tal hijo, pueda en su vida, ó en su muerte facer lo que quisiere.„ Pero aunque no dexe su padre descendientes legítimos, si los tiene legitimados por el Príncipe ó adoptivos, le sucedarán estos muriendo intestado y no los naturales (*a*).

71 Si la madre no tiene descendientes legítimos debe heredarle por testamento y abintestato su hijo natural, aunque tenga ascendientes legítimos, como lo manda la ley 9 de Toro que dice (*b*): „Y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo, ó hijos ó descendientes que tuviere naturales, ó espurios, por su orden, y grado le sean herederos legítimos ex testamento y ab intestato.„ Y si el hijo natural es preterido ó exheredado por su madre, se duda, si deberá ó no heredarla, por no haber decision legal sobre este punto (1) (*c*).

72 Por ser mútua é igual entre padres é hijos la obligacion de alimentarse, heredarán aquellos de estos, muriendo intestados sin descendientes legítimos, lo mismo que estos pueden heredar de ellos sin diferencia, porque tienen idéntico derecho en los bienes de sus hijos ilegítimos, segun lo dispone la ley 8 tit. 13 P. 6 que no se halla derogada en esta parte. „Otrosi decimos que en aquella misma manera que el fijo natural puede, é deve

(*a*) Matienzo ley 9 tit. 8 lib. 5 Rec. glos. 1 á quien sobre lo que deberán haber de sus padres los legitimados por el Príncipe, se podrá ver en la 10 del mismo tit. (*b*) Es la 7 tit. 8. lib. 5 R.

(1) No es necesaria mas disposicion legal que la misma ley 9 de Toro; pues mandando que en el caso de que habla, los hijos ó descendientes naturales ó espurios sean herederos legítimos por testamento y abintestato, manda asimismo que aunque sean preteridos ó exheredados (sin justa causa como debe suponerse) sucedan en los bienes maternos. ¿Qué quiere decir que sean herederos legítimos por testamento sino imponer la obligacion de que se les instituya en este?

(*c*) Véase á Gómez ley inserta n. 12, y por lo respectivo á si tienen derecho contra el testamento de su padre natural, y si son herederos de sus hijos naturales, y estos de ellos, y si lo son asimismo los nietos naturales de sus abuelos legítimos ó naturales, véanse los nn. 4, 7, 9, 10 y 11, á Matienzo dicha ley 9 glos. 1 n. 3 hasta el fin, y lo quo se dice en la segunda parte l. 2 cap. 1 §. 3 y c. 7 nn. 6 &c. y 14.

heredar á su padre en los bienes de él, é aproveharse dellos, assi como sobredicho es, que en essa misma manera puede heredar el padre en los bienes de tal fijo, é ayudarse de ellos.,,

73 Los espurios, nombre que generalmente se da á todos los demas hijos ilegítimos, porque son procreados contra la pureza del derecho natural y divino, y contra razon natural se dividen en varias clases: unos se llaman *adulterinos ó notos*, y son los que nacen de hombre casado, y muger viuda ó soltera, llamada por otro nombre *barragana*, ó de ámbos casados con otros; pues aunque despues se casen, por haber cesado el impedimento que tenian, no se legitiman: otros se llaman *sacrílegos* y son los de Frayle y Monja profesos, ya sea por coito entre ámbos, ya por el de cada uno con otra persona, y los de Clérigos de órden sacro: todos los quales estan tenidos por hijos de damnado ayuntamiento, y aun los de muger casada por de damnado y *punible*, porque por él incurre en pena de muerte (1): otros se llaman *incestuosos* y son los de parientes dentro del quarto grado canónico sabiendo ámbos el impedimento; y otros se llaman *manceres* ó *mancillados*, los quales son de peor condicion que todos los expresados, porque nacen de rameras nobles ó plebeyas, y á causa de darse á todo hombre se ignora quien es su padre; y á todos está obligada su madre como conocida á dar alimentos pudiendo y necesitándolos (*a*).

74 Sin embargo de que por derecho romano no estaban obligados los padres á dar alimentos á sus hijos espurios nacidos de damnado ayuntamiento (*b*), por el canó-

(1) Ningun delito de incontinencia se castiga en el dia con pena capital, y asi ni aun el de muger casada podrá llamarse ahora *de damnado y punible ayuntamiento*, nombre extraño y que pudo aplicarse á otros delitos de la misma clase castigados tambien con sumo rigor. Ya sea porque la mayor cultura y suavidad de costumbres ha mitigado el rigor de las penas, ya sea por haber llegado á ser muy freqüente, ya sea porque quienes han de castigarles se consideran asimismo muy frágiles y expuestos á cometerle, lo cierto es que el adulterio no se castiga á lo mas sino con una reclusion en la muger y con un destierro en el hombre. Pero de esto trataré como corresponde en el juicio criminal que estoy componiendo para completar esta obra.

(*a*) Leyes 1 tit. 15 y 5 tit. 19 P. 4. (*b*) Authent. Ex complexa Cod. de incest. nup. y otras.

nico y por el nuestro, conformes con el natural, deben alimentarlos, aunque sean incestuosos y nefarios (*a*); lo primero, porque su educacion es de derecho natural (*b*): lo segundo, porque el vínculo natural es igual entre ellos y los legítimos: lo tercero, porque es natural que su padre los ame, y lo quarto, porque por derecho natural y ántes del escrito ninguna diferencia habia entre los legítimos y naturales. Por estas razones, conformándose el nuestro y tambien el canónico con el natural, impusieron á los padres la precisa obligacion de darles alimentos (*c*). La misma tienen por equidad canónica los abuelos y demas ascendientes paternos en defecto de padres, ó estando indigentes estos y ricos aquellos (*d*); y aunque el derecho Real los exîme de ella, no á los de la madre si pueden, porque es conocida y el padre no (*e*).

75 Procede en tanto grado la obligacion expresada que no se puede privar á los hijos espurios del derecho de percibir los alimentos, por pacto, costumbre, ley municipal, ni expresa prohibicion del testador, bien que si el pacto es jurado y los renuncian, se les deberán en el solo caso de que no puedan vivir de otra suerte y perezcan de necesidad, sino se les contribuye con ellos (*f*). Pero en dos casos falta dicha obligacion: el primero es, quando concurren de parte de los hijos las causas que para exheredar á los legítimos prescriben las leyes; y el segundo, quando los hijos tienen de que vivir, ó se pueden mantener con su arte, oficio ó industria sin desdoro de sus personas (*g*).

76 No se circunscribe al padre la obligacion de alimentar á sus hijos espurios, y ántes bien se extiende á los herederos de él (*h*). Lo mismo procede, quando los alimentos se deben por disposicion de alguno, sea en con-

(*a*) Cap. Cum haberet, de eo qui duxit in matrim. quam polluit per adult. y leyes 1 y 2 tit. 19 Part. 4. (*b*) Ley 1 §. Jus naturale, ff. de Justit. & jur. ley 2 tit. 1 Partid. 1 y cap. Jus naturale, distinct. 1. (*c*) Covar. de Sponsal. part. 2 cap. 8 §. 6 n. 2. Matienz. ley 8 tit. 8 lib. 5 R. glos. 1 nn. 1, 2, 3 y 4. (*d*) Matienz. lug. cit. n. 23. (*e*) Ley 5 tit. 19 Partid. 4. (*f*) Matienz. lug. cit. nn. 24, 25, 26 y 27. (*g*) Ley 6 tit. 19 Part. 4. Matienz. lug. cit. nn. 28 y 29. Covar. de Spons. dicho §. 6 al fin. (*h*) Góm. ley 9 de Toro n. 39. Covar. lug. cit. n. 14.

trato ó en última voluntad; pues la carga de alimentar pasa á los del que está obligado á ello (*a*), aunque lo sea el fisco por tácito fideicomiso ó por otra causa, ó el donatario de todos los bienes; mas no al comprador privado ni al que obtuvo los bienes de aquel por otro qualquiera contrato (*b*).

77 A los hijos espurios que no lo son de Clérigo de órden sacro, ni de Frayle, Freyle ó Monja profesos, compete solamente por testamento y abintestato el derecho al quinto de los bienes de su padre ó madre que los tienen legítimos; y por virtud de la obligacion de alimentarlos que les está impuesta, no pueden mandarles mas en dicho caso: de cuyo quinto una vez que le perciban, tienen facultad de disponer á su arbitrio (*c*), excepto en tres casos: el primero quando de la voluntad tácita ó expresa del testador se colige que no quiso que el quinto pasase á los herederos de su hijo espurio: el segundo, quando le hace algun legado anual que con su vida espira; y el tercero, quando le grava á que despues de su muerte restituya á otro los bienes que le dexa por via de alimentos, pues entónces debe restituirle el exceso á estos y no mas (*d*). Si el espurio no dispone del quinto que se le dexa por razon de alimentos, pasará á sus herederos y no volverá á los de su padre (*e*).

78 Pero si son hijos de Clérigo de órden sacro, ó de Frayle, Freyle ó Monja profesos, nada pueden haber de ellos segun las leyes 6 y 7 tit. 8 lib. 5 cit. cuyo contenido es el siguiente. Ley 6 „Otrosí, por no dar ocasion que las mugeres, &c. ordenamos y mandamos que los tales hijos de Clérigos no hayan, ni hereden, ni puedan haber ni heredar los bienes de sus padres Clérigos, ni de otros parientes de parte del padre, ni hayan ni puedan gozar de qualquier manda, ó donacion, ó vendida que les sea hecha por los susodichos, agora ni de aquí adelante, y qualesquier privilegios, ó cartas que tengan

(*a*) Góm. lug. cit. al fin (*b*) Matienz. nn. 19, 20, 21 y 22. Cov. dicho n. 14. (*c*) Ley 10 de Toro, que es la 8 tit. 8 lib. 5 R. inserta en el n. 70. (*d*) Matienz. dich. ley 8. glo. 2 nn. 4 y 5. (*e*) Matienz. lug. cit. n. 6.

ganados, ó ganáren de aquí adelante en su ayuda contra lo que nos assi ordenamos, mandamos que les no valan, ni se puedan dellas aprovechar, ni ayudar, cá nos las revocamos, y damos por ningunas.„ Ley 7 que es la 9 de Toro. „Los hijos bastardos ilegítimos de qualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres ex testamento, ni ab intestato, en caso que tengan sus madres hijo, ó hijos, ó descendientes legítimos; pero bien permitimos que les puedan en vida, ó muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrian disponer por su alma, y no mas, ni allende; y en caso que no tenga la muger hijos, ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos, ó descendientes que tuviere, naturales, ó espurios, por su órden, i grado le sean herederos legítimos ex testamento, y ab intestato; salvo si los tales hijos fueren de damnado, i punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres, ex testamento, ni ab intestato; pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, i no mas, de la qual podian disponer por su alma: y de la tal parte despues que la ovieren, puedan disponer en su vida, ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren; i queremos, i mandamos que entónces se entienda, i diga damnado, i punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural; salvo si fueren los hijos de Clérigos, ó Frayles, ó Freyles, ó de Monjas profesas, que en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la lei que hizo el Señor Rey D. Juan el Primero en la ciudad de Soria, que habla sobre la succesion de los hijos de los Clérigos supra próxima.„ Conforme á estas leyes los hijos espurios solo pueden heredar de sus padres el quinto de sus bienes, á no ser Clérigos, ó Frayles, ó Freyles profesos de quienes les está prohibido obtener nada; mas de sus madres son herederos forzosos en todos casos á excepcion de tres: el primero, quando tienen hijos legítimos: el segundo, quando la madre por su incontinen-

cia incurrió en pena de muerte (1), y el tercero, quando es Monja profesa; de cuyos casos en los dos primeros les puede dexar su madre el quinto y el tercero nada. Pero se duda, si los legítimos ó naturales de dichos hijos espurios podrán ser instituidos herederos por sus abuelos ilegítimos, en atencion á que la ley solo habla de sus padres y no de ellos: sobre cuyo punto hay varias opiniones, y puede verse á Gutierrez (*a*), á Lugo (*b*) y á otros que citan. Mas no pasaré en silencio, en primer lugar, que aunque el padre diga en su testamento que les debe algunos frutos, dinero ú otra cosa, no estan obligados sus herederos á entregársela, á ménos que lo prueben por otro medio, porque se presume que lo hace por beneficiarlos y perjudicar á los herederos legítimos (*c*); y en segundo lugar, que por Real cédula expedida á consulta del Consejo en el Real Sitio de S. Ildefonso á 2 de septiembre de 1784 se declara, que la ilegitimidad de que tratan las leyes no sirve de impedimento á los hijos ilegítimos para exercer qualesquiera artes ú oficios indistintamente, y que mas se dirigen las leyes á privarlos de las gracias de legitimidad como la sucesion de herencias y otras, que á inhabilitarlos y hacerlos inútiles para todo exercicio, por lo que en esta parte se derogan las leyes, sentencias, estatutos, usos, costumbres y quanto sea contrario á esta declaracion; excepto para exercer los empleos de Juez y Escribano, pues respecto á estos queda en su fuerza y vigor lo dispuesto en las leyes.

79 De los herederos testamentarios hay tambien unos que se llaman fideicomisarios, otros usufructuarios, otros propietarios y otros substitutos. Los fideicomisarios son los que el testador dexa por sus herederos para que incontinente, ó al tiempo que les prefine, entreguen precisamente la herencia á la persona que les nombra. Tambien suele nombrarlos por herederos con el título de fideicomiso; dexar á su alma por heredera, sin que suene en el testamento, y encargar al fideicomisario baxo de sigilo natural el modo de descargar su conciencia y distribuir sus bienes,

(1) Vease la nota del n. 73. (*a*) Lib. 2 pract. quæst. 110. (*b*) De Just. et jure disp. 24 n. 116. (*c*) Ley 3 tit. 14 P. 3.

prohibiéndole su revelacion, y á qualesquiera Jueces y personas que le pidan cuenta de su inversion, y mandando que en caso de que alguno se entremeta, ó quiera entrometerse, no haya fideicomiso, sino que el fideicomisario herede enteramente. Los usufructuarios son los que instituye el testador para que gozen del producto de sus bienes, ó hagan uso de estos por el tiempo de su vida ú otro que señale, despues del qual ha de consolidarse el usufructo con propiedad, y pasar á otros nombrados que se llaman herederos propietarios (*a*). Los substitutos son aquellos á quienes pasa la herencia, porque los principales herederos la repudian, ó no lo perciben por muerte ó otro motivo; y mediante á que hay entre los substitutos algunas diferencias, y es bastante ardua y sutil la materia de substituciones, paso á tratar de ella.

§. III.

De las substituciones de herederos.

80 Substitucion de heredero *es nombramiento de otro heredero para que este perciba la herencia á falta del instituido en primer lugar que él.* Fue introducida para que no caducasen las disposiciones de los testadores (1), y es de dos maneras, *directa y obliqua ó indirecta*: por la primera percibe el substituto la herencia sin intervencion de nadie, y por la segunda la obtiene por medio de otra persona. La substitucion de heredero en general se divide en seis especies, que son: *vulgar, pupilar, exemplar, compendiosa, brevíloqua y fideicomisaria* (*b*), (2) y deben hacerse en testamento y no en codicilo

(*a*) Del usufructo se trata extensamente en la 2 parte l. 1 cap. 7.

(1) Como por derecho romano si el heredero nombrado no llegaba á serlo en realidad, qualquiera que fuese el motivo, caducaba ó se anulaba todo lo dispuesto en el testamento, solian los testadores á fin de evitar este inconveniente nombrar otro ú otros que en aquel caso sucediesen en la herencia.

(*b*) Ley 1 tit. 5 Partid. 6.

(2) Podria hacerse otra division mas propia y exâcta; pero como la citada ley de partida hace la misma que el autor, ha parecido seguirla, mayormente quando poca ó ninguna utilidad resultaria de adoptar otra.

81 La substitucion vulgar *es cierta substitucion directa que qualquiera testador hace al heredero que instituye, ó una substitucion directa que puede hacerse á todos y por todos* (*a*). Se llama *vulgar*, porque el padre, madre, abuelos y qualquiera persona pueden hacerla al que no tenga prohibicion de ser heredero. Se hace *manifiesta y tácitamente*: manifiestamente, v. g. instituyo *á Pedro por mi heredero, y si no lo fuere, sealo Antonio*; pues si el primero muere ántes de entrar en la herencia, ó no quiere admitirla, la percibirá el segundo; y lo mismo sucederá, si á unos substitutos se substituyen otros, en cuya atencion no aceptándola los primeros ó falleciendo ántes de entrar en ella ha de percibirla el que quede: de suerte que para poder obtenerla el último instituido han de morir ántes de su aceptacion, ó repudiarla los que primero lo fueron (*b*): tácitamente, v. gr. *nombro por mis herederos á Pedro, Antonio y Juan para que el que me sobreviva, sea mi heredero.* Si á la sazon viven todos, percibirán con igualdad la herencia, y si uno solo está vivo, será único heredero (*c*) (1).

82 Si el testador instituye por sus herederos, v. gr. á tres: á uno en la quinta, á otro en la sexta y á otro en la octava parte de sus bienes, y alguno de ellos muere ó no quiere la suya, le heredarán los otros no igualmente sino á prorata con arreglo á la institucion (*d*); y la razon es, porque la substitucion debe juzgarse por el mismo derecho y regla que la institucion, y mediante á ser hecha esta en partes desiguales, debe entenderse lo mismo de aquella, pues lo acesorio sigue á lo principal (2).

(*a*) Leyes 1 y 2 t. 5 P. 6. (*b*) Covar. de Testam. cap. Raynutius, §. 4. Góm. lib. 1 Var. cap. 3 n. 14. (*c*) Ley 2 t. 5 P. 6.

(1) Diciendo el testador: nombro á Pablo por mi heredero, y sino quisiere serlo, sealo Antonio; percibirá este substituto la herencia aun en el caso de que Pablo no pueda ser heredero como tambien en el caso contrario; pues es verosímil que asi como el testador quiso favorecer á Antonio en el uno, quisiese favorecerle asimismo en el otro; bien que siempre debe explorarse la voluntad del difunto. (Góm. lug. cit. n. 10).

(*d*) Ley 3 t. 5 part. 6. Góm. lib. 1 Var. dicho cap. 3 y aquí Aillon.

(2) Otra razon mas clara, mas sólida y que lo es de la razon del autor. Instituyendo el testador á sus herederos en partes desiguales, manifiesta su voluntad bastantemente de que sucedan por substitucion en las mismas.

Pero esto se limita en dos casos : el primero, quando el testador manda lo contrario; el segundo, quando del gravámen impuesto igualmente á los herederos se colige otra cosa (*a*). (1) Espira la substitucion vulgar luego que el primer instituido entra en la herencia ó la acepta (*b*).

83 La substitucion pupilar *es una substitucion directa y simple hecha por el testador á sus hijos legítimos pupilos que estan en su poder, y no han de recaer por su muerte en el de otro.* Nadie puede hacerla sino el padre á los hijos de legítimo matrimonio que tiene baxo de su potestad, sean varones ó hembras; y es indispensable que aquellos sean menores de catorce años y estas de doce, porque en teniéndolos cumplidos pueden testar por sí. Pero aunque no tiene potestad en el póstumo hasta que nace, ni hasta entónces se le llama su heredero, ni se le debe la legítima, puede no obstante substituirle pupilarmente, porque exîste en la naturaleza, y en todo lo propicio se le contempla nacido. Para que la substitucion pupilar sea válida, han de concurrir como precisas cinco circunstancias: la primera, que el pupilo sea descendiente legítimo del substituidor: la segunda, que esté en su poder, excepto que sea póstumo: la tercera, que sea pupilo: la quarta, que despues de la muerte del testador no recaiga en la potestad de otro: y la quinta, que entre verdadera y efectivamente en la herencia paterna (*c*); pues si muere ántes que su padre, caduca ó se acaba la substitucion, y éste se hace dueño de sus bienes y no el substituto.

84 Se puede hacer *manifiesta* y *tácitamente*. Es substitucion manifiesta la siguiente: „Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo menor de catorce años, y si llega á heredarme y muere ántes de cumplirlos, nom-

(*a*) Greg. Lop. en dicha ley 3 glos. fin.

(1) Como si se mandase á todos los substitutos dar á alguna persona cierta cantidad de dinero por partes iguales.

(*b*) Ley 4 t. 5 P. 6. Para mejor instruccion de esta substitucion véase á Góm. lib. 1 Var. cap. 3 y á Aillon. (*c*) Gómez, lib. 1 Var. cap. 4 nn. 2, 3 y 4, y aquí Aillon nn. 5 y 6.

bró á Juan por su heredero.„ Tácita lo es esta: „Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo menor de catorce años, y á Juan y Francisco mis amigos, y mando que el que de estos fuere heredero mio, lo sea de mi hijo.„ Tambien puede hacerse tácitamente en esta forma: „Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo que está en la edad pupilar, y sino fuere mi heredero, nombro á Francisco en su lugar.„ En estos casos falleciendo el hijo en la edad pupilar heredará el substituto no solo los bienes del testador, sino tambien los que por otra qualquiera razon le toquen, y entrará en ellos por la substitucion pupilar tácita ó manifiesta (*a*).

85 Pero esto no procede, quando el testador tiene dos hijos, uno pupilo y otro adulto, y los nombra por sus herederos diciendo: *que si alguno de ellos muere ántes de entrar en la herencia, ó no quiere ser su heredero, lo sea el otro*; pues si el pupilo quiere serlo, entra en la herencia y muere ántes de la pubertad, no puede el adulto entrar en ella por la substitucion pupilar tácita sino por la proximidad de parentesco. La razon es, porque debe haber igualdad entre ellos, y como no pueden concurrir en el hermano mayor las dos substituciones pupilar y vulgar, es justo que respecto al menor no haya substitucion pupilar, y en su conseqüencia que el adulto le herede abintestato como pariente mas propinquo, al modo que el menor le heredará, si entra en la herencia paterna, y su hermano muere intestado sin sucesion legítima, pues cesa la substitucion vulgar, por haber sido heredero. Lo propio se ha de observar, quando algun extraño es instituido heredero substituto junto con el hijo pupilo del testador (*b*).

86 Aunque por una ley de Partida (*c*) tenia el abuelo facultad para substituir pupilarmente á su nieto legítimo, actualmente carece de ella, porque como su hijo por el mismo hecho de casarse y velarse sale de su poder (*d*), nunca entra en este el nieto, y ántes bien con la muerte de su padre queda independiente (*e*); mas si el

(*a*) Ley 5 tit. 5 P. 6. (*b*) Dicha ley 5. (*c*) La citada ley 5. (*d*) Ley 47 de Toro que es la 8 t. 1 lib. 5 R. (*e*) Ley 1 t. 18 P. 4.

hijo no está velado, permanece baxo la potestad paterna y de consiguiente tendrá su fuerza y vigor lo dispuesto en la ley de Partida, entrará el nieto en poder de su abuelo, no en el de su padre, y aunque se vele despues de nacido su hijo, no tendrá potestad sobre este hasta la muerte de aquel (*a*): todo lo qual tendrá presente el Escribano, pues lo ignoran muchos que deben saberlo y se precian de hábiles.

87 Llega á tanto la patria potestad, que aunque el padre exherede á sus hijos pupilos por alguna de las causas que el derecho prefine, puede substituirlos pupilarmente en sus bienes y en los que hereden de sus madres ú otros parientes, como tambien gravar al substituto en los que adquieran por qualquier motivo, con tal que no sea en los de su madre; pues en estos le está prohibido grabarle con manda que dexe á otro, y el substituto no tiene obligacion de entregarla (*b*). Mas para exheredarlos han de tener á lo ménos diez años y medio cumplidos, de suerte que esten próximos á entrar en la pubertad, porque no presume el derecho que de menor edad cometan delitos dignos de la pena de exheredacion á causa de faltarles el uso de la razon (*c*).

88 No se extiende solamente la virtud de la patria potestad al hijo legítimo sino tambien el prohijado por arrogacion, y su padre puede darle substituto en todos los bienes que debe heredar de él, y en los que algun amigo del mismo adoptante le hubiere legado ó donado por respetos suyos, aunque no en los que herede de su padre natural ó adquiera por otra parte, porque tocan á sus parientes abintestato, caso que el testador ó donante no disponga de ellos á favor de otro (*d*).

89 Queda tan dueño de los bienes del pupilo el substituto que sucede en ellos por virtud de la substitucion pupilar, como si el mismo pupilo siendo mayor de veinticinco años, y no teniendo herederos legítimos le instituyera por su heredero en testamento perfecto (*e*); pero

(*a*) Gutier. lib. 2 Pract. q. 10 n. 3. Góm. lib. 1 Var. cap. 4 n 2 y aquí Aillon. (*b*) Leyes 6 t. 5 y 3 al fin, t. 9 P. 6. (*c*) Ley 6 t. 5 part. 6. Góm. lib. 1. Var. cap. 4. núm. 3. (*d*) Ley 9 t. 5 Part. 6. (*e*) Ley 7 t. 5 P. 6.

el substituto ha de aceptar no solo los bienes que tocan al pupilo por parte paterna y materna sino tambien por otro pariente ó extraño, por qualquier título ó causa, sea instituido heredero juntamente con él, ó tan solo nombrado por su substituto, y de no aceptarlos nada percibirá, porque como le ha de representar en el todo, no se le permite eleccion ni aceptacion parcial (*a*): (1) lo qual prevendrá el Escribano en la cláusula de heredero extendiéndola de esta suerte: „Instituyo por heredero de todos mis bienes á Pedro mi hijo legítimo menor de catorce años, y por si falleciere ántes de cumplirlos, nombro por su heredero á Juan, á quien substituyo para que le suceda no solo en los mios sino asimismo en los demas que durante su edad pupilar adquiriere y recayeren en él, así por parte materna como por sus consanguineos y otra qualquiera persona, así por título universal como particular, aceptándolos todos y no en otros términos."

90. Puede el padre del pupilo segun el derecho comun y el de las Partidas excluir á la madre de este de la sucesion de sus bienes por medio de la substitucion pupilar, aunque ha de ser expresa y no tácita (*b*); lo qual parece repugna á la ley 6 de Toro que dice: *los ascendientes sean herederos de sus descendientes legítimos ex testamento y abintestato*: mayormente quando el hijo si llega á la pubertad y hace testamento, no tiene facultad para disponer mas que de la tercera parte de los suyos segun la misma ley: pero como el padre testa en nombre propio

(*a*) Ley 8 tit. 5 P. 6.

(1) Por derecho romano se fingia que el heredero representaba al difunto, cuya representacion como respectiva á toda la persona debia ser total, y como de un solo sugeto debia tambien ser uniforme. He aquí la sutil y vana razon en que se apoyaba el principio, *nadie puede morir en parte testado y en parte intestado*; pues así como no debia representarse al difunto en parte, tampoco por herederos de diversa especie, á saber, herederos testamentarios y herederos abintestato (*Vinnius de hered. instit.* § 5 *n.* 4. *Góm. lib.* 1 *var. cap.* 10 *nn.* 10 y 27) Pero como está derogado el expresado principio, segun se ha dicho, (*nota* 1 *del n.* 41) no puede apoyarse ya la disposicion de la citada ley 8 en la razon del autor que ningun mero Escribano entenderia sin la breve explicacion que se ha hecho.

(*b*) Ley 12 t. 5 P. 6. Góm. lib. 1. Var. cap. 4 n. 8.

de los del hijo, del mismo modo que si fueran suyos y este no existiese: como no está obligado á ceñirse á la ley que habla privativamente con el hijo, limitándole sus facultades, ni á dexar á su muger por su heredera: como á ésta no se le debe la legítima por derecho natural (1) como al hijo, sino por el positivo que se la pueda dar y quitar: por estas y otras razones que traen los AA. está en su mano excluirla, y así la ley de Toro debe entenderse, quando el hijo muere dentro de la pubertad, ó no el substituido pupilarmente, mas no en este caso que la misma ley exceptua con decir: *en caso que los dichos descendientes no tengan hijos ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar*; pues uno de los que tienen este derecho, es el substituto pupilar, en cuya atencion no corrige la de Partida que lo permite (*a*). Estos fundamentos y otros que se exponen en la segunda parte (*b*), parece no dexan duda sobre que la madre puede ser excluida por el padre en virtud de la substitucion pupilar, y que de consiguiente lo pueden ser los abuelos maternos; pero como si muere el hijo ántes, le heredan sus padres igualmente, haciendo el padre testamento por él, no ha de poder privar á la madre mas que de la tercera parte de sus bienes, que es de lo que el mismo hijo puede disponer segun la ley 6 citada; y si muere despues que su padre, quieren muchos AA. se entienda morir intestado, en cuyo caso le hereda su madre en el todo: en vista de estas razones, de estar hoy tan limitados los derechos de la patria potestad, de negar aquellos que el padre testa en su nombre, y afirmar que lo hace en el de su hijo de quien son los bienes, pues por ser pupilo, no está privado de heredarle; hay decisiones contrarias acerca de esta substitucion, y para evitar dudas y pleytos convendria que el Soberano declarase lo que se habia de seguir (2); pero miéntras llega este caso, si el padre quie-

(1) Esto se ha impugnado en la nota 1 del n. 60.

(*a*) Góm. lib. 1. Var. cap. 4 n. 7 y aquí Aillon. n. 9. (*b*) Lib. 2 cap. 4 n. 8.

(2) En mi dictámen no hay necesidad de ninguna declaracion del Soberano sobre el presente punto, sino de que se reflexione algun tanto y se quiera ver la verdad. La ley 6 de Toro léjos de admitir al subs-

re que el substituto no quede privado de todo, puede añadir á la cláusula de substitucion lo siguiente: *Y en caso que esta substitucion no tenga lugar en el todo, quiero que valga á lo ménos en la tercera parte de los bienes de dicho mi hijo, la qual lego al citado F. en propiedad y usufructo para desde el dia siguiente al de su fallecimiento.* Así no se le privará de la tercera parte, como he vis-

tituto pupilar con exclusion de la madre y demas ascendientes del pupilo le excluye absolutamente. Despues de mandar que los ascendientes sucedan por testamento y abintestato á sus descendientes añade: *en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar*: por manera que únicamente exceptua este caso y no el de que haya substituto pupilar. Si se dice, como lo dicen en efecto Gómez y otros muchos AA. que en la expresion, *ó que hayan derecho de les heredar*, está comprehendido dicho substituto, se comete un error gramatical; pues aquella se refiere á las palabras *hijos descendientes* para distinguir de los hijos descendientes legítimos los hijos descendientes que hayan derecho de heredar, que son los legitimados por el siguiente matrimonio ó rescripto del Príncipe: de modo que la ley en su excepcion no habla mas que de hijos. Aun puede evidenciarse mas lo fundado de esta explicacion. La oracion, *ó que hayan derecho de les heredar*, ha de tener forzosamente su nominativo que la rija, y éste no puede ser otro que las palabras *hijos descendientes* con el relativo *que*: de suerte que es lo mismo que si dixera la ley: *en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos*, ó hijos descendientes *que hayan derecho de les heredar*. Si dixera la ley por exemplo: *en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos*, ú otras personas *que hayan derecho de les heredar*; podria caber duda sobre si se hallaba comprehendido el substituto pupilar y debia suceder aun habiendo ascendientes. Las razones que se alegan á favor del substituto, no merecen confutacion, aun quando se consideren en sí mismas, y se prescinda de la disposicion de una ley que las desvanece. El decir v. gr. que el padre testa en nombre propio, nombrando un heredero á su hijo, es grande necedad; pues una vez que la substitucion pupilar se tiene por una primera institucion del hijo, y por un testamento suyo en que se dispone de sus propios bienes, es evidente que el padre testa en nombre de aquel; bien que para el caso nada importa teste de un modo ó de otro. Y por otra parte ¿es mas justa la ley que prefiere el substituto pupilar á la madre y ascendientes legítimos que la que prefiere estos al primero, para que á fuerza de varias sutilezas tomadas del derecho civil y de las partidas que muchas veces le adoptáron ciegamente por el bárbaro siglo en que se dictáron, hayamos de apoyarla y sostenerla? ¿hemos de añadir al desconsuelo de una madre y de unos abuelos por la pérdida de un hijo y nieto de tierna edad el dolor de ver los bienes de este en poder de otro acaso extraño? Los derechos de la patria potestad deben circunscribirse á los límites que dicta la sana razon.

to privarle de ella, por faltar la voluntad expresa del padre.

91 Espira la substitucion pupilar en seis casos: el primero, quando los pupilos llegan á la pubertad: el segundo, quando pierden la libertad, v. gr. siendo cautivos (1), ó la ciudad, v. gr. siendo desterrados para siempre fuera de su patria, ó la familia, v. gr. siendo emancipados ó prohijados, y pasando á poder del prohijador, ó saliendo por otro motivo del poder de su padre natural, aunque si éste fuese hecho cautivo, no espirará la substitucion hecha ántes: el tercero, quando el testamento en que se hizo la substitucion, se anula por alguna causa legal: el quarto quando el testador hace otro perfecto con revocacion de los precedentes: el quinto, quando nace algun hijo ó hija, de quienes su padre no hizo mencion específica ni genérica en dicho testamento (2); y el sexto, quando el pupilo no acepta la herencia paterna (3); pero si despues se arrepiente, se le debe restituir, y entónces revive la substitucion (*a*); bien que hoy es inútil hablar de este caso, porque los tutores de los pupilos aceptan la herencia con beneficio de inventario, y estos en nada se mezclan.

92 La substitucion exemplar *es un testamento que los padres hacen por sus hijos incapaces de testar por locura, fatuidad ú otra enfermedad semejante; ó una substitucion directa que los ascendientes hacen á sus hijos y descendientes fatuos ó locos, aunque sean mayores de veinticinco*

(1) Por la cautividad no puede irritarse la substitucion pupilar segun lo expuesto en la nota del n. 20.

(2) Como segun la ley 1 t. 4 lib. 5 de la R. valen las mandas y otras cosas que se contengan en el testamento, aunque no haya heredero instituido, ó el nombrado no quiera aceptar la herencia: y como ademas por la ley 24 de Toro que es la 8 t. 6 lib. 5 de la R. no se invalida la mejora de tercio y quinto, aun quando se rompa el testamento por causa de pretericion ó exheredacion; tampoco se anulará la substitucion pupilar por el nacimiento de algun hijo preterido, si sabia el testador al tiempo del testamento ó de su muerte que tenia tal hijo; pero si lo ignoraba y hay motivos para creer que en caso de saberlo no la hubiera hecho, se invalidará.

(3) Con arreglo á lo dicho en la nota anterior no dexará de subsistir por tal causa la substitucion pupilar.

(*a*) Ley 10 t. 5 part. 6.

años. Pueden hacerla el padre, madre y abuelos á sus hijos legítimos de ámbos sexôs, ya esten en su poder, ya se hallen casados, ó emancipados; y tambien la madre á los naturales, quando se les debe su legítima, aunque no á los espurios (*a*); pero el padre no puede substituir exemplarmente á sus hijos espurios ni á los naturales, porque no son sus herederos forzosos. Se llama *exemplar*, porque se hace á imitacion y exemplo de la pupilar; y se ordena en estos términos: „Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, y por si falleciere en la locura ó fatuidad que padece, nombro por su heredero á Juan su hermano„: en cuyo caso muriendo el hijo en la demencia ó fatuidad heredará el substituto todos sus bienes (*b*).

93 Pero en esta substitucion se ha de observar precisamente este órden. Primero se han de nombrar por substitutos á los hijos del loco ó fatuo: á falta de ellos á los nietos y demas descendientes por su órden y grado: no teniéndolos, á sus hermanos enteros ó medios hermanos, siempre que sean de la línea del ascendiente que los substituye, y á los hijos que los muertos hayan dexado, pues entran en su lugar y los representan; y en defecto de todos á los extraños, como lo dice la ley 11 tit. 5 P. 6. „Pero si este loco, á quien dan el sustituto, oviere fijo, ó nieto, ó alguno de los otros que descienden por derecha liña dél, devenlos sustituir en su lugar: é non otros. E si alguno destos non oviere, estonce le pueden dar sustituto á su hermano, si lo oviere; é si non oviere hermano, puedenle dar por su sustituto otro estraño (*c*).„ Segun esta ley puede un ascendiente por medio de la substitucion exemplar excluir á otro de la herencia del loco ó fatuo; pero atendida la ley 6 de Toro hay variedad de opiniones sobre este punto. Yo soy de parecer que no puede hacerlo, porque esta substitucion no es efecto de la patria potestad como la pupilar, y por lo mismo debe observarse dicha ley 6 que es posterior,

(*a*) Es opinable; si casando segunda vez la madre podrá dar substituto exemplar á sus hijos legítimos, sobre cuyo punto véase á Góm. lib. 1 var. cap. 6 n. 9 y á Aillon n. 10. (*b*) Leyes 1 y 11 t. 5 part. 6 Góm. lug. cit. n. 6 y Aillon n. 7. (*c*) Góm. lug. cit. n. 7.

llamándose á la herencia los ascendientes ántes que los hermanos del loco y el extraño. El que quisiere instruirse de los fundamentos de estas opiniones lea los AA. que se citan (*a*), pues por evitar prolixidad omito exponerlos (1).

94 Pueden tambien el padre y la madre substituir exemplarmente, observando el órden expresado, á sus hijos mudos y totalmente sordos por naturaleza, ó por enfermedad que no saben leer ni escribir, porque estan incapaces de testar; pero no, si lo son por enfermedad, y saben leer y escribir, pues tienen aptitud para manifestar su voluntad por escrito del mismo modo que si no lo fueran (*b*).

95 Espira y acaba la substitucion exemplar por una de tres causas: la primera, quando el loco ó fatuo recobra su juicio y no vuelve á su locura; pues de lo contrario convalece la substitucion, porque es visto no haberse acabado sino cesado por algun tiempo: la segunda, quando tiene despues hijo ó hija; y la tercera, quando el que la hizo, la revoca por testamento posterior (*c*).

96 Los descendientes no pueden substituir exemplarmente á sus ascendientes, sin embargo de que pueden ser sus curadores, porque ningun derecho les concede esta facultad, como afirman Gómez y otros (*d*).

97 Substitucion compendiosa *es aquella que en breves palabras comprehende ó puede comprehender á todos los herederos instituidos, y todos los tiempos, edades y bienes que el testador les dexa* (*e*). Solo el padre puede hacerla á sus hijos pupilos que estan en su poder (2), y se ordena en esta forma: *instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legitimo, y en qualquier tiempo que muera, sea su heredero Juan.*

(*a*) Greg. Lóp. ley 11 t. 5 P. 6 verb. Otro extraño. Covar. de Testam. cap. Raynutius, §. 6 n. penult. Góm. lug. cit. nn. 7 y 9.

(1) Téngase aqui por repetida la segunda nota del n. 90 acerca de la exclusion del substituto pupilar por los ascendientes.

(*b*) Góm. lug. cit. nn. 3, 4 y 10. (*c*) Ley 11 al fin, t. 5. P. 6. Góm. lug. cit. n. 11 vers. Dubium tamen. (*d*) Lug. cit. n. 10. (*e*) Covar. de Testament. cap. Raynut. §. 9 n. 2. Góm. lib. 1 Var. cap. 7 n. 1.

(2) Puede hacerse por qualquiera á qualquiera, y segun sean las personas y los casos que ocurran, habrá lugar á la substitucion vulgar, á la pupilar, &c. Padeció el autor una equivocacion manifiesta.

98 Substitucion breviloqua ó recíproca (1) *es la que se hace mútuamente á algunos herederos instituídos ó exheredados.* Llámase *breviloqua*, porque se hace brevemente ó con pocas palabras. Unicamente el padre tiene facultad para hacerla á sus hijos pupilos (2), y la cláusula se ordena de esta suerte: „Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan mis dos hijos legítimos menores de catorce años, y los hago mutuamente substitutos al uno del otro.„ Tambien se ordena de este modo: „Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan mis dos hijos legítimos que estan en la edad pupilar, y los substituyo para que el uno sea heredero del otro.„ En esta substitucion se incluyen quatro, dos vulgares y dos pupilares; pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar ó de la pubertad, y no quiere aceptar la herencia, la percibirá el otro instituido (*a*).

99 Substitucion fideicomisaria *es aquella en cuya virtud queda alguno gravado á entregar la herencia ó parte.* Llámase *fideicomisaria*, porque en Roma ántes de Augusto no tenia obligacion de dar la herencia el heredero á quien se rogaba ó encargaba que lo hiciese, y el hacerlo pendia tan solo de su fé y probidad (*b*). Tambien se llama *obliqua*, porque el heredero fideicomisario no percibe directa é inmediatamente del testador sus bienes sino mediata é indirectamente por mano de otro instituido y gravado á su entrega que la recibe directamente del testador. La cláusula se ordena así: „Instituyo por mi heredero á Diego Rodriguez, y le ruego, quiero, ó mando que entregue incontinente mis bienes á Pedro Garcia: ó que los tenga en su poder tanto tiempo, y pasado los entregue á Pedro Garcia.„

100 Por derecho romano y el de las partidas (*c*) puede el heredero gravado retener de la herencia la quarta parte líquida llamada Trebeliánica de Trebelio Cónsul

(1) Su propio nombre es *recíproca*, pues el de *breviloqua* se puede dar á la compendiosa. *Góm. lib. 1 var. cap. 8 n. 1.*

(2) Lo que se ha dicho en la nota penúltima de la substitucion compendiosa, debe decirse de la breviloqua ó recíproca.

(*a*) Ley 13 t. 5 P. 6. Góm. lib. 1 Var. cap. 8. (*b*) §. 1 Instit. de fideicom. hæredit. (*c*) §. 5 de dicho título, leyes 14 t. 5 y fin. t. 11 P. 6.

su autor. Dispúsose así, porque los herederos gravados se excusaban á adir la herencia, por no seguírseles de esto ningun lucro, aunque sí cuidado, trabajo y responsabilidad, y la falta de adicion invalidaba los fideicomisos con todo lo demas contenido en el testamento. En el dia como segun la ley 1 t. 4 lib. 5 R. valen los fideicomisos y qualquiera otra disposicion testamentaria sin adicion de heredero, contravierten nuestros intérpretes, si aun habrá lugar á la deduccion de dicha quarta, y la opinion afirmativa es la mas seguida (*a*) (1).

101 Instituyendo el testador muchos herederos é imponiendo á uno el gravámen de que entregue su parte á los coherederos, no han de percibirla éstos igualmente sino con respecto á las suyas (*b*).

102 Si el fideicomisario muere ántes de la adicion y entrega de la herencia, pasa á sus herederos el derecho que le compete, si la substitucion es pura, y no si es condicional (*c*).

103 El heredero gravado condicionalmente ó para cierto dia tiene obligacion, si el testador no lo prohibe, de dar cuentas al fideicomisario despues de la entrega, en cuya atencion deberá aquel formar inventario como principal fundamento de ellas, y dar á éste una copia por la qual conste qué y quánto ha de entregarse llegando el tiempo, ó verificándose la condicion (*d*).

104 Gravándose al heredero en la entrega de la herencia, *quando él quiera*, vale la substitucion y habrá de entregarse aquella despues de su muerte, por creerse que ántes no quiere y faltarle la voluntad faltándole la vida (*e*). Tambien se ha de entregar la herencia en dicho tiempo en el caso de dudarse, quando debe hacerse (*f*).

105 Quando el testador instituye heredero universal á un descendiente legítimo ó natural, sea varon ó hembra, y manda que se entregue la herencia despues de su muer-

(*a*) Aillon en sus adiciones al Góm. tom. 1 cap. 5 n. 4 al fin.

(1) Véase en la nota última del §. 9 lo que digo acerca de la quarta falcidia, pues debe aplicarse tambien á la trebeliánica.

(*b*) Ley 3 t. 5 P. 6. Véase el n. 82 nota 1. (*c*) Góm. lug. cit. n. 9. (*d*) Góm. lug. cit. n. 10. (*e*) Góm. lug. cit. n. 27. (*f*) Parlad. differ. 17. n. 6.

te á un extraño ó á otro descendiente del testador, se entiende gravado con la condicion tácita, *sino tuviese hijos ó descendientes* (*a*); pero si el heredero es extraño ó ascendiente, ha de decirse lo contrario, como asimismo siempre que el gravado tenga hijos y lo sepa el testador (*b*) (1).

§. IV.

De las mejoras.

106 Mejorar segun mi propósito es: *dexar el testador á alguno de sus herederos descendientes mas bienes ó herencia que á los demas instituidos en los términos que permiten las leyes.* El padre, madre, abuelos y demas ascendientes pueden mejorar por una vez y no mas en vida y por muerte á alguno ó algunos de sus hijos, nietos y descendientes legítimos con perjuicio de los otros, aunque vivan los hijos padres de los nietos y descendientes, en el tercio de sus bienes libres, en testamento ú otra última disposicion, ó en contrato, y vincularle, imponer sobre él para siempre ó por el tiempo de su voluntad el gravámen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso que les parezca sin distinguir de quarta ni quinta generacion (2), anteponiendo ó posponiendo entre las personas de cada grado las que quisieren, con tal que no excluyan á ningun hábil y capaz de suceder en dicho tercio, sea varon ó hembra, ni por consiguiente constituyan agnaticia la vinculacion; y con tal asimismo que el gravámen y condicion que impongan, sean entre sus descendientes legítimos: á falta de ellos, entre los ilegítimos que hayan derecho de heredarlos: no habiéndolos, entre sus ascendientes: en su defecto, entre sus parientes; y despues de estos entre extraños; pues de otra suerte no valdrá el

(*a*) Ley 10 t. 4. P. 6. (*b*) Góm. lug. cit. nn. 32, 35 y 36. Sobre el caso de que se mande al heredero entregar de la herencia lo que quede al tiempo de su muerte, véase á Góm. lug. cit. n. 16 y á Aillon n. 18.

(1) Se han tomado de Gómez las especies mas útiles y precisas acerca de la substitucion fideicomisaria, porque Febrero habla de esta muy poco y lo mas es inútil.

(2) Véase la cédula de 14 de Mayo de 1789 inserta al fin del cap. 7.

gravámen ni condicion impuesta (*a*), y se reducirá al órden expuesto: debiendo advertirse que la mejora del tercio entre descendientes legítimos se entiende no solo en quanto á la propiedad de los bienes que le componen, sino tambien en quanto á su usufructo: lo primero, porque las leyes hablan indistintamente, y quando no distinguen, no debemos distinguir: lo segundo, porque con su silencio manifiestan bastantemente que quieren se transfieran en el mejorado la propiedad y usufructo, y no una cosa solamente; y lo tercero, porque el tercio entre ellos es legítima, la qual en su perjuicio no puede gravarse á favor del que no sea tambien descendiente; en cuya atencion si el ascendiente mejora á uno ó mas descendientes suyos en el tercio y quinto de sus bienes, dexando á otro ascendiente ó á algun extraño el usufructo de ámbos por su vida ó por cierto tiempo, será nulo en un todo el legado del usufructo del tercio, y valdrá el del quinto únicamente, porque en lo divisible no se vicia lo útil por lo inútil. Tendrá presente esto el Escribano, pues algunos padecen el error de creer lo contrario.

107 Pero en el quinto tienen facultad los ascendientes para imponer á su arbitrio, sea entre ascendientes, descendientes, parientes ó extraños no solo el gravámen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso expresados, sino otro qualquiera posible y honesto, y dexarle en propiedad y usufructo, ó en una de estas cosas solamente á quien quisieren; pues el quinto es hacienda propia, á la qual nadie tiene adquirido el mas leve derecho, y por lo mismo pueden hacer de ella lo que les parezca.

108 Tambien pueden consignar ó señalar por sí mismos en una ó mas fincas, ó en dinero ú otras especies la mejora del tercio y quinto ó de qualquiera de ellos; mas no cometer á otro su consignacion ó señalamiento (*b*);

(*a*) Leyes 18 y 27 de Toro, que son las 2 y 11 t. 6 lib. 5 R. Rox. Almansa de Incompatib. disp. 2. q. 3 nn. 8, &c. y 23. (*b*) Ley 19 de Toro que es la 3 t. 6 lib. 5 R.

y la razon es, porque esta facultad y declaracion del ánimo es cierto derecho personalísimo coherente á la persona del ascendiente mejorante, y así no se puede ceder ni cometer á un tercero. Pero semejante prohibicion se entiende quando la comision fue general para testar; mas no si fue especial para mejorar á cierto descendiente ó descendientes en quota ó cantidad determinada, y consignar la mejora, segun dicen los AA. (*a*) bien que la ley 19 de Toro habla indistinta y absolutamente (1).

109 Muchas veces las alhajas consignadas exceden ó no alcanzan para el pago de la mejora, y porque á causa de la discordia de los AA. se duda lo que en estos casos se debe practicar entre descendientes legítimos, para que el Escribano se instruya, digo que se debe distinguir. Si la mejora fue del tercio y quinto de los bienes del mejorante ó de alguno de ellos, y los consignados no alcanzan para su pago total, atendidos los que se encuentra pertenecerle al tiempo de su muerte, v. g. diciendo: *Mejoro á mi hijo Pedro en el tercio y quinto de todos mis bienes, y para parte de pago de esta mejora le consigno tales fincas*: se debe suplir lo que falte, de los demas de su herencia (*b*), ya use el mejorante de la palabra universal *todos*, ya la omita y hable solamente *de sus bienes*, porque la proposicion indefinida equivale á la universal. Pero si las mismas cosas fueron señaladas por tercio y quinto en estos términos: *Mejoro á mi hijo Pedro en tal y tal finca por razon del tercio y quinto; ó le mejoro en tal y tal cosa*, sin mas expresion; no se debe suplir del residuo de sus bienes lo que falte para completar el tercio de todos los del mejorante, porque es claro que nada mas quiso dexar al mejorado por razon del tercio de sus bienes que las

(*a*) Tello, Castillo y Góm. ley 19 de Toro Angul. de Meliorat. en la 3 tit. 6 lib. 5 R. glos. 7. Matienz. en ella glos. fin.

(1) Por lo mismo que la ley habla indistinta y absolutamente, debe entenderse así.

(*b*) Cifuent. ley 17 de Toro.

cosas consignadas (a) (1); y si excenden al valor del tercio, ó quinto, ó de ambos, se revocará la mejora en el exceso, el qual siendo uno de los herederos el mejorado, se le aplicará en cuenta y parte de su legítima, y excediendo á esta restituirá á los coherederos el sobrante, sea en dinero, caso que las cosas señaladas no tenga cómoda division, ó en parte de ellas, si la tienen (b); al modo que quando le hace donacion en vida, y no le cabe en el tercio, quinto y legítima; y si no fuere heredero; v. g. el nieto viviendo los hijos del mejorante, restituirá tambien el sobrante á los que lo sean, porque la legítima de estos no debe gravarse. Con esta distincion se concilian las opiniones de los AA. y en estos términos se ha de entender lo que se ha expuesto en la segunda parte (c); mas para evitar controversias prevenga el Escribano al testador que ordene con claridad lo que se ha de practicar.

110 Si los ascendientes solo tienen un descendiente legítimo no pueden imponerle vínculo ni gravámen en el tercio, á menos que intervenga para ello facultad Real, ó que si es el descendiente mayor de veinte y cinco años, lo consienta jurando no reclamarlo; y la razon es, ademas de lo expuesto y de otras que traen los AA. (d), porque las leyes que dan facultad para mejorar y gravar el tercio, no hablan de un hijo ó descendiente solo sino de muchos.

111 Como muchos padres tienen tan viciosa y desarreglada conducta que malgastan y disipan los bienes de sus hijos, es indudable que los abuelos maternos de estos pueden privar á sus yernos, constando ser disipadores, del manejo de los de la mejora que les hagan, aunque los

(a) Góm. dicha ley n. 14.

(1) El lenguage de las razones que en ámbos casos da el autor, es como el que usan freqüentemente todos ó casi todos nuestros intérpretes: un lenguage escolástico y demasiado obscuro para Escribanos y aun Letrados, por lo qual me ha parecido conveniente suprimirlas, mayormente quando no es necesario dar otra razon en los dos casos, sino que las expresadas palabras manifiestan muy bien la voluntad del testador.

(b) Ley 10 tit. 6 lib. 5 R. Angul. dicha ley 3 glos. 4 n. 5 y glos. 6.

(c) Lib. y cap. 2 n. 70. (d) Góm. ley 17 de Toro n. 19.

padres sean administradores legítimos de todos los bienes de sus hijos; pues en aquel caso están privados por derecho de su administracion, á causa de importar al estado que sus individuos no sean pródigos, y mayormente de bienes de tercero, en cuyo perjuicio cede su prodigalidad, lo qual se entiende aun quando ofrezcan caucion de administrarlos bien (*a*); pero su usufructo les toca y deben percibirle, como lo practiqué en el testamento de una abuela, y se declaró en juicio, no obstante la oposicion de su yerno que queria percibir el importe de la mejora que su suegra habia hecho á un nieto hijo de este, privándole de su percibo y manejo por justas causas que para ello tenia, mandando se impusiese en algun fondo público, y que el yerno percibiera sus intereses, miéntras su hijo estuviese en su poder, y encargando al Señor Juez la conciencia sobre el cumplimiento de esta voluntad suya.

112 Las leyes 18, 19 y 27 de Toro permiten á los ascendientes legítimos que mejoren á sus legítimos descendientes en contrato ó última voluntad, segun lo qual parece que la madre y abuela estando casadas, pueden por sí solas mejorarlos en contrato, y hacer todo lo que en este caso el padre y abuelo. Pero no obstante se duda, si es necesaria en él la licencia marital, y estan discordes los AA., porque (*b*) la ley 55 de Toro (*c*) que corrobora otras del fuero Real (*d*) y es posterior á las citadas, prohibe absoluta é indistintamente á la muger casada hacer contratos y casi contratos con tercero sin licencia de su marido. „La muger durante el matrimonio, sin licencia de su marido como no puede facer contrato alguno, assimismo no se pueda apartar, ni desistir de ningun contrato, que á ella toque, ni dar por quito á nadie del, ni pueda facer casi contrato, ni estar en juicio, faciendo, ni defendiendo, sin la dicha licencia de su marido; y si

(*a*) Salgad. Labyr. cred. part. 4. cap. 15 nn. 1 y 2. Molin. de Hispaniar. primogen. lib. 1 cap. 16. (*b*) Matienz. ley 2 tit. 3 lib. 5 R. glos. 1 nn. 2, &c. y 12, y en la 2 tit. 6 dich. lib. glos. 1. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 11. nn. 48 y sig. Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 1 n. 41 al fin, y cap. 13 n. 9. Góm. lib. 2 Var. cap. 4 núm. 16.
(*c*) La 2 tit. 3 lib. 5 de la Recop. (*d*) La 8 al fin tit. 11 lib. 1 y la 13 tit. 10 lib. 3.

estuviere por sí, ó por su procurador, mandamos que no vala lo que ficiere.,, Estas son las palabras de dicha ley, cuyo motivo al ménos principal no es la imbecilidad ó fragilidad de la muger, porque si esta lo fuera, hablaria tambien con la que no es casada, sino porque el marido es legítimo administrador de los bienes de la suya constante el matrimonio, está obligado á su responsabilidad, tiene en ellos dominio aunque revocable y temporal, le pertenecen sus frutos para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, y de permitirle que celebre contratos sin su licencia, puede seguírsele perjuicio.

113 Yo soy de dictámen que no puede mejorarlos ni hacerles donacion en contrato sin licencia de su marido, ni tampoco donacion por causa de muerte con entrega de los bienes donados: que la permision de las tres leyes de Toro solo debe entenderse en caso que intervenga dicha licencia, y por consiguiente que la mejora y donacion sin ella serán de ningun valor entónces y despues de la muerte de su marido, á ménos que despues las revalide, y esto aun en el caso de que renuncie la ley referida, pues como está establecida en favor del marido es inútil la renuncia que de ella haga su muger.

114 Si los padres hacen donacion á alguno de sus descendientes legítimos en contrato, ó última voluntad, aunque no digan que le mejoran, se entiende ser mejorado en el tercio y remanente del quinto, y se ha de contar lo que quepa en estos, para que á ningun otro pueda mejorar en mas de su importe; pues si asciende á mas, se tendrá por legítima, y excediendo á esta y á la mejora debe el donatario restituir el exceso á los coherederos (*a*), como queda expuesto. Pero si mandan que lo traiga todo á colacion y particion en cuenta de su legítima, no se entenderá mejorado, y ántes bien deberá restituir el sobrante del importe de esta á los demas interesados en la herencia, porque es visto que no quisieron mejorarle (*b*).

(*a*) Ley 26 de Toro, que es la 10 t. 6 lib. 5. R. (*b*) Acerca de la materia de *colacion* y modo de deducir la mejora, quando hay un mejorado ó mas en vida y por muerte, véase el cap. 3 lib. 2 de la segunda parte, en donde se instruirá perfectamente el Escribano principiante.

115 El mejorado en tercio y quinto puede repudiar la herencia y aceptar la mejora, satisfaciendo primero á prorata las deudas del mejorante, y por las que entónces no parezcan, queda obligado en igual conformidad, sea hecha la mejora en bienes señalados ó no (*a*); y es de advertir que para deducirla se ha de atender al valor que estos tienen al tiempo del fallecimiento del que la hizo, y no al que tenian quando fue hecha (*b*); como tambien que no debe sacarse de las dotes y arras ni de las demas donaciones que los descendientes traen á colacion y particion (*c*), porque son bienes de estos y no de aquel.

116 Quando hay mejora de tercio y quinto entre varios descendientes, debe deducirse primero este que aquel por favor del alma del ascendiente: ya porque lo manda la ley 214 del Estilo que está en uso y no ha sido abolida: ya porque el quinto es la única hacienda que el ascendiente tiene para disponer á su arbitrio en virtud de la ley 28 de Toro; y ya porque si se saca ántes el tercio, se grava al ascendiente y al mejorado ó legatorio del quinto, no dispone de él de todos sus bienes, como se lo permite la ley, é importa la tercera parte ménos que sacándose primero que el tercio. Pero quando es un descendiente solo el mejorado en ámbos, y baxando de qualquiera suerte el quinto, caben en él los gastos funerales, misas y legados, lo propio es detraerle ántes que despues del tercio, porque como el residuo de aquel se agrega á este, percibe el mejorado lo mismo y en nada se le perjudica: todo lo qual se observa comunmente en la práctica y se ha executoriado repetidísimas veces. Mas no obstante dudan algunos, cómo ha de deducirse el tercio, quando el testador mejora en el de sus bienes á un hijo, y lega á otro ó á un extraño el quinto: porque si se saca primero este con arreglo á la ley del Estilo y del resto de sus bienes aquel, no se verifica ser mejorado en el de todos sino en el del residuo, ni cumplirse la voluntad del testador que es arreglada á la ley de Toro, la

(*a*) Ley 21 de Toro que es la 5 t. 6 lib. 5 R. (*b*) Leyes 19 y 23 de Toro que son las 3 y 7 t. 6 lib. 5 R. (*c*) Ley 25 de Toro que es la 9 t. 6 lib. 5. R. Gómez en ella.

qual le permite disminuir la legítima de algunos de sus descendientes en el tercio íntegro y aplicarle á los otros, y por lo mismo parece debe deducirse el quinto y luego sarcarse el tercio de todo el importe del caudal del testador como si el quinto no se hubiera deducido. Pero esta vana ficcion y sutileza de baxar el quinto y suponer que no se ha baxado para sacar el tercio íntegro se funda en un supuesto falso, porque aunque la ley de Toro permite al testador disminuir la legítima y mejorar á algunos de sus descendientes en el tercio de todos sus bienes, debe entenderse no disponiendo del quinto ; pues si dispone, ha de ser del residuo que es la legítima que se le permite disminuir, y lo demas seria sacarlo de caudal que ya no hay exîstente, y con una ficcion aerea perjudicar á los no mejorados, lo qual ni se manda ni se infiere de ninguna ley. En este supuesto para evitar dudas y disputas prevendrá el Escribano al testador : *que mande deducir el tercio de lo que quede de sus bienes despues de separado el quinto*, como se practica, ó sino, *que se saque ántes que este.*

117 Si el testador manda que se deduzca primero el tercio, se deducirá, porque como se le permite disponer del quinto á su arbitrio, está en su mano no hacer uso de la ley del Estilo establecida en favor suyo (*a*); y si dexa tantas mandas graciosas que no caben en el quinto, se ha de mirar qué parte legó mas de lo que podia; v. gr. si es quarta, quinta, sexta, &c. y luego prorratear el resto (baxados ántes los gastos de su funeral, misas y legados pios (entre todos los legatarios y el del quinto, sacando de cada legado la parte que le corresponde, atendida su cantidad ó importe y de esta suerte será justa la deduccion; pero esto se limita en los legados específicos, los quales no deben entrar en el prorateo sino darse íntegros á los legatarios, porque estos los hacen suyos incontinente que muere el testador, y como conocidos son de mejor condicion que los genéricos, aunque algunos dicen lo contrario.

118 Las hijas no pueden ser mejoradas en contrato por razon de dote ni casamiento, ni se entiende serlo ta-

(*a*) Cifuent. ley 25 de Toro cerca del fin.

cita ni expresamente, y así aunque sus padres las mejoren por dicho motivo, no vale la mejora (*a*), ni de consiguiente el pacto ó promesa que por esta razon haga el padre á su hija ó yerno *de no mejorar á los demas hijos*; pues por este pacto es visto ser mejorada á causa de privarse el padre de mejorar á los otros hijos, y recaer precisamente en ella la parte de mejora que entre ellos se habia de partir (*b*), si su padre los mejorára. Mas en testamento ú otra última voluntad sí pueden serlo, porque no hay prohibicion legal, y lo que por derecho no está prohibido se entiende permitido. Lo propio parece sucederá en contrato, con tal que el dotarlas ó casarlas no sea la causa impulsiva y final de la mejora, ó aunque lo sea, no exceda la dote de la renta que prefine la ley 5 tit. 2 lib. 5 Rec. y explicaré mas adelante (*c*), en cuyos casos aunque supere á la legítima que les debe corresponder, atendido el valor de los bienes que sus padres ó el que las mejoró, dexen, no tendrán obligacion de restituir el exceso, y se les imputará todo en legítima; mas no obstante, véase sobre ello lo que digo en la segunda parte (*d*), que es lo que se debe seguir como mas cierto en mi concepto. Y sin embargo de que la ley 29 de Toro (*e*) dice que para llamarse inoficiosas las dotes se ha de mirar, si exceden del tercio, quinto y legítima, y si caben en los bienes que dexa quando muere el que las dió ú ofreció, ó en los que tenia quando las mandó, segun quisiere elegir la persona á quien se prometieron y mandaron, hoy no tiene lugar esta eleccion, porque las hijas no pueden ser mejoradas en contrato sino en los dos casos propuestos, y en el que explicaré en el lugar citado de la segunda parte, donde trataré de este punto con mas extension como en su propio lugar.

119 Los descendientes no mejorados deben pagar á los que lo son, el valor del tercio y quinto, ó al extraño el de este en los mismos bienes que el testador señaló, y

(*a*) Ley 1 t. 2, lib. 5 y Auto 4 núm. 24 t. 12 lib. 7 R, Baeza de Nos meliorand. filiab. cap. 4 y sig. (*b*) Acob. ley 6 t. 6 lib. 5 R. num. 24. Gutierrez de Juram. confirmat. part. 1 cap. 59. núm. 14. (*c*) Cap. 2 núm. 25. (*d*) Lib. y cap. 2 nn. 87 y 88. (*e*) La 3 t. 8. lib. 5 R.

no habiéndolos señalado, en los que dexó, á ménos que estos no puedan dividirse cómodamente, que entónces pueden satisfacérselo en dinero (*a*).

120 Si habiéndose obligado los ascendientes en contrato á no mejorar á ningun descendiente, contravienen á su promesa, no valdrá la mejora; y si en la misma forma prometen mejorarle por razon de casamiento ó por otra causa onerosa, deben hacerlo, y no haciéndolo se habrá por hecha la mejora (*b*): sobre la qual siendo perfecta y hecha simplemente en contrato no pueden imponer despues condicion ni gravamen (*c*).

121 Si el ascendiente mejora en el quinto de sus bienes por donacion pura á alguno de sus descendientes legítimos, y á otro en testamento ú otra última voluntad sin disponer del tercio, valdrán ámbas mejoras no obstante que la ley 28 de Toro prohibe á los ascendientes mandar mas de un quinto en vida y muerte (*d*). La razon es, porque si tiene facultad para mejorar á alguno ó alguno de sus descendientes en el tercio y quinto de sus bienes libres, con mayor motivo podrá hacer la donacion ó mejora del segundo quinto que importa ménos que el tercio; y como aunque puede mejorarlos en el tercio íntegro, no está obligado á hacerlo, se entiende por lo mismo que uno de los dos quintos es parte del tercio, y que quiere que lo restante de este sirva para aumento de las legítimas de todos sus descendientes.

122 Pero se duda de quál de los dos quintos han de deducirse los gastos funerarios y legados. Ayora opina (*e*) que se ha de hacer la deduccion del quinto legado en el testamento. Las razones en que se funda, son: que en la donacion pura é irrevocable no puede el donante imponer despues condicion ni gravámen sin consentimiento del donatario: que el primer quinto, atendida la qualidad de las personas, se entiende haber sido donado en lugar del tercio, no constando expresamente lo

(*a*) Ley 20 de Toro que es la 4 tit. 6 lib. 5 Recop (*b*) Ley 22 de Toro que es la 6 tit. 6 lib. 5 R. (*c*) Góm. ley 17 de Toro núm. 22. (*d*) Matienzo ley 12 tit. 6 lib. 5 R. glos. 3 y 4. Angulo de Meliorat. glos. 1 nn. 3, 4 y 5. Ayora de Partit. part. 2 quæst. 8. (*e*) De partit. prrt. 2 quæst. 9.

contrario de la voluntad del donante, quien como donó á su descendiente el quinto, pudo haberle donado el tercio, quarto ó sexto á su arbitrio; y que si esto no se entendiera así, se gravaba demasiado á causa de privarse de la facultad de testar y legar, la qual es visto haberse reservado para el tiempo de ordenar su testamento como mas propio y adequado, disponiendo en uso de ella del segundo quinto, único patrimonio suyo libre que teniendo descendientes le concede la ley 28 de Toro.

123 Mas sin embargo de la opinion de Ayora y de sus fundamentos soy de parecer que los gastos del funeral del testador deben deducirse del primer quinto, porque como la ley prohibe al donante ó testador disponer de mas que de uno en vida y muerte, limitando las dos del Fuero que le permitian donar dos en estos dos tiempos, y usa en vida de toda la facultad que tiene, ninguna le queda para donar nuevo quinto como tal; pues con su muerte se hace irrevocable, y por lo mismo el segundo debe estimarse por parte del tercio, el qual no puede gravarse sino en los términos expuestos en el número 106, y mediante á ser irrevocable la donacion y estar obligado el legatario del quinto á enterrar y hacer al testador las exêquias correspondientes á su calidad, caudal y estilo del pais, y no mas, serán en este caso de ningun valor los legados; puesto que de lo contrario se burlaria y violaria la ley, se daria al testador mas facultad que la que esta le concede, y se interpretaria siniestramente su voluntad que es visto conformarse en todo, como debe, con la disposicion legal. No obsta lo que expone Ayora, que de otra suerte se gravaria demasiado, pues por el mismo hecho de usar en vida de toda la facultad que tiene, manifiesta que quiere renunciar, como puede, á favor del donatario del quinto todo su derecho. Tampoco obsta que de este modo no se cumpliria su voluntad, porque siendo contra ley no debe observarse. Pero lo dicho no tiene lugar siempre que en la donacion pura exprese que el quinto es parte de tercio, pues en tal caso se estimará así, y podrá disponer por última voluntad de otro, del qual se deducirán no solo los gastos funerarios sino tambien los legados hasta en donde alcance, ha-

ciéndose el correspondiente prorateo entre todos los legatarios genéricos y el del quinto, si no hubiese lo suficiente para todos; y al primero como parte de tercio no se tocará. Si se dexa el segundo quinto á extraño, se observará lo propio sin diferencia. Y para evitar dudas hará el Escribano que en la donacion pura exprese el testador, si aquel quinto es parte de tercio ó no, y en caso de que quiera que lo sea, que se reserve la facultad de disponer de otro, del qual se deduzcan los gastos y legados referidos (*a*).

124 Si mejora únicamente en el tercio á alguno ó algunos de sus descendientes legítimos, mandando que de él se paguen los gastos de su funeral, misas, entierro y legados; y no dispone al mismo tiempo del quinto: cabiendo todos en este, deben pagarlos los mejorados, y no teniendo cabimiento, satisfacer solamente hasta en lo que alcance y no mas: porque el exceso es parte del tercio, y este legítima de los descendientes, á la qual no se ha de tocar en su detrimento. Y si mejora en el tercio de todos sus bienes á uno de sus descendientes ó mas sin disponer del quinto, y despues de deducidas las expensas funerarias, misas y legados sobra algo de este, se ha de agregar el sobrante á las quatro partes de la herencia, sacar de ellas el tercio, y luego partir el resto con igualdad entre todos los herederos, porque de lo contrario no se cumple la voluntad del testador que quiso mejorar al descendiente en el tercio íntegro de todos los bienes que quedasen despues de deducidos los gastos y expensas referidas, por cuya razon no dispuso de todo el quinto como podia hacerlo. Lo propio debe practicarse, quando el legatario muere ántes que el testador, porque como aquel no adquirió derecho al legado, recae en los herederos de este y no pasa á los del legatario, miéntras no conste otra cosa de la disposicion en que se hizo (*b*).

125 Si los bienes de la mejora de tercio y quinto se han entregado en vida al mejorado, parece que de este quinto no se deben detraer dichos gastos y legados sino del de

(*a*) De esta opinion me retrato en la segunda parte lib. 2 cap. 1 nn. 27 y 28, y sigo la primera como mas fundada. (*b*) Ayora de Partit. part. 2 quæst. 5 y 10.

los demas bienes, porque como el mejorado se hizo dueño de aquellos per la entrega y donacion pura, no se le podrá desmembrar cosa alguna de ellos, por no ser ya del testador; pero lo contrario es lo cierto, y así se deducirán unicamente de él los gastos funerarios y misas, no se sacará nuevo quinto, y los legatarios se quedarán sin sus legados: porque como habiendo tercio entre descendientes no puede haber mas que un quinto: como el mejorado se hizo dueño de este por la entrega, y el testador usó en vida de toda la facultad legal que tenia, nada tuvo que dexarles en su muerte. Mas esto no procederá, quando en la donacion imponga el gravámen de satisfacerlos; pues entónces debe pagarlos el mejorado hasta en donde alcance el quinto y no mas. Si los mejorados son muchos, y el testador no señala á cada uno la parte ó quota que ha de percibir, debe dividirse igualmente entre todos la mejora, porque no puede ser mas que una (*a*).

126 Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora del tercio hecha á sus descendientes en contrato ó última voluntad, á ménos que siéndolo en contrato hayan entregado al mejorado ó á quien le represente la posesion de los bienes de ella, ó á presencia de Escribano la escritura, ó que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa, v. gr. por casamiento, remuneracion ú otra semejante; pues en estos casos es irrevocable la mejora, á no ser que el mejorante se haya reservado en el mismo contrato el poder de revocarla, ó concurra alguna de las causas por las que segun nuestras leyes pueden revocarse las donaciones perfectas (*b*) (1). Y al modo que siendo hecha simplemente se amplía y extiende no solo á los bienes presentes sino tambien á los futuros del mejorante, si este no lo limitó y concurrieron las circunstancias referidas; así tambien su irrevocabilidad. Por lo que hace al quinto, este es siempre re-

(*a*) Ley 9 tit. 5. lib 3 del Fuero Real (*b*) Ley 1 tit. 6 lib. 5. Recop. Matienz. en ella glos. 9, 10 y 11.

(1) El autor se equivocó mucho en este número que se ha corregido teniendo presente la ley 17 de Toro que es la citada de la Recop.

vocable hasta la muerte (*a*), aunque sobre ello hay variedad de opiniones.

127 Si marido y muger mejoran de conformidad constante el matrimonio en testamento ú otra última voluntad, parece que ninguno de los dos, ni ámbos juntos podrán revocar la mejora, especialmente si entregáron al mejorado la posesion de los bienes de ella; pero no es así, porque la ley 17 de Toro dice: „Salvo si hecha la dicha mejoria por contrato entre vivos, oviere entregado la posesion de la cosa ó cosas en el dicho tercio contenidas á la persona á quien la hiciere„: cuyas palabras manifiestan que la irrevocabilidad solo ha de entenderse, quando la mejora del tercio es hecho en contrato, y que quando se hace en última voluntad, debe seguir su naturaleza (*b*).

§. V.

De la exheredacion.

128 La exheredacion *es un acto que priva á alguno del derecho que tiene á heredar los bienes de sus ascendientes, descendientes y consanguineos* (*c*). El que es capaz de testar puede exheredar al que tiene derecho á sus bienes (*d*) pues respecto al que no le tiene, no ha lugar propiamente á la exheredacion, en cuyo supuesto no es necesario instituir ni exheredar al nieto, sino es que el padre fallezca viviendo el abuelo (*e*). Debe hacerse la exheredacion nombrando al exheredado por su nombre y apellido, y por otra señal cierta y verbal que no dexe duda de su persona, ya sea varon ó hembra, ya esté ó no en su poder (*f*). Tambien debe hacerse la exheredacion sin condicion alguna en el todo de sus bienes, ó en nada, y de lo contrario no valdrá, porque ninguno puede ser en parte heredero y en parte exheredado (*g*) (1).

(*a*) Góm. ley 17 de Toro, nn. 10, 11, 12 y 13. (*b*) Véase á Antonio Góm. dicha ley n. 24. (*c*) Ley 1 tit. 7. P. 6. (*d*) Ley 2 t. 7 P. 6. (*e*) Parlador. different. 148. (*f*) Ley 3 tit. 7 P. 6. (*g*) Dicha ley 3 al fin. Molin. de primog. lib. 1 cap. 9 n. 20.

(1) Como esta disposicion se funda en vanas sutilezas tomadas del derecho romano que segun hemos dicho, desaprueban nuestras leyes recopiladas, me parece que podrá hacerse la exheredacion condicionalmente y de parte de la herencia.

Pero el póstumo no puede ser exheredado, porque hoy se requiere causa y no es capaz de darla para su exheredacion.

129 En estos reynos de Castilla tienen facultad los ascendientes para exheredar á sus descendientes legítimos por muchas causas que incluyen y comprehenden las siguientes. La primera es poner en ellos sañudamente las manos para prenderlos ó herirlos, mequinar su muerte con yerbas, veneno, ó de otro modo procurar su daño, de suerte que pierdan gran parte de su hacienda, ó acusarlos de delito digno de muerte ó de destierro, aunque si el crímen es de lesa Magestad y los descendientes le prueban, no deben ser exheredados por esta razon (*a*). La segunda es infamarlos, tener acceso carnal con su madrastra ó con amiga que se prostituye á sus ascendientes, sabiéndolo, ó ser hechiceros ó encantadores, ó vivir con los que lo son (*b*) (1).

130 La tercera es no fiarles pudiendo, para que salgan de la prision (esta causa no comprehende á las hembras, porque les está prohibido ser fiadoras), ó impedirles que testen; pues si luego hacen testamento, pueden exheredarlos; y si el hijo impide á su padre que dexe algun legado á otro, podrá el legatario acusarle de este delito, y probándosele perderá la herencia que debe confiscarse, y el legatario percibirá su manda, como si se le hubiera dexado en el testamento (*c*).

131 La quarta causa es lidiar por dinero con hombre ó bestia contra la voluntad de su padre, ó hacerse juglares, ó representantes de profesion no siéndolo este. La quinta es hacerse ramera la hija despues de no haber querido complacer á su padre casándose; pero si quiere casarse y su padre lo difiere hasta los veinticinco años, pasados que sean, aunque se prostituya ó se case contra su voluntad, no puede exheredarla (*d*).

132 La sexta causa es, quando no cuidando los descendientes de recoger y alimentar á su ascendiente que perdió

(*a*) Ley 4 t. 7 P. 6. (*b*) Dicha ley 4.

(1) Segun esto quando se formáron las partidas, habria muchos magos y hechiceros. En el dia ninguna ley nueva haria mencion de ellos, pues por fortuna han desaparecido de manera que apénas se ven.

(*c*) Ley 4 cit. (*d*) Ley 5 tit. 7. P. 6. Greg. Lóp. en ella.

el juicio y anda vagando, un extraño movido de piedad le recoge y les avisa para que le cuiden, y sin embargo no quieren hacerlo; pues si el ascendiente muere intestado, debe percibir el estraño todos sus bienes, y sus descendientes nada, pudiendo aquel exheredarlos si recobra su juicio; y sin embargo de que ántes del frenesí ó demencia tenga hecho testamento instituyéndolos por herederos, si estando loco muere en caso del estraño, no vale la institucion de heredero, aunque sí las mandas que tenga (*a*).

133 La séptima causa es no redimir pudiendo á sus ascendientes cautivos ó ser negligentes en ello; pues si salen del cautiverio y hacen testamento, pueden exheredarlos, y si mueren en él, léjos de poder percibir sus bienes, el Obispo de su diócesi ha de apoderarse de ellos, inventariarlos y distribuir su producto en la redencion de cautivos: todo lo qual milita en los otros parientes á falta de hijos. Asimismo si ántes de ser cautivos hicieron testamento con institucion de heredero, y este no quiere redimirlos, muriendo en el cautiverio es nula la institucion, aunque sea válido lo demas; mas para incurrir el heredero en esta pena ha de ser mayor de diez y ocho años, y siéndolo, no le sirve de disculpa alegar que el cautivo no le dió órden para enagenar ú obligar sus bienes á fin de redimirle, puesto que el derecho (*b*) le concede esta facultad, sin que sea nacesario su mandato.

134 La octava causa es volverse judíos, moros ó hereges los descendientes Christianos siendo católicos sus ascendientes; pues si estos profesan alguna secta, y aquellos la religion católica, deben instituirlos herederos. Si tienen muchos hijos, unos católicos y otros no, heredarán aquellos y no estos á sus padres, y convirtiéndose despues se les debe entregar su legítima entera, aunque los católicos pueden quedarse con los frutos que esta haya producido. Si el padre y sus hijos son hereges, y sus próximos parientes católicos, estos solos llevarán la herencia; y si alguno es herege y Clérigo, y tambien son hereges todos sus parientes por línea recta y transversal hasta el décimo gra-

(*a*) Ley 5 cit. (*b*) Ley 6 tit. 7 P. 6i

do (1), heredará la iglesia sus bienes, demandándolos dentro del año siguiente al dia en que se declare por herege al Clérigo; y no pidiéndolos dentro de él ó siendo lego, serán confiscados (*a*).

135 La nona causa es, si el hijo ó hija en contravencion de lo dispuesto por el Santo Concilio de Trento (*b*) contrae matrimonio que la iglesia tiene por clandestino; pues por este hecho puede ser exheredado, é incurre juntamente con los que en él intervienen como testigos, en perdimento de todos sus bienes y destierro perpétuo de estos reynos, y si despues entra en ellos, en pena de muerte, aunque nadie puede acusarlos de este delito si no su padre, y muerto este su madre; bien que en el dia se duda, si pueden exheredarle por esta causa, porque el matrimonio es nulo, y quando la pena se impuso, era válido, sobre lo qual véase á Matienzo (*c*) (2).

136 Y la décima causa legítima para exheredar los ascendientes á sus descendientes es el contraer estos matrimonio sin el consentimiento siendo menores, ó sin el consejo siendo mayores, en primer lugar de los padres y á falta de estos de los abuelos, en cuyo caso solo estan obligados á suministrar los precisos y correspondientes alimentos (*d*). Se les impone esta pena civil por la falta de obediencia y reverencia que deben tener á sus mayores, y para evitar los daños que por ella se siguen á las familias y al estado; pues la juventud hace grandes desaciertos y necesita de freno fuerte que la contenga.

(1) En el dia hasta el quarto grado. Véase el cap. 2 n. 9.

(*a*) Ley 7 t. 7 P. 6. (*b*) Sess. 24 cap. 1 de reformat. matrimon. (*c*) Ley 1 t. 1 lib. 5. R. Matienz. en ella glos. 7 nn. 4 y 5.

(2) No es necesario ver á Matienzo que casi nada dice, ni á ninguno de nuestros AA. para lo que es bien claro y qualquiera puede decir sin valerse de ellos. Antes del concilio de Trento el matrimonio clandestino era un verdadero matrimonio, y podian seguirse de él los perjuicios que con graves penas quiso evitar la ley 49 de Toro. Despues de dicho concilio el matrimonio clandestino como que no es válido, no es matrimonio, ó por mejor decir, ya no hay matrimonio clandestino. Así que, no pueden experimentarse en la actualidad por razon de este los perjuicios que en otro tiempo motivaba, y de consiguiente no hay necesidad de leyes penales para evitarlos.

(*d*) Pragmática de 23 de Marzo de 1776 c. 3.

137 Para que valga la exheredacion de los descendientes, no solo han de expresar sus ascendientes la causa, sino que ellos ó el heredero que instituyen han de probarla, y de otra suerte no vale (a); pero si el exheredado consiente en la exheredacion de qualquier manera que esta sea, no puede reclamarla despues, ni sobre ello debe ser oido en juicio (b). Y si el testamento en que se hizo, se invalida ó le revoca el testador, no vale la exheredacion hecha en él, porque sería absurdo que esta fuese válida y aquel nulo (c).

138 Por ocho causas siendo justificadas pueden los descendientes legítimos exheredar á sus ascendientes: la primera, por acusarlos de delito digno de pena capital ó de la pérdida de algun miembro, excepto que el delito sea de lesa Magestad: la segunda, por maquinar su muerte con yerbas, veneno ú otra cosa: la tercera, por tener acceso carnal con su muger ó amiga: la quarta, por impedirles disponer de sus bienes con arreglo á derecho: la quinta, por solicitar su padre la muerte de su madre, ó ésta la de aquel: la sexta, por no querer dar á sus descendientes locos, ó fatuos lo necesario para su conservacion: la séptima, por no redimirlos de cautiverio, debiendo entenderse del descendiente lo que en el núm. 133 queda dicho del ascendiente sobre esta causa; y la octava, por ser el ascendiente herege y el descendiente católico (d).

139 Tiene tal fuerza la exheredacion que el exheredado por qualquiera de las causas referidas debe perder la herencia, y aunque el testador declare muchas, y él ó su heredero no pueda probar mas que una, vale la exheredacion; pero si son otras diversas, no valdrá (e); lo qual se previene al Escribano para que teniéndolas presentes no autorice tal vez por contemplacion del testador, como algunos lo hacen, testamento con exheredacion que ha de ser infructuosa y servir solo para pleytos y gastos entre el exheredado y herederos instituidos; pues aunque no incurre por ello en pena civil, gravará su conciencia y será tenido por ignorante.

(a) Leyes 1 t. 9 lib. 3 del Fuero Real, 16 t. 7 y 7 t. 8 P. 6. (b) Ley 6 t. 8 P. 6 Gom. lib. 1. Var. cap. 11 n. 15. (c) Ley 2 t. 7 P. 6 y en ella Greg. Lop. glos. 2. (d) Ley 11 t. 7 P. 6. (e) Ley 8 t. 7 P. 6.

140 Por seis causas debe el heredero perder la herencia del que le instituyó y la adquirirá el fisco: la primera es, quando el testador fué muerto por obra ó consejo de alguno de su compañía, y el heredero sabiéndolo entra en la herencia ántes de querellarse del agresor al Juez para que le castigue; pero si otros le matáron, puede entrar en ella, y despues querellarse de ellos dentro de cinco años, lo qual no haciendo debe perderla: la segunda es, si abre el testamento ántes de acusar á los delinqüentes estando cerciorado de los que son; mas si no lo está, ó es aldeano necio, no la perderá por esta causa: la tercera, si el testador ha sido muerto por obra, culpa, ó consejo de su heredero: la quarta, por haber tenido este acceso carnal con la muger de aquel: la quinta, si el hijo impugna como falso el testamento ó escritura en que fué instituido, siguiendo la instancia hasta su decision; pues si se declara por verdadero pierde la herencia; y lo mismo será, si fuere Personero ó Abogado en ella, á ménos que lo haga por órden del Rey, ó utilidad de algun huérfano; y la sexta, si á ruego ó por mandato del testador entrega la herencia al que por derecho es incapaz de heredar, constándole su incapacidad. Por estas mismas causas pierden tambien los legatarios sus mandas (a).

§. VI.

De los herederos extraños.

141 Los que carecen de ascendientes y descendientes legítimos, que son los herederos forzosos, pueden repartir sus bienes entre personas extrañas, dexar de ellos á cada una la parte que quisieren (b), é imponerles las posibles y honestas condiciones y gravámenes que les parezca, las quales deben cumplir para entrar en la herencia, ó dar seguridad de que las cumplirán, ó harán para ello las diligencias conducentes (c), sin que sus hermanos ni otros parientes

(a) Leyes 13 t. 7 P. 6. y 11 t. 8 lib. 5. R. Véase á Greg. Lóp. dicha ley 13 y á Marienzo en la 11 glos. 5. n. 3. (b) Leyes 1 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real, 1 y 12 tit. 7 P. 6. (c) Leyes 7 y 14 tit. 4 y 22 tit. 9 P. 6.

puedan impedírselo; pues tienen facultad para excluirlos de sus bienes con razon ó sin ella (a), y por consiguiente pueden, siendo hijo, ó padre extraño el instituido, eximirle como tal de la sujecion á las leyes, y concederle facultad para disponer libremente de los bienes que le dexan, entre otros extraños, ó á favor de quien quisiere, en cuyo caso no está obligado á dexarlos á sus ascendientes ni descendientes como los demas que por otra razon le toquen; y á excepcion de los ascendientes y descendientes legítimos todos los demas se reputan extraños para este efecto, aunque sean hermanos del testador. Pero á la verdad los parientes pobres, si lo merecen, deben ser preferidos á los extraños en iguales circunstancias, aunque éstos tengan igual ó mayor indigencia; y así el Escribano aconsejará al testador que les dexe sus bienes haciéndole presente que de lo contrario encarga su conciencia, como se infiere de una respuesta de S. Agustin: *si alguno tiene un pariente pobre é instituye heredero á un extraño, consulte á otro y no á Augustino.* He dicho *si lo merecen*, porque no mereciéndolo solo les serviria la herencia ó legado para fomento de sus maldades y vicios, cuya distincion deben tener presente algunos insensatos que no la hacen; y por tanto puede el testador prohibir al padre del menor pariente ó extraño que instituye heredero, el manejo, intervencion y usufructo de los bienes que le dexa, y nombrar persona de su confianza que los administre y cuide de ellos, y de la persona del heredero menor, loco ó fatuo, si sospecha ó sabe con certidumbre que el padre es de mala conducta.

142 Instituyendo el testador algun heredero en cosa particular, v. gr. tierra ó viña, aunque haga despues otro testamento, si en este no nombra heredero, debe llevar enteramente el nombrado sus bienes, cumpliendo los legados y lo demas que el testamento contenga, y representándole en el todo, sin embargo de ser instituido en una cosa sola, *porque la institucion en cosas ciertas no habiendo coheredero se entiende universal*, á causa de que no heredándose todos los bienes sucederia que el testador muriese en parte testado y en parte intestado, lo qual repug-

(a) Leyes 1 y 12 tit. 7 part. 6 Greg. Lóp. en ellas.

na (1); mas si despues nombra otro heredero, solo llevará el primero aquella cosa en que fue instituido, y éste el resto de la herencia (a).

143 Siendo dos instituidos herederos y cada uno en cosa determinada, si el testador no dispone del resto de sus bienes, los heredarán ámbos igualmente; y si nombra por su heredero á uno en cosa señalada y á otros dos en otra, y no dispone del residuo de sus bienes, los partirán todos tres de esta suerte: el heredero único llevará la mitad y los otros dos la otra mitad, á ménos que el testador mandé que hereden todos con igualdad; pero en ámbos casos ha de percibir cada uno ante todo aquella finca ó alhaja en que le instituyó (b) (2).

144 Si nombra por sus herederos á tres ó quatro juntos no expresando quanto ha de llevar cada uno, todos heredarán con igualdad sus bienes; y si instituye á personas determinadas en cosas ciertas, y á otra tambien, pero sin decir lo que esta ha de heredar, percibirán aquellas las que les señaló, y la otra á quien nada dexó, lo restante de la herencia: habiendo de suceder lo mismo, aunque sean dos ó mas los instituidos sin expresion de lo que han de llevar, pues partirán igualmente el resto (c).

145 Pero si nombra por herederos á tres: á una de la mitad, á otro de la tercera y á otro de la quarta parte de sus bienes, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion ó de tres; pues de otro modo saldrá alguno perjudicado: v. gr. importa la herencia doce cuya mitad son seis, la tercera parte quatro y la quarta tres que unidos suman trece, y sobra uno. Para que la division sea justa,

(1) Habiéndose derogado, como ya se ha dicho, el principio, *nadie puede morir en parte testado y en parte intestado*, el heredero instituido en cosa cierta solo percibirá esta, y los herederos abintestato sucederán en todo lo demas de la herencia con arreglo á la voluntad del testador bastantemente manifestada en el hecho mismo de instituir á uno en cosa determinada y no disponer de los demas bienes. Lo mismo debe decirse en el caso de nombrarse un solo substituto en cosa determinada.

(a) Ley 14 tit. 3 P. 6. (b) Dicha ley 14

(2) Segun lo dicho en la nota anterior los herederos abintestato percibirán toda la herencia á excepcion de las fincas ó alhajas en que otros han sido instituidos.

(c) Ley 17 t. 3 part. 6.

debe formarse la cuenta de esta suerte. Si trece me dan seis, doce ¿qué me darán? Y así para los demas coherederos, y lo que saliere al quociente se aplicará á cada uno, que todo unido importará los mismos doce de la herencia: lo qual tendrá presente el Escribano, por si se le ofrece particion de esta clase, pues las leyes no tocan esta especie, y executándose en los términos expuestos se cumple la voluntad del testador y á ningun heredero se causa perjuicio (*a*).

§. VII.

De los prohibidos de heredar.

146 No pueden ser herederos los desterrados para siempre que llaman deportados, los condenados á servir perpetuamente en las minas ó labores del Rey, (aunque estos pueden ser legatarios) el herege declarado por tal en juicio, el que con cierta ciencia se hace bautizar dos veces, los christianos que apostatan de nuestra Santa Religion, la cofradía ó ayuntamiento erigidos contra derecho ó contra la voluntad del Soberano, ni el nacido de damnado ayuntamiento que es de parienta dentro del quarto grado sabiendo sus padres el impedimento, ó de Clérigo de órden sacro, Frayle ó Monja profesos, ó de muger casada con otro (*b*).

147 Tampoco pueden serlo el traydor declarado ni sus hijos varones, y estos no solo estan privados de heredar á sus padres sino tambien á otro qualquiera pariente ó extraño; pero las hijas pueden heredar la quarta parte de los bienes de sus madres (*c*) (1). En la misma pena incurren los que dan consejo ó prestan auxilio en la traycion. Los bienes de todos recaen en el fisco, excepto que toquen á tercero, v. gr. á muger ú otro acreedor; y sus hijos quedan infamados para siempre (*d*). Asimismo estan imposibilitados de he-

(*a*) De estos herederos se tratará con mas extension en el lib. 2 cap. 8 de la segunda parte. (*b*) Leyes 4 t. 3 P. 6, y 6 y 7 t. 8 lib. 5 R.

(*c*) Leyes 2 t. 2 P. 7 y 1, 2 y 4 t. 18 lib. 8 R.

(1) Es un axioma en la jurisprudencia criminal que *nunca debe castigarse sino á la persona que ha cometido el crímen.*

(*d*) Dichas leyes últimamente citadas.

redar el alevoso, y el que vió herir, matar ó cautivará su señor y no le socorrió pudiendo hacerlo (*a*).

148 Los Religiosos de San Francisco así de observancia como de reforma, y sus conventos no pueden ser herederos, porque segun el espíritu y voluntad del Santo es indubitable que sus Religiosos son incapaces de adquirir y retener bienes temporales en comun y en particular; como tambien de todo dominò y accion civil, de dar poderes para cosas temporales y de constituir obligacion acerca de ellas; y así quien lo ha de practicar todo es su Síndico como Procurador autorizado plenamente para ello por la Silla Apostólica, á la qual toca su propiedad y dominio, como el uso simple, natural y de hecho á los Religiosos: de suerte que únicamente el Síndico ha de sonar é intervenir en los contratos, pleytos, y demas actos civiles y profanos á nombre de la Silla Apostólica, ya sea por promesa, venta, donacion ú otro contrato que se celebre para utilidad y socorro de los Religiosos y sus conventos, ó que por su parte deba hacerse á favor de alguna persona; y no se ha de decir que ellos ó sus Prelados le dan su consentimiento ó facultad para celebrarlos, pues no pueden darla sino pedirle que los celebre, haga ó admita por parecerles conveniente; mas para las cosas puramente espirituales pueden conferir poderes por no prohibírselo su regla, segun lo han declarado varios Sumos Pontífices (*b*).

149 Sin embargo de lo expuesto, como no se les prohibe admitir para su uso y sustento las limosnas que la piedad de los fieles quiera hacerles; para que por no extender, como corresponde segun su regla, las cláusulas de herencias y legados que les dexen, no queden privados de ellos, debo advertir al Escribano que si los legados son de trigo, cebada, aceyte, vino ó otros bienes muebles de los que pueden usar lícitamente para su sustento, ó para otra qualquiera necesidad, v. gr. materiales para obras, cálices, casullas, albas y otras cosas para decir misa: sábanas, man-

(*a*) Ley 11 t. 5 lib. 3 del Fuero Real. (*b*) Nicolao III. en su Extravagante *Exiit qui seminat*, Clemente V. en su Clementina *Exivi de Paradiso*, Gregorio IX. Juan XXII. Martino V. Alexandro VI. Eugenio y Calixto III. y Sixto IV.

tas, colchas y colchones para la enfermería: libros para estudiar, sitio para fundar, ensanchar ó alargar su convento, ó hacer huerta para su uso, &c. valen, ya se hagan á los conventos, ya á qualquiera de sus Religiosos, y pueden admitirlos. Pero si las cosas legadas son tales que no pueden usarlas, como una vacada, yeguada, manada de obejas, colmenas, barras de plata, oro, armas ú otras semejantes: tierra, viña, olivar, casa, censos ú otros derechos perpetuos, y se les dexan *para que las posean y usen de ellas, ó las vendan por sí mismos y remedien con su producto sus urgencias*, no vale el legado, ni pueden admitirle; y así para que no carezcan de esta limosna, ni dexe de cumplirse la voluntad del testador, se ha de extender la cláusula en esta forma: „Mando que tal cosa se dé al Síndico de tal convento de San Francisco para que en nombre de la Silla Apostólica ó en el mio la trueque, venda, ó enagene, y remedie con su valor las necesidades de sus Religiosos: cuya manda y limosna le hago en los términos y forma que mas haya lugar en derecho, á efecto de que sea válida y logren sus individuos el alivio que les deseo.„ Tambien puede mandar el testador á sus testamentarios que hagan lo mismo que el Síndico dándoles poder para ello. De otra manera no podrán percibir herencias ni legados, segun lo han declarado asimismo varios Sumos Pontífices (*a*). Del mismo modo se ha de poner la cláusula del legado de débitos que el testador tenga á su favor, ó de dinero que quiera dar de limosna á los Religiosos ó á sus conventos; y si quisiere imponerles alguna carga de misas ú otra, se expresará en la cláusula la que sea; pero lo que se les dexa para la sacristía, ó culto divino, sea ó no perpétuo, no tienen prohibicion de admitirlo, porque no es para ellos. Tendrá presente todo esto el Escribano, consultando en caso de duda, si el tiempo se lo permitiere, con Religiosos de la órden bien instruidos en sus reglas, para proceder con acierto, y que no queden privados de las limosnas que les hagan los fieles. Asimismo puede ver el Manual de Escribanos escrito por el P. Fr. Die-

(*a*) Martino III. en el Privilegio que principia, *Exultantes*; Martino V. en el que empieza, *Pervigilis more*: Nicolao III. en su decretal declaratoria de la regla de San Francisco: Nicolao IV. en su bula *Religionis favor*, y otros.

go Bravo; é incorporado á la exposicion de la regla de San Francisco que compuso el P. Fr. Diego Navarro; pues en él hay extendidas muchas cláusulas, y se explica latamente lo que debe observarse para el fin expresado y otros (1).

150 El Confesor que asiste al testador en su última enfermedad, no puede heredarle, ni haber manda, fideicomiso, ni otra cosa suya; como ni tampoco su iglesia, convento, ni deudo; y ademas de no valer lo que estando en la enfermedad les dexa, el Escribano que autoriza semejante disposicion, incurre por la primera vez en pena de 200 ducados y suspension de oficio por dos años, y por la segunda en doble multa y privacion de oficio, y cada uno de los testigos instrumentales en la de 20 ducados (a).

151 A los Eclesiásticos é iglesias está prohibido adquirir bienes raices por última voluntad, compra ó en otra manera sin licencia del Rey, y retener sin ella los que llegaren á su poder por testamentos, aniversarios y capellanías, debiendo venderlos en el término de un año (b); pero no lo observan.

§. VIII.

De las mandas.

152 La manda ó legado *es una especie de donacion que se hace en testamento ó en otra disposicion última*; y legatario *es el nombrado para su percibo* (c). Puede legar el que puede testar, y ser legatario el que puede ser heredero, bastando que sea capaz al tiempo de la muerte del testador, aunque no lo sea al tiempo de hacerse el lega-

(1) Los Religiosos profesos de ámbos sexôs no pueden suceder abintestato á sus parientes en atencion á su absoluta incapacidad personal, y á la renuncia que en su solemne profesion hicieron del mundo y de todos los derechos temporales: á cuya conseqüencias los conventos no tienen accion para pedir las herencias de los parientes de sus individuos, las quales recaerán en los demas parientes capaces de adquirirlas, ó en quienes corresponda segun derecho. Así lo dispone la pragmática de 6 de Julio de 1792 prohibiendo á los tribunales y justicias que admitan ni permitan admitir sobre este asunto demanda ni contestacion alguna.

(a) Auto 3 tit. 10 lib. 5 R. y Reales Cédulas de 18 de Agosto de 1771 y 13 de Febrero de 1783. (b) Auto 2 tit. 10 lib. 5 Recop. (c) Leyes 6 tit. 6 y 1 tit. 9 Partid. 6.

do (*a*) Por tanto no pueden percibir mandas el deportado ó desterrado para siempre, ni los hijos varones del traydor contra el Rey ó el estado, pero se exceptuan de aquella regla los condenados á servir por tiempo ó por toda su vida en las minas ú otras obras del Rey, que aunque incapaces de ser herederos se les permite obtener legados (*b*). Ademas si el testador dexa alguna manda al que nombra por tutor de sus hijos, la perderá sino acepta este encargo (*c*).

153 Las mandas se dividen en *forzosas y voluntarias*. De las forzosas traté en el n. 32. Las voluntarias son las que dependen de la liberalidad del testador, y de estas unas son *genéricas* y otras *específicas*; las genéricas son las que se designan con nombres comunes ó apelativos, v. gr. un caballo, una mula sin mas expresion, ó las de aquellas cosas que se cuentan, miden ó pesan (1): las específicas son las que se designan con los nombres propios de las cosas legadas, ó con señales tan circunstanciadas y claras que no puede dudarse quales sean; v. gr. tal casa, ó tal heredad en tal parte con tales linderos, ó tal alhaja con tales y tales señas. En estas mandas siendo propias del testador y

(*a*) Ley 1 t. 9 P. 6. (*b*) Leyes 4 t. 3 P. 6 y 2 t. 2 P. 7. (*c*) Ley 17 t. 7 P. 6.

(1) Sobre estas mandas específicas ó legados en genero me parece conveniente insertar la ley 23 del citado t. 9. »Generalmente mandando el facedor del testamento un siervo á otro, non lo señalando, si el facedor de la manda non avia mas de uno, el heredero devele dar aquel siervo, ó otro, tan bueno como él, aquel á quien es mandado. Mas si el testador oviesse muchos siervos, estonce es en escogencia de aquel á quien fue hecha la manda, de tomar uno de ellos qual quisiere. Fueras ende, que non puede escoger el mejor, mia el que fuere despensero, ó mayordomo del testador, porque es sabidor del fecho de la herencia. Mas si el testador non oviesse siervo ninguno, estonce en escogencia es del heredero de le comprar un siervo, que sea comunalmente bueno, é dar gelo: é lo que diximos del siervo, deve ser guardado en las bestias é en las otras cosas semejantes que fuessen assi mandadas. Pero si el facedor del testamento mandasse á otro unas casas, é non las señalasse, deve al heredero darle unas casas de las del testador, qual quisiere, é si non oviesse mas de unas casas, aquellas mismas debe entregar á aquel á quien fuessen assi mandadas. E si por aventura el facedor del testamento non oviesse casas ningunas, estonce el heredero non es tenudo de comprar otras: ante decimos: que non vale tal manda, ca semeja que lo fizo por escarnios, mas que por otra cosa: é lo que diximos de las casas, ha lugar en todos los otros edificios que fuessen assi generalmente mandados á otri.»

hechas puramente adquiere dominio su legatario inmediatamente que fallece, y puede pedirlas á su heredero (1), quien debe entregárselas con las cosas que les pertenecen y se les acrecieron despues que se le legaron, y con los frutos que hayan producido desde el dia que tomó posesion de la herencia ó la aceptó; en uno de tres lugares, que son, el en que habita, ó estan las cosas legadas, ó la mayor parte de los bienes del testador, á ménos que este diga donde se las ha de dar; pues entónces se observará su voluntad (a). Y es de advertir, que si se mueve pleyto sobre el legado ántes de su entrega, está obligado el heredero á satisfacer las expensas que en el se hagan, y si se mueve despues de aquella, son de cargo del legatario (b). Si fuere quitada en juicio la cosa legada, no puede el legatario usar de la accion de eviccion (2) contra el que la vendió al testador, á no ser que el heredero le ceda sus acciones (c); y si el legado dexado con gravámen no valiese en el todo y fuese quitada alguna parte en juicio, se ha de disminuir á prorata la carga (d). Tambien es de advertir que si en las cosas legadas hay frutos pendientes y manifiestos al tiempo de la muerte del testador, y no dispuso de ellos, tocan al legatario, porque son parte del fundo y se consideran una misma cosa con él, lo qual no sucede estando separados (e).

154 El testador puede legar no solo sus bienes sino tambien los del heredero que instituye, y asimismo los de otros sabiendo que son agenos, en cuyo caso está obligado el heredero á comprar estos y entregarlos al legatario, ó su estimacion si el dueño no quiere vendérselos; pero

(1) El legatario no debe ocupar por su propia autoridad la cosa legada despues que el heredero ha adido la herencia y aposesionádose de aquella, sino es que le hubiese dado el testador facultad para ello, ó sea executor de su testamento (Góm. lib. 1 Var. cap. 12 n. 10). La pena de perder el legatario la manda no está en uso (Covar. lib. 3 Var. cap. 16 vers. His præterea).

(a) Leyes 34, 37 y 48 t. 9 P. 6. Véase á Greg. Lóp. en la 34 verb. El señorío, y en la 37 verb. Los frutos. (b) Garcia de Expens. capítulo 17 número 19.

(2) En el cap. 9 n. 39 se expresa lo que es eviccion.

(c) Ley 59 ff. de eviction. (d) Cap. 16 de Cens. (e) Cast. de usufruct. lib. 1 cap. 42.

si al tiempo de legarlos cree el testador que son suyos, á nada es responsable su heredero (*a*). Si lega la escritura de deuda que tiene á su favor, es visto legar la misma deuda, y así prodrá pedirla el legatario (*b*).

155 Puede legar asimismo las cosas incorporeas, que son servidumbres, deudas, derechos y acciones, del mismo modo que las corporeas (*c*); y las que no han nacido no ménos que las nacidas, como se espere que nazcan, v. gr. animales irracionales, sus hijos póstumos, frutos, &c. (*d*) Igualmente puede legar la alhaja que empeñó y obligó á otro por mas ó ménos de su valor, y su heredero debe entregarla al legatario (*e*): así como puede tambien legar la que está empeñada en su poder al que se la empeñó, y vale la manda; pero su heredero tiene accion para pedir al legatario la cantidad que sobre ella le habia prestado el testador (*f*), sin que por esto pueda decirse que es inútil el legado, pues queda al legatario la utilidad de tener en su poder la alhaja libre del empeño, y de aquella es de lo que le hace la manda el testador, á ménos que mande expresamente lo contrario.

156 Si el testador tiene dinero en cierta parte, y creyendo que hay, v. gr. cien reales, dice: *Mando á Pedro cien reales que tengo en tal gaveta*; vale la manda en quanto haya en la parte que señala, aunque sea ménos que lo que expresó, y si esto es por culpa del heredero, estará obligado á entregar el todo; pero si hay mas, cumple con dar el importe legado (*g*) (1). Asimismo si el testador lega á alguno cierta cantidad que cree estarle debiendo, sea cierto ó no, tiene el heredero que entregársela, porque es visto que se la quiso legar (*h*) (2).

157 Quando el testador lega su plata, oro, trigo,

(*a*) Ley 10 t. 9 P. 6. Gom. lib. 5 Var. cap. 12 n. 13. (*b*) Ley 47 al princip. t. 9 P. 6. (*c*) Ley 15 t. 9 P. 6. (*d*) Ley 12 t. 9 P. 6. (*e*) Ley 11 t. 9 P. 6. Gom. lib. 1 Var. cap. 12 n. 39. (*f*) Ley 16 t. 9 P. 6. (*g*) Ley 18 t. 9 P. 6.

(1) Si el testador lega quanto tiene en tal cámara, quarto ó lugar, se entienden asimismo legadas todas las cosas que ponga allí despues el testador ú otro de órden suya. (Gom. lug. cit. n. 49.)

(*h*) Ley 19 t. 9 P. 6.

(2) El error en el nombre propio de la cosa legada puesto por alguna particular no vicia la manda como por otra parte conste de esta; pero

aceyte, vestidos ó cosas semejantes sin mas expresion, ha de prevenirle el Escribano que para evitar dudas y pleytos diga con especificacion, si han de ser los que tiene entónces, ó los que se encuentren al tiempo de su muerte.

158 Si lega alguna cosa en esta forma: *Mando á Pedro tal alhaja para que la haya, quando mi heredero quisiere*; y el heredero fallece sin haberla entregado ni señalado al suyo dia para su entrega, debe este darla al legatario inmediatamente que entre en la herencia del testador. Mas si dice: *Mando á Pedro tal alhaja para que la haya, si quisiere*; en este caso aunque vale la manda, si el legatario muere sin haberla pedido ni dicho que la queria, no puede su heredero despues pedirla al del testador (*a*).

159 Legando el testador una cosa á dos ó mas personas juntamente, v. gr. *Mando á Pedro y Juan cien reales*, deben partirla con igualdad. Lo mismo han de hacer, aunque la legue separadamente, v. gr. *Mando á Pedro una viña que tengo en tal sitio*; y despues dice en otra cláula, *que Manda á Juan la misma viña*; en cuyos casos si alguno de ellos muere ántes que el testador, ó renuncia su parte, ó sobreviene algun impedimento que le prive de percibirla, se acrecerá á los demas legatarios, sea divisible, ó indivisible (*b*).

160 Si el testador manda á alguno de dos cosas la que quiera elegir, y escoge una de ellas, no puede arrepentirse despues, y si habiendo dexado la eleccion á arbitrio de un tercero, este no la hace dentro de un año contado desde su muerte, tiene facultad para hacerla el legatario (*c*); pero si lega á dos personas una de sus alhajas diciéndoles indistintamente, *que tomen la que quieran*, y discuerdan en la eleccion, deben echar suertes, y aquella á quien toque, escogerá y dará á la otra el importe de su parte (*d*).

161 Mandando dos testadores una misma cosa á alguno, si este percibe primero su estimacion del heredero de

si la vicia el error en el nombre apelativo ó comun, á no ser que la cosa legada se halle presente, y diga por exemplo, de un buey el testador: lego este caballo. (Ley 28 t. 9 P. 6. Góm. lug. cit. n. 9.)

(*a*) Ley 30 t. 9 P. 6. (*b*) Ley 33 t. 9 P. 6. (*c*) Ley 25 t. 9. P. 6. (*d*) Ley 26 t. 9. P. 6.

uno de ellos, puede pedir despues al del otro testador la cosa legada; pero si la recibe ántes, no le queda accion para demandar su valor (*a*) (1); y aunque el testador mande muchas veces una cosa en su testamento, no está obligado su heredero á darla al legatario mas que una (*b*) (2).

162 Si el testador hace algun legado á hombre muerto creyendo que está vivo, ó aunque entónces lo esté, si fallece, ó es desterrado para siempre ántes de la muerte del testador, no está obligado su heredero á entregarle al del legatario, porque este no adquirió derecho á él (*c*).

163 No puede el testador legar lo que es propio de los Reyes sin su Real permiso, ni los bienes de las iglesias, ni las plazas, exidos, ni otras cosas comunes de las ciudades, villas y lugares: ni los mármoles, pilas, puertas y demas cosas puestas en los edificios para su adorno y seguridad, y si las lega, no vale la manda, ni su heredero está oblidado á darlas, ni su estimacion al legatario. Tampoco vale la de cosa que aunque puede ser legada quando se manda, muda despues de estado ó condicion, como lo laical que pasa luego á poder de la iglesia sin culpa del heredero, pues no tiene obligacion de entregarlo, ni su valor (*d*).

164 Asimismo no puede legar castillo, villa, aldea, ni heredamiento que el Rey le dió por haberle hecho algun servicio militar, al que es inepto para hacerle; pero si sabiendo su ineptitud le lega el heredamiento, debe su heredero darle su estimacion; y si ignora si es, ó no idoneo, nada debe entregarle (*e*).

165 No debe dexar á arbitrio de otro las mandas sino

(*a*) Ley 44 t. 9 P. 6.

(1) Véanse, si se ofrece el caso, las dos notas del n. 17 cap. 6. lib. 2 part. 2.

(*b*) Ley 45 t. 9 P. 6.

(2) Si el testador manda muchas veces en su testamento cierta cantidad de dinero ó de alguna de las cosas que se acostumbran contar, pesar ó medir, y el legatario pudiere probar que su intencion fue la de mandarle tantas cantidades quantas veces hizo mencion de dicha cantidad determinada, se le deberán dar todas, y no pudiendo probarlo, una sola; pero si en otro testamento ó codicilo que haga despues, vuelve el testador á legar la misma cantidad, se entiende que quiso hacer dos veces la manda, á ménos que pruebe el heredero que no tuvo tal intencion. Ley 45 citada.

(*c*) Ley 35 t. 9 P. 6. (*d*) Ley 13 t. 9 P. 6. (*e*) Ley 14 t. 9 P. 6.

hacerlas por sí mismo con palabras y señales tan claras y ciertas que se conozca claramente su voluntad, y no se dude del legatario ni cosa legada (1); ni tampoco la eleccion de la persona del legatario, porque seria voluntad captatoria (1); pero puede dar á su heredero ó á otro facultad para elegir á personas inciertas de las ciertas que le señale, en cuyo caso valdrá, porque no se confiere en la voluntad de otro la substancia del legado sino la qualidad ó eleccion de la persona que es accesorio (*b*) (2).

166 Para que sean válidas las mandas, se han de hacer en testamento, poder para testar ó codicilo (*c*); bien que pueden hacerse y hacen no solo legados sino tambien mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores y todo lo demas, excepto la institucion de heredero, en memoria testamentaria, la qual siendo indubitada y citándose en el testamento ó en poder para testar, se estima por parte de estos sin reparo alguno. Y al modo que el Escribano no necesita de auto de Juez para autorizar y protocolizar el testamento, porque es acto extrajudicial, y el Rey le da para ello la facultad competente; tampoco para protocolizar la memoria citada en él y en poder para testar, insertarla en el testamento que haga en virtud de este, y dar de todo á los verdaderos interesados las copias y testimonios que le pidan; ya porque la memoria es parte integral del mismo testamento ó poder: ya porque el Juez no hace mas que cumplir la voluntad del testador sin tomar otro conocimiento de si la memoria es ó no suya, que el de la relacion que en un pedimento le hace el heredero, testamentario ó persona que la presenta; y ya porque no hay ley que lo mande, ni prohiba al Escribano ante quien pasaron el testamento y poder para testar, pro-

(*a*) Leyes 11 t. 3 y 9, 28 y 29 t. 9 P. 6.

(1) Esta no puede llamarse disposicion captatoria; pues para que lo sea, es indispensable que por medio de ella procure el testador conseguir alguna cosa ó utilidad.

(*b*) Góm. ley 40 de Toro n. 48.

(2) Si esta razon fuera buena, tambien valdria el legado, quando al heredero ú otra persona se diese absoluta libertad para elegir legatario, en cuyo caso no vale la manda, ya por ser disparatada ó indiscreta, y ya por la suma contingencia de que no se haga buena eleccion.

(*c*) Ley 34 al princip. t. 9 P. 6.

tocolizar sin su mandato la memoria citada en ellos: lo qual se entiende á ménos que el testador lo mande, pues en este caso, aunque sea el mismo Escribano, deberá preceder el auto; y para que no se presuma que el Escribano la suplantó, pondrá nota en ella de habérsela entregado el heredero ó persona en cuyo poder se halle, y le hará firmarla, ó sino sabe, que la presente al Juez para que lo mande y se eviten dudas. Si el Escribano ha muerto, deberá preceder auto de Juez dado á instancia de quien la presente, para que el sucesor en su oficio y papeles la protocolice, por no ser parte de voluntad manifestada ante él, poniendo nota de su protocolizacion en el registro del testamento, á fin de que se sepa donde se halla; y quando se saque testimonio de ella, se relacionará el testamento de que es parte para que no se crea que es un papel simple: todo lo quel practican en esta corte los inteligentes. El que quiera instruirse acerca de la validacion ó nulidad de estas memorias ó disposiciones privadas, vea los AA. que se citan (*a*).

§. IX.

De las condiciones de los legados y herencias.

67 El testador puede hacer los legados puramente, para dia ó tiempo cierto, ó incierto, y con condicion (*b*); y ha de observarse todo lo que mande, siempre que sea honesto y posible, puesto que es dueño de sus bienes y una como ley su voluntad. El dominio de las cosas suyas legadas puramente pasa al punto que muere á su legatario, y aunque este fallezca ántes que se aposesione del legado, ó que el heredero del testador perciba la herencia, ó la acepte, le percibirán los suyos, y el del testador estará obligado á entregárselo con todo lo que le corresponde y

(*a*) Card. de Luca tract. de testam. disc. 1 y 2 nn. 2, 3 y 5, disc. 6 n. 6, disc. 14 n. 4 y disc. 15 y 78. Cast. lib. 4 controvers. cap. 27 n. 72. Covar. cap. cum tibi de testam. n. 6. Sobre si haciendo el testador por señas los legados valdrán ó no, véase á Gomez ley 3 de Toro nn. 112 y 113 y á Matienzo en la 1 t. 4 lib. 5 R. glos. 16. (*b*) Ley 31 t. 6 P. 6.

los frutos que haya producido la cosa legada desde el dia en que aceptó ó se aposesionó de la herencia, segun queda dicho. Si lo que lega el testador no es suyo, debe su heredero comprarlo y entregarlo al legatario, y no queriendo comprarlo, darle su importe con el de los frutos que produxo desde el dia que se lo mandó (*a*).

168 Los legados que hace el testador para dia cierto, v. gr. *Mando á Pedro cien reales para el dia de la próxîma navidad*; se pueden entregar incontinente al legatario, y aunque este muera ántes del dia prefinido, los percibirá su heredero, porque es preciso que llegue (*b*); pero de los que hace para tiempo incierto, v. gr. *Mando á Pedro cien reales para quando cumpla catorce años*; no pasa el dominio al legatario hasta que se cumpla el dia señalado, porque puede morir ántes que llegue: de manera que es lo mismo que si el testador le pusiera la condicion de que habia de cumplir precisamente la edad para poder percibir el legado (*c*).

169 De los legados que dexa con condicion, ya sea de presente, vr. g. *Mando á Pedro tanta cantidad, si está haciendo tal cosa que le encargué*: ya de pretérito, v. gr. *Si la hizo*: ya de fruto, v. gr. *Si la hiciere*; tampoco pasa el dominio al legatario, por lo que hasta verificarse la condicion, no percibirá el legado, y si muere ántes que se cumpla, no tedrán sus herederos derecho á pedirle (*d*). Pero si le dexa á dos juntos; v. gr. *Mando á Pedro y á Juan cien reales, si hiciere tal cosa*, ó hay substituto en él, no pertenecerá al heredero del testador sino al compañero, ó substituto del legatario, verificándose la condicion despues de la muerte de este (*e*), pues la que se pone en la institucion, se entiende repetida en la substitucion, no constando lo contrario de la voluntad del testador, aunque esto tiene su limitacion (*f*), de la qual se tratará en la segunda parte (*g*).

170 Las condiciones unas son *contra derecho ó imposibles de derecho*, otras *contra naturaleza ó imposibles por*

(*a*) Leyes 34, 35 y 37 t. 9 P. 6 (*b*) Ley 34 t. 9 P. 6. (*c*) Ley 31 t. 9 P. 6. (*d*) Ley 21 t. 9 P. 6. (*e*) Ley 34 t. 9 P. 6. (*f*) Gom. lib. 1. Var. cap. 12 nn. 36 y 37. (*g*) Lib. 2 cap. 6 n. 67.

naturaleza, otras *imposibles de hecho* (1), otras *dudosas*, otras *casuales*, otras *potestativas*, otras *mixtas*, otras *causales*, otras *modales*, otras *necesarias* y otras *tácitas*: contra derecho v. gr. *Mando á Juan mil reales, si no diere de comer á su padre*: contra naturaleza v. gr. *Mando á Pedro tanta cantidad, si llegáre con la mano al cielo*. Estas dos condiciones no valen y se tiene por no escritas ni puestas en el testamento. Lo mismo ha de decirse de las que son contra buenas costumbres, obras pias, y decoro de aquel á quien se ponen; pues se reputan por imposibles, y de consiguiente no deben cumplirse, ni se invalida el legado ó institucion que se hace con ellas (*a*) (2).

(1) Esta division es defectuosa como otras muchas que hacen nuestros intérpretes. Los imposibles de hecho son imposibles por naturaleza, y así tan imposible es por naturaleza dar un monte de oro como llegar con la mano al cielo que son los exemplos de Febrero. Por tanto debe decirse solamente que las condiciones son imposibles por derecho y por naturaleza, omitiéndose la imposible de derecho. Sin embargo, es cierto que las leyes 3 y 4 t. 4 P. 6 hacen la expuesta division y ponen los exemplos referidos; pero quien lea ambas leyes con reflexion, echará de ver que siempre tiene lugar lo que acabo de decir, y que hay contradiccion entre aquellas, por disponer que el nombramiento de heredero con la condicion imposible de hecho expresada no valga, y que sea válida la institucion con condicion imposible por naturaleza. Gregorio López glosando la ley 4 dice: que esta habla de un monte de oro artificial, y que si el testador quisiese hablar de un monte de oro natural, la condicion seria imposible por naturaleza, y de consiguiente se tendria por no puesta y por pura la institucion; mas leyendo la ley me inclino á pensar que es infundada y voluntaria tal conciliacion.

El mismo autor dice en la ley 3 que esta y la siguiente se han de entender en el caso de que el testador sepa que la condicion es imposible, porque si la creia posible, vicia la institucion; pero yo no distinguiria, por no hacer ninguna de dichas leyes tal distincion.

(*a*) Ley 3 t. 4 P. 6.

(2) La condicion imposible por derecho ó por naturaleza vicia los contratos; y ¿por qué no la institucion ó legado? La razon que se dá de esta diferencia, consiste en que quando los contrayentes ponen ó admiten alguna condicion que saben ser imposible, manifiestan bastantemente que no quieren obligar ni obligarse sino burlarse ó pasar el tiempo; y en un testamento ó en otra última voluntad como cosa tan seria y que recuerda el pensamiento de la mortalidad, no son de creer semejante burla ni pasatiempo, sino que se padeció alguna equivocacion ó error que la ley corrige, ó disimula por favor de dichas disposiciones, para que no sea perjudicado el heredero, á quien nada puede imputarse, ni dexen de valer otras cosas arregladas y razonables. (Vinnio §. 10 de hæred. instituend. n. 2.) Pero yo léjos de hallar ninguna razon sólida de

171 Las imposibles de hecho son : v. gr. *Nombro á Pedro por mi heredero, si diere á Antonio un monte de oro.* Este nombramiento no vale ; pero Gregorio López (*a*) explica si el monte de oro se entiende artificial ó natural.

172 Las dudosas que tambien se llaman *perplexas*, son v. gr. *Instituyo á Pedro por mi heredero, si Juan fuere mi heredero* (1). Esta institucion tampoco vale, porque ninguno de los dos puede empezar á ser heredero ántes que el otro, y así no percibirán la herencia (*b*). Las casuales ó contingentes son las que pueden verificarse ó no, porque dependen de la casualidad ó contingencia : v. gr. *Instituyo á Juan por mi heredero, si su padre muriese ántes que yo.* Si la condicion se verifica, percibirán la herencia ; pero hasta entónces ningun derecho tiene á ella ; y lo mismo sucede en los legados (*c*).

173 Las potestativas son las que dependen de la voluntad humana : v. gr. *Instituyo á Juan por mi heredero, si Diego fuere á la guerra.* Si la condicion se cumple, llevará la herencia ó legado, y no de otra suerte. Las mixtas de casuales y potestivas son aquellas cuyo evento depende del hombre y de la casualidad : v. gr. *Instituyo á Pedro por mi heredero, si volviere de las Indias.* Depende del hombre, porque puede querer ó no volver, y de la casualidad, porque puede ó no haber navío para venir, ó aunque le haya, naufragar ; y así para que el heredero

diferencia entre los contratos y últimas voluntades tocante á las condiciones imposibles opino que por causa de estas siéndolo por naturaleza deberian declararse nulos la institucion y el legado, porque quando el testador pone en ellos semejante condicion, muestra claramente que habia perdido la razon, con especialidad si se hallaba postrado de una grave enfermedad ; y la disposicion de quien no está en su juicio, no debe valer. En órden á la condicion imposible por derecho puede decirse lo mismo ; si bien habiendo motivo para creer que la puso el testador estando en su razon, aunque movido de alguna pasion vituperable, podria atendidas las circunstancias tenerse por no puesta, y reputarse válida la disposicion.

(*a*) En las leyes 3 y 4 t. 4 P. 6 que tratan de estas condiciones, y de las que son contra derecho, buenas costumbres ú obras pias, y parecen contrarias.

(1) Debe añadirse segun la ley 5 que se cita, y que sin duda está tomada de la ley Si Titius 16 ff. de condit. instit. *é instituyo á Juan por mi heredero, si Pedro fuere mi heredero* : porque sin esta adicion no sería la condicion perplexa.

(*b*) Ley 5 tit. 4 P. 6. (*c*) Ley 8 t. 4 P. 6.

ó legatario perciban la herencia ó legado, es preciso que se verifique la condicion (*a*).

174 Las causales son las que miran al tiempo pasado, y se llaman así, porque se expresa la causa ó motivo que impele á hacer el legado ó institucion de heredero: v. gr. *Mando á Pedro cien reales, porque me hizo tal cosa que le encargué*: en cuyo caso aunque la causa sea falsa: vale el legado, y tiene el heredero que entregarle al legatario (*b*). (1)

175 Las modales ó hechas baxo de cierto modo parecen causales, mas no lo son, porque miran al tiempo futuro, y el *por qué* de ellas equivale á *para*; v. gr. *Mando á Juana cien ducados, porque case con Antonio, ó porque haga tal cosa*: cuya manda es válida, y debe entregarse al legatario, dando previamente la caucion que los Legistas llaman *Muciana*, de cumplir lo que el testador le mandó, y cumpliéndolo se hace dueño de ella, ó aunque no lo cumpla, si practica las diligencias conducentes para ello, y no de otra manera (*c*).

176 Las necesarias son las que tienen apariencia de casuales y no lo son, pues se han de verificar precisamente, v. gr. *Mando á Pedro mil reales, ó le instituyo por mi heredero, si se muriere, ó saliere mañana el sol.* En este caso vale el legado ó institucion, y puede pedirse aquel ó la herencia luego que muera el testador, porque como es preciso que Pedro se muera, y que el sol salga, no se hade esperar el cumplimiento de la condicion (*d*).

177 Finalmente las condiciones tácitas son las que se entienden puestas por derecho, aunque no se pongan, v.gr. Un padre tiene dos hijos legítimos, y los instituye por sus herederos, mandando que al que primero muera herede el otro. En este caso si el que muere ántes dexa hijos ó descendientes, le heredarán, y no el hermano; pues se entiende que la voluntad del testador fué que heredase un hermano á otro, quando no dexase sucesion; y así aunque el testamento no contenga expresamente esta condicion, debe cumplirse, porque se entiende puesta. Pero si nombra á dos extraños por herederos, haciendo dicha substitucion no heredarán los hijos del muerto sino los del otro instituido (*e*).

(*a*) Ley 9 t. 4 P. 6. (*b*) Leyes 20 y 21 t. 9 P. 6.
(1) Puede verse sobre este punto la nota del n. 8 cap. 6 lib. 2. part. 2.
(*c*) Dicha ley 21. (*d*) Ley 8 t. 4 P. 6. (*e*) Ley 10 t. 4 P. 6.

178 Algunas veces suelen los testadores poner muchas condiciones, ya juntas ó con partícula copulativa, ya apartadas ó con partícula disyuntiva: Juntas, como, *mando á Pedro tal alhaja, ó le instituyo por mi heredero, si hiciere tal cosa, diere tanto á pobres y fuere en romería á tal parte*: apartadas, v. gr. *Mando á Pedro tales tierras, si diere tanto á pobres, ó hiciese tal romería.* En el primer caso para percibir la herencia, ó legado es preciso que todas se cumplan, y en el segundo basta cumplir qualquiera de ellas (*a*).

179 Otras veces ponen una condicion que comprehende á muchas personas; v. gr. *nombro por mis herederos á Pedro, Diego y Juan mis siervos, si fueren mios al tiempo de mi muerte.* En este caso, aunque al tiempo de la muerte del testador no sean todos sus esclavos, llevará la herencia ó legado el que lo sea (*b*). Y últimamente otras veces ponen condicones á uno ó mas, y á los restantes no; v. gr. *Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan; pero á Pedro con la precisa condicion de que haga tal cosa, y no de otra manera.* Juan percibirá inmediatamente su parte de herencia por haber sido instituido pura ó simplemente, y Pedro no la llevará hasta que cumpla lo que el testador le ordenó, ó haya practicado las diligencias necesarias para ello, lo qual le basta (*c*). Lo mismo procede siendo prohibitiva la condicion, v. gr. *Mando á Pedro mil reales, sino hiciere tal cosa*; supuesto que lo que se prohibe pueda cumplirse, y no sea contra derecho, contra la naturaleza, las buenas costumbres, obras pias, ó contra el decoro del heredero ó legatario; y en semejante caso para la percepcion del legado ó herencia ha de dar la dicha caucion muciana de que no hará lo que se le ha vedado (*d*).

180 Si el testador hace algun legado ó institucion contra derecho, ó de tal modo ó cosa que no debe, aunque mande que se cumpla, y que de lo contrario no perciba el heredero ó legatario la herencia ó legado, no valdrá ni se cumplirá, y no por esto dexará de tener efecto la institucion ó manda (1). Lo mismo procederá, si manda hacer

(*a*) Ley 13 t. 4 P. 6. (*b*) Dicha ley 13. (*c*) Leyes 12 y 14 t. 4 P. 6.
(*d*) Leyes 7 y 14 t. 4 y 22 t. 9 P. 6.
(1) Si baxo la condicion absoluta de no casarse se dexa una manda á

de su cuerpo ó huesos, ó en su sepultura alguna cosa que sea contra ley ó costumbre de su tierra, ó contra su fama ú honor de sus parientes, pues léjos de obedecerse tal mandato se tendrá por no escrito ni puesto en el testamento (*a*).

181 El testador puede revocar siempre que quiera, todas ó parte de las mandas que ha hecho, y aunque no las revoque expresamente, se entienden revocadas quando cancela, ó manda á otro que cancele la escritura en que las hizo (*b*) (1); como tambien quando despues las da á otro; mas no si las vende ó empeña, y por tanto en este caso llevará el legatario su estimacion á no ser que el heredero pruebe que la intencion del testador fue revocarlas (*c*). Tambien se entienden revocadas, quando despues de hechas se pierden ó mueren, y así tampoco está obligado el heredero á entregar el valor de ellas, excepto que haya tenido culpa en su pérdida ó muerte (*d*). Lo propio milita, si lega lana, madera, ó cosa semejante, y despues hace de la lana paño, ó de la madera casa ó nave (*e*), porque muda su forma y dexa de ser la cosa legada.

182 Las Religiones de la Santísima Trinidad y de la Merced no pueden llevar mandas inciertas ni quintos de los que mueren abintestato (*f*) (2).

un soltero ó soltera, ó á persona casada que no haya consumado su matrimonio, percibirá la manda, aunque no cumpla la condicion, por ser torpe y contra buenas costumbres, mas si la condicion de no casar es solo respectiva á determinados sugetos, á las personas de cierta familia, á tal tiempo ó lugar, ha de cumplirse para percibir el legado. Si la manda se dexa con la condicion de casarse con persona determinada, debe atenderse á si es indigna ó no: si lo es, es lo mismo que si se pusiera la condicion absoluta de no casar, y sino lo es, no se deberá el legado hasta el cumplimiento de la condicion. (Gom. lug. cit. n. 78.)

(*a*) Ley 32 t. 9 P. 6. El que quisiere mayor instruccion vea los títulos 4 y 9 de la *Part.* 6, á Antonio Gómez lib. 1. Var. cap. 12, especialmente desde el n 57 hasta el fin, y á su adicionador Ayllon. (*b*) Ley 39 t. 9 P. 6.

(1) Si otro cancela la escritura sin órden ni noticia del testador, valdrá la manda, siempre que se pueda leer ó probar con cinco testigos que se había dexado. Ley 39 cit.

(*c*) Leyes 17 y 40 t. 9 P. 6. (*d*) Ley 41 t. 9 P. 6. (*e*) Ley 42 t. 9 P. 6. (*f*) Leyes 2 y 3 t. 9 lib. 1 R.

(2) Despues de este § correspondia el de la quarta falcidia, llamada así de su autor Publio Falcidio, Tribuno Romano en tiempo del Empe-

§. X.

De la revocacion del testamento.

183 El testamento se puede revocar é irritar. Se revoca, quando el testador manda en otro posterior perfecto que no valga el precedente (*a*); y si se irrita quando se invalida por la *mudanza*, *pérdida ó mengua de estado* (1) del testador, la qual era antiguamente de tres maneras: *maxîma*, *media y mínima*: *máxîma*, quando alguno pasaba al estado de servidumbre, porque perdia la libertad, el derecho de ciudadano y su familia, como si se vendia voluntariamente, si era condenado á ser siervo de pena por algun delito atroz, ó si volvia al poder de su Señor, por haber sido ingrato con él: *media*, quando era desterrado para siempre á alguna isla, y se le privaba de agua y fuego, con lo qual perdia el derecho de ciudadano y su familia; y *mínima*, quando se dexaba prohijar, porque perdia la familia, ó su padre le emancipaba, pues por la emancipacion salia de su poder y mudaba de estado (*b*) (2).

rador Augusto, y que no es otra cosa que la quarta parte de cada legado ó fideicomiso particular que podia sacar ó retener para sí el heredero, quando estuviese tan gravada la herencia con legados ó fideicomisos, que nada ó ménos de la quarta parte de ella le quedase que percibir; pues antiguamente si el heredero no aceptaba la herencia, se invalidaba en un todo el testamento, y ademas parecia muy puesto en razon que quien tenia el nombre de heredero, tuviese asimismo alguna utilidad. (Proemio del t. 11 P. 6) Pero como la ley 1 t. 4 lib. 5 de la R. dispone que valga todo lo ordenado en el testamento aun sin la adicion del heredero instituido, se controvierte entre nuestros intérpretes, si tendrá lugar en el dia dicha quarta. Yo he exâminado los fundamentos de la opinion afirmativa y negativa, y ámbas me parecen probables. Mas sin embargo de todo me ha parecido conveniente omitir dicho §. de la quarta falcidia, por considerarle inutil, puesto que nunca ó casi nunca se hace uso, ni se oye hablar de aquella en los tribunales ni en las particiones de herencias, y que siempre debe espurgarse de la Jurisprudencia todo lo que únicamente sirve para dilatarla y confundirla.

(*a*) Ley 21 t. 1 P. 6.

(1) *Capitis dèminutio.*

(*b*) §§. 1, 2 y 3 Inst. de Capitis diminut. y ley 18 t. 1 P. 6. Ferrar. Bibliot. verb. Testament. art. 5 nn. 34 &c. y 37.

(2) Ni por la mengua ó mudanza de estado mínima, ni por la media se invalida en el dia ninguna disposicion última, puesto que los hijos de

184 En órden á la revocacion que es la materia de este párrafo, digo que así como no hay cosa más natural que disolverse una cosa del modo que se liga (*a*), tampoco puede ninguno hacer su testamento con tanta solidez y firmeza que no tenga arbitrio y facultad para revocarle por otro hasta su muerte, aunque prometa y se obligue á no hacerlo: porque nadie puede imponerse ley de la qual no le sea lícito apartarse, y por tanto siendo mudable hasta la muerte la voluntad humana (*b*), la última si es arreglada, se ha de observar, puesto que dos testamentos no pueden subsistir á causa de que el segundo perfecto revoca el primero (*c*). Esto mismo ha de decirse aun quando testan dos de conformidad, v. gr. marido y muger, pues el que sobreviva podrá revocar su testamento, como si hubiera testado solo (*d*). Pero una vez hecho legítima y perfectamente no se revoca por el transcurso de mucho tiempo desde su otorgamiento, porque se entiende no haber mudado su voluntad el testador (*e*), y en caso de duda se ha de estar por la validacion del testamento (*f*); si bien el ignorante vulgo cree que con el transcurso de diez años se invalida un testamento, y que es necesario renovarle para no morir abintestato.

185 Pero no obstante, aunque el posterior contenga revocacion y la solemnidad prescripta por derecho, será firme el anterior en dos casos: el primero es, si creyendo el testador haberse muerto el heredero instituido en este, nombra á otro en aquel expresando la causa de la nueva institucion; pues sabiéndose que el primero vive, llevará la herencia y no el segundo; bien que las mandas y demas cosas que ámbos contengan, valdrán en todo lo que haya lugar (*g*). El segundo caso es quando el testador otorga su testamento con cláusulas derogatorias generales ó

familia y condenados á muerte civil, como por exemplo á carcel perpétua, ó á servir en las minas, ó en otra obra pública, tienen facultad para testar.

(*a*) Ley 35 ff. de Regul. jur. (*b*) Ley 25 t. 1 P. 6. Gutier. de Juram. Confirmat. part. 2 cap. 1. Góm. ley 3 de Toro nn. 89 y sig. (*c*) §. Posteriore, Instit. Quibus modis Testam. infirm. Vease el n. 190 y su nota. (*d*) Barg. de Paz Consil. 2. Ferrar. Bibliot. verb. Testamentum art. 5 nn. 8 y sig. (*e*) Ley 27 Cod. de Testament. (*f*) Regla 12 ff. de Regul. jur. (*g*) Ley 21 t. 1 P. 6.

particulares, y en el que hace posteriormente no se mencionan. Las generales son, v. gr. „Quiero que este testamento sea válido, y no otro que tenga hecho ántes, ni formalice despues de él, pues todos los revoco y anulo enteramente. „Las particulares son, v. gr. „Quiero que este testamento y no otro que haya otorgado ántes, ni otorgue despues, sea válido, sino es que el posterior contenga á la letra la oracion del Padre nuestro ó tal salmo, ó tales palabras; (las quales deben expresarse) pues si la contuviere, ha de valer el último, y no este ni los anteriores. „Con esta prevencion será ineficaz el último, si carece de la oracion, salmo ó palabras (a).

186 Pero como estas disposiciones se presumen cautelosas, y resultan de ellas infaustas conseqüencias, se duda, si la revocacion regular del último testamento es suficiente para anular los anteriores que contengan cláusulas derogatorias; pues muchas personas por miedo, reverencia, ó por persuasiones y sugestiones hacen testamento con ellas, instituyendo herederos á los que no quieren que lo sean; y á fin de que no sea necesario especificar las palabras del primer testamento para que quede revocado sin duda alguna, y á fin tambien de que el testador pueda testar libremente y con entera satisfaccion, se ordenará la revocacion en estos términos: „Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones últimas que ántes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra, ó de otra manera, para que ninguna, aunque haya sido formalizada con solemne juramento de no revocarla, y contenga los mayores vínculos y seguridades, penas, palabras, oraciones, cláusulas derogatorias permitidas por derecho, y qualquier pretextos y fundamentos para derogar esta, (de todo lo qual por no acordarme, ni de su solemnidad ni particularidades no hago mencion especifica, pero lo doy aquí por inserto, como si literalmente lo es-

(a) "La otra es, quando el testador dice asi: este mio testamento que agora fago, quiero que vala para siempre, é non quiero que vala otro testamento que fuesse fallado, que oviesse fecho ántes deste, nin despues. Ca si acaeciese que este á tal mudase su voluntad, é ficiesse otro testamento, non quebrantaria por ende el otro que oviesse ante fecho." Ley 22 t. 1 part. 6.

tuviere;) valga, ni haga fe judicial ni extrajudicialmente, excepto este testamento que por disponerle con toda libertad que no he tenido en los demas, como lo juro del modo mas solemne, quiero y mando que se estime por tal, y por mi última y deliberada voluntad en la forma que para su mayor estabilidad haya lugar en derecho. En cuyo testimonio así le otorgo ante el presente Escribano en esta villa de, &c.„

187 Con esta cláusula creo quedará revocado el primero, aunque contenga juramento de no serlo y cláusulas ó palabras derogatorias, y no se incluyan en el último; pues sin embargo de que la citada ley 22 no dice expresamente que queda revocado sin la mencion específica de aquellas, ni previene que se inserten, diciendo tan solo: „Fueras ende si el testador dixesse en el postrimero testamento señaladamente que revocava el otro, é que non tuviessen daño á aquel testamento que agora facia, las palabras que dixera en el primero;„ siempre está la presuncion á favor de la última voluntad del testador, si es arreglada, y no de la que se supone última siéndolo tan solo en el nombre y no en realidad, como regularmente acontece; pues suele suceder que el primero se haga á contemplacion de los interesados en él, valiéndose éstos de ilícitos y mañosos ardides, no obstante que se exprese lo contrario con juramento, el qual sigue la naturaleza del acto, contrato ó disposicion en que se hace (*a*) (1). Pero es de prevenir al Escribano que para ordenar el testamento con dichas cláusulas debe instruir previamente al testador de sus efectos, y ponerlas con órden suya y no por su arbitrio; pues de lo contrario será responsable en el fuero interno de los perjuicios que se causen á los verdaderos interesados (*b*).

(*a*) Acerca de este punto y otros concernientes á él véase á Ferrar. Biblioth. verb. Testamentum art. 5 y á los que cita.

(1) Una vez que ha de seguirse la voluntad del testador en este particular, valdrá el testamento posterior aun sin revocacion del primero, siempre que pueda constar por algunos motivos ó circunstancias que el testador quiso valiese el último.

(*b*) Sobre si diciendo el testador gravemente enfermo, y persuadido á morir entónces, *que si moria de su enfermedad, nombraba á Fulano por heredero, y dexaba tales legados*; y llegando á convalecer de ella, valdrá ó no el testamento, por faltar la condicion puesta; véase á Góm. ley 3

§. XI.

De los Codicilos.

188 El codicilo *es una disposicion última ménos solemne que el testamento ordenada ántes ó despues de éste, y en escritura breve sin institucion directa de heredero* (*a*). Sigue la naturaleza del testamento, pero no es parte suya, porque si lo fuera, no subsistiria, como subsiste sin él, excepto que en el testamento se remita á lo que expresará y ordenará en el codicilo, en cuyo caso sí será parte suya. Se introduxo por Lucio Léntulo en tiempo del Emperador Augusto á fin de hacer legados y fideicomisos, declarar el testamento, aumentar, disminuir, mudar y revocar lo que éste contiene, salva siempre la institucion de heredero; y el que es capaz de testar, puede otorgarle ante Escribano ó de palabra sin su asistencia, haciendo en él á excepcion del nombramiento de heredero todo quanto se puede hacer en el testamento (*b*). Puede asimismo hacer codicilo solo y morir baxo de él, ántes ó despues del testamento, ó con éste. Si le hace ántes y no otorga luego testamento, es válido, á no ser que le revoque por otro; pero si otorga testamento; se revocará no expresando en éste lo contrario, ó no confirmándole en él; y si le hace despues del testamento, tambien valdrá, si no le revoca por otro (*c*).

189 No puede el testador nombrar directamente heredero en el codicilo (*d*); bien que si le instituye, se estimará por testamento, aunque le llame codicilo, pues se impropian muchas veces las palabras para que sirvan á la intencion del que las profiere y no se inutilice su disposicion (*e*) (1). Asimismo no puede quitar la herencia en el codicilo al que

de Toro n. fin. donde defiende que no se revoca por esta causa, por ser impulsiva, no final, y por otras razones que expone.

(*a*) Ley 1 t. 12 P. 6. (*b*) Ferrar. Bibl. verb. Testamentum art. 4 nn. 3, 4, 28 y 29 Parlador. different. 14 n. 15. (*c*) Ley 1 t. 12 P. 6. (*d*) Ley 2 t. 12 P. 6 y glos. 1. (*e*) Greg. Lop. ley 2 t. 12 P. 6 glos. 2 Matienz. en la 2 t. 4 lib. 5 R. glos. 9 n. 19.

(1) Tambien se *impropian* segun la expresion del autor muchas veces las palabras para violar ó burlar las disposiciones de las leyes.

instituyó en el testamento, ni imponer condicion al que fue instituido sin ella en él, por lo qual aunque se la imponga, no está obligado á cumplirla, ni dexará por no hacerlo de percibir la herencia; excepto que en el testamento diga: *que lleve la herencia con las condiciones y en la forma que expresará en el codicilo, y no de otra suerte*; en cuyo caso valdrá la condicion, porque solo declara en el codicilo la que es, y no se la impone en éste, lo qual es muy diverso. Tampoco puede mudarle ni exheredar á sus herederos forzosos, pero sí manifestar el delito que cometieron contra él, pues si fuere de los expresados en el §. V. y se probare, perderán la herencia. Finalmente no puede hacer substitucion mandando que si el heredero nombrado en el testamento muere ántes de entrar en la herencia, le suceda en ella el que instituye en el codicilo, porque esto es hacer segunda institucion, lo qual le está prohibido (*a*); mas no obstante se le permite nombrar heredero universal indirectamente que es por fideicomiso, rogando ó mandando al instituido en el testamento que entregue la herencia al que nombra en el codicilo; bien que aun quando no se lo mande ni ruegue, tiene obligacion de entregársela (*b*); pues la institucion directa hecha en codicilo ó testamento imperfecto con la cláusula codicilar se convierte en fideicomisaria (*c*). Pero es de advertir que aunque nombre directamente heredero en el codicilo, no incurrirá en pena el Escribano por autorizarle, pues ninguna ley se la impone ni se le prohibe, y se tendrá por testamento, como dexo expuesto. Tambien puede nombrar en el codicilo tutor á sus hijos; pero deberá despues confirmarle el Juez para que pueda usar de la tutela (*d*), lo qual no es preciso siendo nombrado en testamento (*e*).

190 Aunque ninguno puede hacer dos testamentos de modo que ámbos valgan, pues por el segundo perfecto se revoca el primero; sí dos codicilos ó todos los que quiera, sin que el primero se revoque por el segundo sino en lo que sean contrarios, ó sino es que se revoque expresamente en

(*a*) Leyes 104 t. 18 P. 3, 7 y 8 t. 3 y 2 t. 12 P. 6. (*b*) Leyes 7 t. 3 y 2 t. 12 P. 6 Parlador. differ. 14 nn. 10 y 11. (*c*) Ayllon en el Góm. lib. 1 Var. cap. 4 n. 8 vers. Quod directa, y otros que cita. (*d*) Parlador. differ. 14 n. 14. (*e*) Véase el núm. 39.

el modo. La razon de disparidad consiste en que en los codicilos se legan ó dexan solamente cosas singulares, por lo que pueden legarse unas en uno y otras en otro, y subsistir todas sin repugnancia ni contrariedad; pero en los testamentos se dexa necesariamente la herencia que es todo lo que pertenece al testador difunto, y así se rompe el primero por el segundo á causa de no poder subsistir ámbos por la oposicion de dexarla toda á cada uno, ni de consiguiente ser íntegramente heredero de ella (1).

191 El codicilo puede ser abierto y cerrado, y en su otorgamiento se requiere la solemnidad y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo (*a*); y así no se deben admitir mugeres para testigos de él (*b*), no obstante lo que dicen Antonio Gómez y Búrgos de Paz (*c*) contra la opinion comun. Se puede revocar el codicilo como el testamento, es á saber, interviniendo en su revocacion la solemnidad que en su formacion; y lo propio milita en la donacion por causa de muerte y en toda última voluntad (*d*). Pero se duda si esta dispocicion legal debe entenderse solo para los codicilos abiertos, ó si ha de ampliarse á los cerrados, puesto que la ley no distingue y trata de su solemnidad á continuacion de la que prescribe para el testamento cerrado. Algunos dicen que bastan tres testigos vecinos y el Escribano, y cinco sino son vecinos,

(1) Puesto que ya no es necesaria en el testamento la institucion de heredero, y que no pueden tener lugar las sutilezas que la hacian precisa segun el derecho romano y de las partidas, no veo haya inconveniente en que valgan dos testamentos de una misma persona, siempre que el uno no revoque al otro, ni sean contrarias sus disposiciones. Por tanto si en uno dispone el testador de la mitad de sus bienes distribuyéndolos en legados, y en otro de la otra mitad en iguales términos, deben valer y cumplirse exâctamente ambos testamentos. La ley 21 t. 1 part. 6 apoya este modo de pensar, pues trae un caso en que valen las mandas dexadas en dos testamentos. (Véase el n. 184.) Tampoco veo haya inconveniente despues de desvanecidas dichas sutilezas en que dos testamentos perfectos sean válidos en quanto á los nombramientos de herederos, siendo instituidos estos en partes diversas, ó de manera que no haya ninguna oposicion, mayormente quando no tenemos ley que disponga lo contrario.

(*a*) Ley 2 t. 4 lib. 5 R. "Y en los dos codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo, ó abierto, conforme á la dicha ley del Ordenamiento." (*b*) Parlador. differ. 14 nn. 16 y 17, y otros que cita. (*c*) Gom. ley 3 de Toro n. 70. Burg. de Paz en ella n. 1344. (*d*) Ferrar. Bibiioth. verb. Testamentum art. 5 nn. 38, 39 y 40.

á lo qual me inclino ; y otros, que son precisos los cinco y que firmen con este como en el testamento escrito (*a*). Por tanto para quitar dudas y escrúpulos haga el Escribano que se hallen presentes los cinco testigos pudiendo ser habidos, y de esta suerte no se podrá alegar nulidad por defecto de solemnidad ; pues por las leyes de Partida (*b*) se requieren los mismos, los quales deben firmar con el Escribano encima del quaderno como en el testamento cerrado ; y no pudiendo encontrarlos lo expresará en el otorgamiento para que conste (*c*).

§. XII.

De la cláusula codicilar.

192 La cláusula *codicilar* es cosa incógnita con este nombre para muchos Escribanos, por lo qual unos la omiten, y otros la ponen solamente por estilo y por haberla visto poner á sus maestros ; pero ignoran los efectos que produce en los testamentos y disposiciones últimas, y para que se instruyan, les explicaré aquí como lugar propio lo que aprendí en los AA. que tratan difusamente de ella. Esta cláusula es de dos maneras, *expresa y tácita* ; la expresa es la que pone el testador en su testamento diciendo : *que si este por falta de alguna solemnidad no pudiere valer como tal, valga como codicilo* ; y la tácita es aquella en que expresamente no lo dice, pero sí, *que si no vale como testamento, valga del mejor modo que pueda valer, ó que haya lugar en derecho.* Tambien se entiende puesta la cláusula codicilar, quando jura el testador *que quiere se observe todo quanto ordena en él* ; ó manda á su heredero *que jure cumplirlo y pagarlo* ; como asimismo quando testa entre hijos y descendientes legítimos (1). Suple esta cláusula muchos defectos en los testamentos, y así es muy conveniente que

(*a*) Matienzo ley 2 t. 4 lib. 5 R. glos. 9 nn. 3 y sig. Góm. ley 3 de Toro, n. 76 vers. Quæro tamen. (*b*) Las 1, 2 y 3 t. 12 P. 6. (*c*) El que quiera saber por qué el codicilo se llama así y otras particularidades curiosas, vea á Parlador. differ. 14.

(1) La doctrina acerca de la cláusula codicilar no se apoya en ninguna disposicion Real sino en el derecho comun y en AA. por lo qual ofreciéndose el caso debe exâminarse bien, si ha de estarse á ella.

la contengan, pues ya que segun derecho sean nulos, valdrán, si la contienen, como codicilos, en los quales conviene tambien ponerla, é igualmente la *de que el testamento hecho ántes valga en todo lo que no fuere contrario á lo dispuesto en el codicilo*; con cuya cláusula serán firmes uno y otro en lo que no se opongan, como advierte Parladorio (*a*) y lo practican los inteligentes.

193 Quatro son los efectos de esta cláusula. El primero es que si el testamento escrito carece de la solemnidad que prescribe nuestro derecho, y no de la de los codicilos ni de la cláusula referida, valdrán todos los legados que contengan, y los herederos abintestato estarán obligados á darlos á los legatarios.

194 El segundo efecto es que si el testador no teniendo herederos forzosos instituye por tal á un extraño en testamento cerrado, y éste no consta de la solemnidad de testigos que quiere, pero sí de la de los codicilos y de la cláusula codicilar, se convertirá la institucion directa en fideicomiso universal, que quiere decir: que los sucesores abintestato del testador se apoderarán de la herencia y deberán restituirla al extraño instituido, como si en ello los hubiese gravado expresamente por fideicomiso; pues atendida la cláusula codicilar es visto que el testador grava tácitamente á sus herederos abintestato á restituir por vía de fideicomiso todo lo que dispuso por palabras directas en testamento ménos solemne. Pero es de notar que estos dos efectos solo pueden verificarse hoy en el testamento escrito, porque segun la ley 3 de Toro el nuncupativo y el codicilo requieren igual solemnidad de testigos, lo que no sucedia por el derecho de las Partidas.

195 El tercer efecto es, que si consta que alguno quiso hacer codicilo y le hizo efectivamente con la debida solemnidad y con institucion directa de heredero, mediante la cláusula codicilar se tendrá por institucion fideicomisaria, y así los herederos abintestato siendo descendientes percibirán toda la herencia ménos el quinto, siendo ascendientes las dos terceras partes de ella, y siendo parientes, la restituirán toda al nombrado en el codicilo. Si el codicilo careciese de la citada cláusula, el herede-

(*a*) Differ. 14 n. 15.

ro nombrado en él nada percibirá.

196 El quarto efecto es respectivo á la substitucion pupilar, pues la directa hecha en los codicilos, ya que por defecto de solemnidad no puede valer como tal, valdrá como fideicomiso: quiero decir, que si el padre substituye pupilarmente á su hijo ó hija en codicilo, pasará la herencia del pupilo á los parientes que deben heredarle abintestato; pero tendrán que restituirla al substituto, y entónces se tendrá por heredero fideicomisario del pupilo, como si le hubiera instituido éste siendo adulto. El que quisiere mayor instruccion acerca de esta cláusula, vea los AA. que cito (*a*), pues para la del Escribano me parece suficiente lo expuesto.

§. XIII.

De los testamentarios.

197 Testamentario, albacea ó executor de últimas voluntades, *es quien por nombramiento del testador ó por disposicion de derecho cumple lo que aquel ha ordenado en su testamento ú otra última disposicion.* Puede hacerse este encargo al presente ó ausente (*b*), á uno ó á muchos, al heredero ó á un extraño, al Clérigo ó lego (*c*). Su oficio es pio y privado, no pasa por su muerte á su heredero, aunque se le podrá demandar por razon de las obligaciones que hubiese contraido el testamentario con su mal proceder, ni puede delegarle sin expresa facultad del testador, y aún concediéndosela no valdrá en todos casos (*d*), porque se cree electa su industria, habilidad y buena conducta (*e*).

198 No puede ser albacea, regularmente hablando, el que tiene prohibicion de testar, y así estan privados de serlo

(*a*) Góm. ley 3 de Toro nn. 75, &c. y 88. Ferrar. Biblioth. verb. Testamentum, art. 4 nn. 20 y sig. Matienz. ley 2 t. 4 lib. 5 R. glos. 1 n. 9 Parlador. differ. 148 nn. 7 y sig. (*b*) Prœm. y ley 1 t. 10 P. 6. Carp. lib. y cap. 1 de Executorib. & commissar. Testamentor. n. 36. (*c*) Ferrar. Bib. verb. Testamento, art. 3 n. 50. Carp. lug. cit. cap. 2. (*d*) Cap. 2 §. 1 de Testament. in 6. Carpio dicho lib. 1 cap. 19 y 20. (*e*) Cap. últ. §. 1 de Offic. jud. delegati. Begnudelo Biblioth. verb. Testamentum n. 43. Sobre las cosas en que conviene el oficio de testamentario con el de Juez, véase al Doctor Francisco Carpio en el prefacio del selecto tratado que escribió de Executorib. et comisar. testamentar. y tocante á los casos en que por incertidumbre se vicia ó no el nombramiento de testamentarios, en el lib. 1 cap. 16, donde hace varias distinciones.

el loco, el mudo y sordo enteramente por naturaleza, ó por accidente; el ciego tambien enteramente, el alevoso, herege y traydor declarados, el siervo, el judío, el infiel, el Religioso profeso sin licencia expresa de su Prelado, ni los de San Francisco, aunque la tengan; bien que podrán ser nombrados para dar consejo á los albaceas, pues esto no les está prohibido (*a*). Tampoco puede serlo la muger segun una ley del Fuero Real (*b*), porque el albaceazgo es oficio de varones; mas por costumbre inconcusa y generalmente observada se le permite que lo sea (*c*). Igualmente puede serlo el mayor de 17 años, porque de esta edad le permite el derecho (*d*) ser Procurador en qualquier negocio extrajudicial, y así en cumpliéndolos no se le excluye de este encargo, mayormente quando por costumbre se le tolera como á la muger, no obstante la prohibicion de la ley del Fuero Real que se cita, porque estas solo tienen fuerza de tales en donde son usadas y guardadas, como lo ordena la primera de Toro (*e*). Asimismo puede serlo el Escribano que autoriza el testamento, porque á mas de no estarle prohibido, no se le origina otra cosa que trabajo y responsabilidad de cumplir la voluntad del testador, y tener que dar estrecha cuenta de su comision, por lo que no se le debe hacer cargo de haberle desempeñado, como algunos Visitadores de Escribanos poco instruidos lo practican. Pero si se le sigue comodidad, no podrá serlo (*f*), y se tendrá por no escrito excepto en algunos casos.

199 Los executores de últimas voluntades son de tres clases como los tutores; á saber: *legítimos*, *testamentarios y dativos*: los legítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador: los testamentarios son los que éste elige en su testamento ó en otra disposicion última; y los dativos son los que nombra de oficio el Juez ó Magistrado en caso que el electo en el testa-

(*a*) Ley 8 t. 5 lib. 3 del Fuero Real, cap. 2 de Testam. in 6, Clement. Religiosis. de Testam. Clement. Exivi, §. Verum etiam de Verbor. signific. y §. Verum tamen al fin. Carp. lug. cit. cap. 5 y 14. (*b*) La 8 t. 5 lib. 3. (*c*) Matienzo ley 5 t. 4 lib. 5 R. glos. 8 n. 5. Ferrar. lug. cit. n. 51. Carpio lib. 1 cap. 6. (*d*) Ley 19 al fin. t. 5 P. 3, cap. 5 §. fin. de Procurat. in 6. Matienzo ley 14 t. 4 lib. 5 R. glos. 1 n. 6. (*e*) Véase á Carpio dich. lib. 1 y cap. 7 y 8 que trata extensamente de este punto distinguiendo de casos. (*f*) Carpio dicho lib. 1. cap. 10.

mento ó el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto. Los testamentarios y dativos se dividen en *universales y particulares*: los universales son los electos para evacuar en un todo la voluntad del testador y distribuir todos sus bienes entre pobres, ó en otras obras pias ó profanas (*a*); y los particulares son los que este nombra para cumplir únicamente lo concerniente á su alma, legados, ú otra cosa particular. Ninguno de estos, generalmente hablando, puede ser compelido á admitir ó desempeñar el albaceazgo, pero una vez aceptado expresa ó tácitamente tiene obligacion de evacuarle (*b*); ni tampoco puede conmutar lo dexado á causas pias en otros usos, aunque sean evidentemente mejores, si la voluntad del testador se puede cumplir justa y cómodamente (*c*); á ménos que se haga con autoridad del Papa, ó del Príncipe por causa justa y necesaria (*d*).

200 En tres casos pueden los testamentarios demandar judicialmente los bienes del testador á su heredero, ó al que los tenga en su poder, aunque lo resista. El primero es, quando la manda se dexa para obras pias, ó para remediar y socorrer huérfanos, ú otras qualesquiera personas: el segundo, quando el testador lega alguna cosa á otro juntamente con ellos; y el tercero, quando les confiere facultad amplia para pedir judicial y extrajudicialmente sus bienes y cumplir lo que dexa dispuesto (*e*); bien que los legatarios pueden demandar sus legados al que los tuviere (*f*). Pero es de advertir que aunque en todos los testamentos aparece dada á los testamentarios facultad *para apoderarse de los bienes del testador, venderlos en pública almoneda ó fuera de ella, y con su producto cumplir su voluntad*; no deben mezclarse los particulares en otra cosa que en lo respectivo á su alma, si los herederos son forzosos, porque esta cláusula se pone en los testamentos por estilo y no por mandato

(*a*) Sobre si son ó no tenidos en lugar de herederos, y en qué casos, véase á Carpio Executorib. lib. 3 c. 9. (*b*) Carpio dicho lib. cap. 17 nn. 2 &c. y 11 cap. 19 de Testam. Covarr. en él n. 3; Ferraris Biblioth. verb. y artic. cit. nn. 46 y 62. (*c*) Cap. 3 de Test. cap. 4 causa 13 quæst. 2 Clement. 2 de Relig. domib. Ferraris lug. cit. n. 69. (*d*) Cap. 16 de Foro comp. Conc. Trid. Sess. 22 c. 6. de Reformat. Begnud. Biblioth. verb. Testamentum n. 145. (*e*) Ley 4 t. 10 P. 6. (*f*) Dicha Ley 4 al fin.

de los testadores: en cuya atencion solo puede servir para lo dicho, y no deberán los Escribanos poner ninguna otra sino con arreglo á lo que el testador les encargue señaladamente; fuera de que el heredero es el verdadero testamentario, como dice Covarrubias, y contra él debe proceder de oficio el Juez Eclesiástico por lo concerniente á lo pio y el Juez Real á pedimento de los interesados en legados y otras cosas: no siendo justo que un extraño, ó aunque sea pariente se entremeta con el especioso título de testamentario en bienes de herederos legítimos ó forzosos; pues estos deben percibirlos directamente del testador y no por mano de otro. Mas si son extraños, podrán los testamentarios universales como tales hacerlo todo, si el testamento contiene la cláusula siguiente: „Nombro por mis testamentarios á Pedro y Juan, y á cada uno in solidum, y les confiero amplia y absoluta facultad para que luego que fallezca, sin intervencion, noticia, ni concurrencia de mis herederos ni de la Justicia recojan las llaves de mi casa, entren y se apoderen de mis bienes, hagan ante Escribano y testigos inventario extrajudicial de ellos y los tasen, eligiendo á este fin peritos: paguen lo que estoy debiendo y se llegue á deber con motivo de mi entierro, misas y demas cosas que ocurran, vendiendo para esto en almoneda ó fuera de ella los suficientes: pidan judicial ó extrajudicialmente, y den, tomen y ajusten cuentas, nombrando contadores y personas prácticas, y tercero en discordia, ó pidiendo se nombre de oficio en rebeldía, cuyas cuentas aprobarán, si estan arregladas, y en su defecto expondrán y aclararán los agravios que incluyan: transijan y comprometan todos los créditos y deudas que tengo á mi favor y contra mí, y los pleytos que actualmente estan pendientes y en adelante se susciten: cobren judicial y extrajudicialmente lo que por qualquier motivo se me está debiendo y debiere, formalizando los competentes resguardos á favor de los pagadores, y lastos á favor de los que pagaren por otros como sus fiadores ó mancomunados: entreguen á los legatarios sus legados, dividan y apliquen á mis herederos el residuo de mis bienes con arreglo á la institucion, deduciendo primero todos los gastos que se ofrezcan, y recogiendo de unos y otros las respectivas cartas de pago para su seguridad: y

practiquen finalmente en todas y cada una de las cosas expresadas, y sus incidentes quanto yo practicaria, si por mi mismo lo hiciera, hasta la conclusion de mi testamentaría, consultando en lo que hubiere duda con dos Letrados de acreditada ciencia y experiencia, y executando lo que unánimes resuelvan por escrito, á fin de justificar su conciencia y conducta con sus pareceres. Asimismo les confiero amplia facultad para substituir este poder, si fuere preciso: les prorogo el término legal por el que necesiten sin limitacion; y prohibo á todo Juez eclesiástico y secular se mezcle en cosa alguna con pretexto de zelo, ni impida á mis apoderados el uso de las amplias facultades que les dexo concedidas, y si lo intentáre, mando se quexen de él á su Superior para que le inhiba enteramente. Tambien mando que si alguno de mis herederos ó legatarios reclamare, se opusiere en todo ó parte á lo que executen, ó execute el que primero tome conocimiento en mis bienes, se mezcláre sin su beneplácito en ello, ó intentáse judicial ó extrajudicialmente interpretar, limitar ó tergiversar las facultades que les dexo; se entienda por el mismo hecho excluido ó no llamado al goce de su parte, la qual se repartirá entre los demas de su clase; pues mis testamentarios ó qualquiera de ellos que entienda en el asunto, cumplirán con hacer dicho inventario y manisfestar á mis herederos relacion jurada de los gastos ocurridos, y estos han de estar obligados á darle el resguardo correspondiente á su seguridad, sin tener accion para decir de agravio de dichos gastos y division, ni pretender otra cosa que tomar la parte que mis testamentarios digan les toca, porque todo lo fio á su conciencia, y ha de ser visto que en la propia forma se la doy y la reciben de mi mano, por ser esta mi deliberada voluntad, la que encargo al Señor Juez ante quien se agraviaren, haga se observe literalmente y como suena, para evitar de esta suerte pleytos, gastos y desazones á mis testamentarios y herederos, los quales han de pagar las expensas que causaren á aquellos, quedando ademas privados de la herencia.,, Pero aunque el testador confiera á los testamentarios universales la facultad de vender sus bienes para cumplir lo que dispone, no deberán venderlos sino en pública subhasta ó almoneda, como lo manda la ley 62 tit. 18 Part. 3 al

fin, para evitar todo fraude y sospecha contra ellos.

201 Estan obligados los testamentarios universales y no los particulares á hacer inventario formal de los bienes del testador ante Escribano y testigos, y á dar cuenta de lo recibido y gastado, aunque les releve de ello y sean Regulares (*a*), sobre lo qual he visto varias executorias del Consejo, y por esta razon lo he puesto en la cláusula inserta. Y al cumplimiento de lo pio que dispuso, puede el Obispo de su diócesi compelerlos siendo negligentes, sin embargo de que se lo prohiba (*b*), y si se resisten, cumplirlo por sí, ó elegir otros. Lo mismo procede, quando el testador no los nombró, si su heredero no lo cumple, pues este lo es, y qualquiera del pueblo tiene accion para dar cuenta al Obispo (*c*).

202 Tienen de término para cumplir su encargo el que les prefine el testador, sea mayor ó menor que el legal, y si ninguno les señala, deben hacerlo á la posible brevedad. Si se imposibilitan de concluirle con prontitud, les concede el derecho un año contado desde el dia de su muerte; y si son muchos y todos no pueden ó no quieren intervenir en su desempeño, vale lo que uno ó dos executen (*d*); aunque mejor será conferir á cada uno insolidum la facultad de cumplirle, con la qual el que primero empieze á usar de ella puede proseguir hasta su conclusion, sin tener que avisar á los demas, ni estos que mezclarse en cosa alguna.

203 Si el testador lega alguna cosa ó cantidad para todos los testamentarios, deben dividirla con igualdad, y en caso de fallecer alguno de ellos ó de no aceptar el encargo, se acrece á los otros en la misma forma (*e*). Si manda algunas cosas para redimir cautivos y no elige albaceas, ha de percibirlas el Obispo y emplearlas en dicho destino; y aunque segun nuestro derecho (*f*) debe entregárselas por inventario el Juez secular, y el Obispo dar cuenta á este pasado el año de haberlas empleado en la redencion, no se observa

(*a*) Clement. Religiosis, de Testament. Reinfest. lib. 3 tit. 26 §. 23 num. fin. Ferrar. Biblioth. verb. Testamentum art. 3 n. 60. Carpio lib. 3 cap. 10. (*b*) Ley 7 tit. 10 P. 6, cap. 3, 6 y 17 de testam. (*c*) Ley 7 tit. 10 P. 6. Covar. de Testam. n. 8. (*d*) Ley 6 tit. 10 P. 6. (*e*) Ley Unic. §. 11 Cod. de Caduc. tollend. (*f*) Ley 5 tit. 10 P. 6 Gregor. Lop. en ella glos. 5 y 6. Gutierr. de Tutel. part. 8 cap. 45 num. 20.

esta disposicion, pues el Obispo no da tal cuenta, y ántes bien si el heredero no cumple, elige albaceas ó le compele al cumplimiento.

204 Los testamentarios que fueron amonestados para cumplir su encargo, si no lo hacen por descuido ó malicia, y por esta causa se les priva judicialmente de él, pierden por el mismo hecho lo que el testador les legó, excepto que sean hijos suyos, con los quales no se entiende esta pena (*a*); y si nada les legó, deben pagar al interesado el daño que se le cause y dos mil maravedis á la Real Cámara (*b*). Ademas si compran algo de los bienes del difunto, fuera de ser nula la venta incurren en la pena del quatro tanto aplicado al fisco, del mismo modo que los tutores que compren algunas cosas de sus pupilos (*c*).

205 Estan discordes los AA. sobre si se deberá ó no dar salario á los testamentarios por su trabajo. Unos lo afirman, otros dicen que aunque al mero executor que ha de expedir brevemente su comision, no debe darse, sí al que haya de desempeñar alguna de mucho tiempo con cargo de administracion; y otros lo niegan absolutamente, cuya opinion es la segura, porque entre el testador y el executor de su última voluntad se celebra un verdadero contrato de mandato que como motivado por la confianza, amistad, ó piedad, es de suyo gratuito, y de lo contrario degeneraria y se convertiria en alquiler. Así pues, por el mismo hecho de aceptar el encargo el comisario ó executor es visto que se obliga á evacuarle graciosamente, y de consiguiente no se le debe salario, aunque sea oficial que viva de su trabajo, y aunque la comision haya de durar mucho tiempo con cargo de administracion; sí bien en todo caso se ha de satisfacer al albacea lo que expenda de su caudal en el desempeño de su encargo. Pero sin embargo debe darse salario por el albaceazgo, quando así se pactó entre el testador y el executor ó comisario, ó quando éste acostumbra alquilar su trabajo y por conjeturas se viene en conocimiento que de otra suerte no aceptaria la comision, ni el testador le encargaria la execucion de su voluntad; en cuyos

(*a*) Ley 8 tit. 10 P. 6. Matienz. ley 7 tit. 4 lib. 5 R. glos. 5 núm. 6.
(*b*) Ley 14 tit. 4 lib. 5 Rec. (*c*) Ley 23 tit. 11 lib. 5 Recop.

casos no se tendrá por mandato sino por alquiler, y le señalará el Juez á su arbitrio el competente estipendio atendidas la qualidad del negocio y la ocupacion ó trabajo. (*a*)

206 El cargo de testamentario espira con su muerte, con la revocacion del testador, por enemistad superveniente entre los dos, por impedimento, locura ó fatuidad del mismo testamentario, por remocion de su oficio á causa de ser sospechoso, por el transcurso del tiempo ó término asignado para evacuar su comision, por haberla evacuado en efecto y por haber cesado la causa de su nombramiento. (*b*)

§. XIV.

Del poder para testar.

207 El poder para testar es *un acto y disposicion en que alguna persona da facultades á otra para ordenar su última voluntad, declararla y disponer de sus bienes.* Llámase esta apoderado ó comisario, y se diferencia del testamentario, al qual solamente se comete la execucion de lo que el testador dexa mandado (*c*): de suerte que aunque muchos los confunden, son diversos; si bien el comisario será juntamente testamentario en caso de encargársele tambien la execucion de lo que disponga (*d*). Confieren dicho poder los que no pueden ó no quieren disponer determinadamente todas sus cosas, para no morir intestados; y el que tiene facultad para testar puede darla al varon ó hembra que no está privado de ser personero ó apoderado, para que en su nombre ordene y formalice su testamento con arreglo á lo que mande y le comunique en el poder, y para que execute lo que el mismo testador haria por sí mismo (*e*); pues el poder no es testamento ni por tal se es-

(*a*) Acerca de esto véase á Carpio lib. 3 cap. 11 que teniendo presente quanto escribieron Baeza, Parladorio, Espino, Acebedo, Escobar y otros, lo resuelve en los términos expuestos, como siempre lo he visto practicar. (*b*) El que quiera instruirse radicalmente en esta materia vea á Carpio en su célebre y citada obra, pues en los 66 capítulos de los quatro libros que escribió acerca de ella, la explicó mejor que ningun otro, como que la trató de intento. (*c*) Carpio de Executorib. lib. 1 cap. 1 n. 37 y lib. 3. cap. 1 y 2 al princip. (*d*) Carpio dicho c. 1 n. 44. (*e*) Ley 6 tit. 5 lib. 3 del Fuero Real.

tima, y si es recíproco, solo sirve para el que fallece primero, de modo que el que sobrevive tiene que hacer nueva disposicion, si no quiere morir intestado.

208 El apoderado ó comisario debe ceñirse precisamente á las facultades que el testador le haya conferido expresamente, en cuya atencion no puede hacer mandas, fundaciones, mejoras, substituciones vulgar, pupilar, exemplar, ni otra alguna á sus hijos y descendientes, exheredarlos, darles tutor, ni nombrar heredero, sin que le conceda facultad específica para cada una de estas cosas; y aunque se la dé así para instituir heredero á su arbitrio, tampoco puede nombrarle; pues ha de hacerlo por sí propio el testador en el poder, y no lo haciendo la institucion que el comisario haga, no valdrá. (a)

209 Pero no es necesario que el testador nombre directa y determinadamente al mejorado, substituto ó tutor de sus hijos por su nombre como al heredero; pues basta que dé facultad especial al comisario para mejorar, substituir ó dar tutor eligiendo de personas ciertas qualquiera de ellas; v. gr. si tiene tres ó quatro hijos, para que mejore al que quisiere de ellos, ó para que de Pedro, Juan, Diego y Francisco sus amigos pueda nombrar al que le parezca por tutor de sus hijos, segun se dispone en la citada ley 31 de Toro que concluye así: „Salvo si el que le dió el tal poder para hacer testamento, especialmente le dió el poder para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera; el poder para hacer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre á quien manda que el comisario haga heredero; y en quanto á las otras cosas señalando para que le da el poder; y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló y mandó, y no mas.„

210 El comisario no puede delegar su comision en otro ú otros para practicar lo que el testador le ordenó, y no pudo ó no quiso hacer por sí; pues aquel confió en su industria ó buena fe de que hizo eleccion; y si le confirió facultad especial para delegar, podrá hacerlo, con tal que sea á alguna ó algunas personas inciertas de las ciertas que el mismo testador haya nombrado; v. gr. de los Abogados de tal colegio

(a) Ley 31 de Toro que es la 5 tit. 4 lib. 5 Rec.

al que quisiere: lo qual procede tambien en punto á nombrar testamentarios. Ademas la comision pasará al heredero del comisario, si el testador lo dispone así. Asimismo quando la comision se da al condecorado con cierta dignidad, pasa al sucesor en ella, á quien elige y de quien confia (*a*).

211 Si el testador dió al comisario solamente facultad general para ordenar su testamento y no nombró heredero en el poder, no puede en virtud de este hacer mas que descargar su conciencia pagando sus deudas y repartiendo el remanente del quinto de su hacienda por su alma; pues lo demas ha de dividirse entre los parientes que deben heredarle abintestato, y no teniéndolos debe el comisario disponer de ello en bien de su alma, no en otra cosa, dexando á su viuda, si la tuviere, lo que por derecho le toque (*b*).

212 Tampoco puede revocar en todo ni en parte sin poder especial el testamento que el testador hizo (*c*); ni el que el mismo comisario otorgó en virtud del poder, ni despues de hecho otorgar codicilo, aunque sea en favor de causas pias, y se reserve en sí la facultad de revocarle, añadir, disminuir ó hacer alguna declaracion (*d*), porque si esto se permitiera, se cometerian muchísimos fraudes, y así debe evacuarlo todo en el testamento que ordenó en uso del poder, si este carece de dichas especialidades.

213 Quando el testador instituyó heredero en el testamento y en este estado dió poder al comisario para que le concluyese, no puede este mandar, despues de satisfechas las deudas y cargos de aquel, mas que el quinto de sus bienes, y si mas mandare, no valdrá, á no ser que para ello le haya conferido facultad especial (*e*). En esta atencion el testamento puede principiarse en vida del testador y concluirse despues de muerto (*f*).

214 Para ordenar el testamento y cumplir todo lo expresado no se concede al comisario mas término que el de quatro meses perentorios contados desde el dia de la muer-

(*a*) Tello Fern. ley 31 de Toro n. 4 Matienz. en la 5 tit. 4 lib. 5. R. glos. 8 n. 2, 3 y 4. Carpio lib. 3 cap. 7. (*b*) Ley 32 de Toro que es la 6 tit. 4 lib. 5 Recop. (*c*) Ley 34 de Toro que es la 8 tit. 4 lib. 5 R. (*d*) Ley 35 de Toro que es la 9 tit. 4 lib. 5 Recop. Matienz. en ella glos. 3 y 4. (*e*) Ley 37 de Toro que es la 11 tit. 4. lib. 5 R. (*f*) Castillo lib. 4 Controv. cap. 40 n. 40.

te del testador, estando en el lugar al tiempo de ella: seis, si está ausente de él y dentro del reyno, y un año, si se halla fuera de este: por manera que si espira dicho término sin haber otorgado el testamento ni practicado lo demas para que se le confirió el poder, no puede usar de éste ni hacer el testamento, ni aunque pida mas término alegando que estuvo ausente y no llegó á su noticia, se le debe prorogar; pero si el testador nombró heredero, ó hizo legados, ó dispuso específica y señaladamente otras cosas en el poder, está obligado el comisario á evacuarlo todo; y si no lo hiciere, será habido por hecho (*a*) constando el poder de la solemnidad legal, no de otra manera, en cuya virtud aun despues del mencionado término bien podrá el comisario hacer el testamento ciñéndose á lo literal del poder, sin excederse de esto ni aun para pasar á disponer lo que le haya comunicado el testador, como quando le ordena dentro del término.

215 Para evitar el perjuicio que se puede ocasionar al heredero y demas interesados por la negligencia, malicia, ó imposibilidad del comisario, conviene que el testador le prorogue el término no solo para cumplir lo que dexa expresado y ordenado en el poder, como si fuera testamentario ó albacea, sino tambien para hacer su testamento, disponer y declarar en este en virtud del poder lo que le tiene comunicado y comunique, y evacuarlo todo; pues como la ley 33 de Toro no le prohibe prorogárselo, y ántes bien fué establecida en su favor para que su voluntad se cumpla pronta y exâctamente, puede hacerlo para uno y otro, y renunciar todo lo que cede en su beneficio (*b*). Así pues, haciéndose la próroga en el poder, no se detenga el Escribano en ordenar el testamento con todo lo que diga el comisario le comunicó el testador, y mandó declarar y executar aunque esté pasado el término legal; y de lo contrario solo autorice el testamento para evacuar lo que expresa y señaladamente contenga el poder.

216 Si el testador nombra dos ó mas comisarios, y siendo requeridos no quieren ó no pueden todos usar del

(*a*) Ley 33 de Toro que es la 7 t. 4 lib. 5. R. Véase á Carpio lib. 3 c. 1.
(*b*) Góm. ley 33 de Toro n. 2. Gutier. lib. 2 pract. quæst. 45.

poder, ó muere alguno de ellos, por el mismo hecho pasa el poder á los demas, y estando discordes se ha de observar lo que resuelva la mayor parte; pero si discuerdan en igual número, han de elegir por tercero al Gobernador, Corregidor ó Alcalde mayor del pueblo, y en su defecto al Alcalde Ordinario, y si hay dos ó mas, y los comisarios no se conforman en quál ha de ser, y deben echar suertes, juntarse con aquel á quien toque, y executar lo que la mayor parte determine (*a*); si bien para precaver este inconveniente convendrá que el testador confiera á cada uno insolidum la facultad de practicarlo todo; y así lo concluirá por sí solo el que principie, sin que los demas tengan que mezclarse en nada, como se practica.

217 En el otorgamiento del poder para testar ha de intervenir la misma solemnidad, número y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo (*b*): el poder ha de insertarse y relacionarse en el testamento que en su virtud se ordene, para documentarle; y el comisario ha de declarar que no se le ha revocado, suspendido ni limitado, y que el testador falleció baxo de él, como se verá en el testamento extendido en el número 280.

§. XV.

De la declaracion de pobre.

218 La declaracion ó testamento de pobre es una disposicion última que hace el que no tiene bienes. Debe tener los mismos requisitos y la misma solemnidad de testigos que el testamento nuncupativo, porque realmente lo es, y solo se diferencia de el del rico en que no contiene legados, fundaciones ni mejoras á causa de hallarse el pobre sin bienes para hacerlas, y en esta atencion pide al Párroco en cuya parroquia fallezca, ó á algun otro sugeto que le mande enterrar de limosna y haga el bien que pueda por su alma.

219 Dudan algunos Escribanos, si en esta declaracion

(*a*) Ley 38 de Toro que es la 12 tit. 4 lib. 5 Rec. (*b*) Ley 39 de Toro que es la 13 tit. 4 lib. 5 R.

podrá el testador hacer mejoras, substituciones, legados, fundaciones y todo lo demas que en un testamento; pero no debe dudarse de que puede hacer todo esto, refiriéndose á bienes que tal vez adquiera en lo sucesivo, y de los quales acaso no podrá disponer entónces por enfermedad ó incapacidad, pues á nadie se le prohibe prevenirse quando se halla bueno. Por tanto no se detenga el Escribano en autorizar la declaracion de pobre con todo quanto quiera el testador disponer legalmente hablando siempre de bienes futuros, que en ninguna pena incurrirá por ello (*a*).

§ XVI.

De las diligencias que se deben practicar para la apertura de los testamentos y codicilos cerrados, y para reducir á instrumentos públicos los hechos de palabras ó en cédula ante testigos.

220 Quien tiene en su poder el testamento cerrado de alguna persona que ha fallecido, debe presentarle á la Justicia ordinaria del pueblo en que ha muerto, dentro de un mes siguiente al dia de su fallecimiento, y no haciéndolo, ó perderá la manda que se le haya dexado, y se empleará en sufragios por el alma del testador, ó en caso de no habérsele hecho pagará al interesado el daño que se le cause, y 2000 maravedis á la Real Cámara sin excepcion de personas: de cuya presentacion no puede eximirse el Clérigo con pretexto de ser lego el Juez, porque es competente para ello (*b*), aunque no para lo demas que ocurra, si se trata de su interes, pues sobre esto puede acudir al suyo (*c*).

221 El que tiene interes en el testamento ú otro en su nombre con poder especial, puede pedir se abra, expresando haber fallecido el testador baxo de él, y jurando no pedirlo de malicia sino tan solo por presumir que es interesado, ó que lo es la parte á quien representa: cuyo pedi-

(*a*) Góm. ley 3 de Toro núm. 16 Matienz. en la 3 t. 4 lib. 5 R. glos. 7. (*b*) Leyes 1 y 2 t. 2 P. 6, y 14 y 15 t. 4 lib. 5 R. (*c*) Véase acerca de este punto la Real cédula inserta en el lib. y cap. 1 de la 2 parte n. 10, en la qual se ordena lo que se debe hacer.

mento debe dar ante el Juez ordinario secular, no ante otro, y estando en el lugar el testamento, hará el Juez que se le lleve inmediatamente para abrirle, y si está en otro, señalará plazo al sugeto que le tenga, para que le presente. (a).

222 Antes de su apertura ha de proveer auto mandando comparecer en su presencia á los testigos instrumentales, los quales baxo de juramento que les recibirá por sí mismo, pues la ley no le permite cometer su exâmen al Escribano ni á otra persona, reconocerán sus firmas y la del testador, ó del que por este ó por algunos de ellos firmó, é igualmente el testamento ó quaderno que se les manifieste, y depondrán de su fallecimiento por haberlo oido decir ó visto cadaver, y no sabiéndolo pondrá el Escribano fe de aquel á continuacion del auto con expresion de haber conocido vivo al testador, y estar al parecer muerto, ó si no le conoció, de que en su casa y vecindad le aseguraron que era el mismo sugeto; pues sin que por uno de estos dos medios se acredite su fallecimiento, no se debe abrir; y constando la certidumbre del otorgamiento, y viendo el Juez que el testamento ó quaderno en nada és sospechoso, ha de abrirle ante los testigos y el Escribano, entregarle á este para que le lea y publique delante de todos, y despues reducirle á escritura pública por otro auto, mandando que se tenga y estime por testamento y última voluntad del difunto: que se den á los interesados en él los traslados y testimonios que pidieren de lo que les corresponda; y que se protocolice en los registros del Escribano ante quien se ha abierto, interponiendo en todo para su mayor firmeza la autoridad de su oficio quanto haya lugar en derecho: porque hasta que se abre, no se debe tener ni estimar por escritura pública, ni lo es en realidad, por no haberse publicado su contenido que ignoran el Escribano y testigos, ó al ménos estos.

223 No pudiendo ser habidos todos los dichos testigos, basta que comparezca la mayor parte, y despues el Juez ha de enviar el testamento á los demas para el mismo efecto, si estan en otro lugar ó enfermos, ó son personas muy

(a) Ley 2 t. 2 P. 6.

condecoradas, y aunque alguno niegue su firma, no ha de dexar por esto de abrirle. Si no pueden comparecer todos ni la mayor parte, y el Juez conoce que de esperarlos y retardar su apertura, resultará perjuicio, debe llamar hombres honrados, abrirle ante ellos, mandarle trasladar y leer, firmar por dichas personas, volver á cerrarle y sellarle, y luego que vengan los testigos instrumentales, manifestársele para que le reconozcan en la forma prevenida: despues de cuyas diligencias si no resultase cosa en contrario, mandará unirlas á las otras, y que de todo se dé traslado á los interesados, ó de lo que corresponda á cada uno. Hasta aquí una ley de Partida (*a*).

224 Pero si han fallecido todos los testigos, como puede suceder, ó se crea así, ó estan ausentes sin saberse su paradero, se debe hacer informacion de ello, de la legalidad del Escribano ante quien se otorgó el testamento, si ha muerto, de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian testificar, y dignas de fe sus deposiciones; en cuya ocasion se comprobarán sus firmas, ó si alguno las conoce, las reconocerá, porque todo conduce para la mayor estabilidad del testamento: despues de lo qual el Juez le mandará abrir en la forma expresada, y si quisiere, rubricará sus hojas sin embargo de que no es preciso previniéndose así en la diligencia de apertura. Si el Escribano ante quien se otorgó, vive, está en el lugar y no se abre ante él, ha de reconocer tambien su signo y firma, bien que no es rigorosamente necesario por no mandarlo las leyes. La apertura del codicilo requiere la misma solemnidad.

225 No puede hacerse pacto, concierto, ni transaccion ántes de la publicacion del testamento cerrado sobre la herencia ó legados que contiene, y si se hace, es nula, porque puede haber dolo y ser engañado el interesado en ellos (*b*): en cuya atencion aunque uno firme con juramento que el testador le legó cierta cosa, demande al heredero sobre su entrega, y en virtud del juramento se le dé, si despues de abierto resulta haber faltado á la verdad, debe restituirla (*c*).

(*a*) La 3 t. 2 P. 6. (*b*) Ley 1 t. 2 P. 6. (*c*) Ley 25 t. 11 P. 3.

226 El Juez debe mandar que se dé traslado íntegro del testamento á los herederos del testador; y á los demas interesados en él, de solo lo que les pertenece, sin mencionar el dia, mes, ni año en que se hizo, para que no pueda cometerse falsedad, segun lo previenen dos leyes de Partida (a); y lo que actualmente se practica es dar testimonio al interesado con insercion á la letra de la cláusula que le compete, cabeza y pie del testamento, nada mas, lo qual no puede motivar perjuicio, falsedad, ni fraude.

227 Prohibiendo el testador por motivos que le asistan y no necesita manifestar, que su testamento ó parte de él se abra hasta el tiempo que prefine, ó que se publique y dé traslado de cláusula determinada que señala, ha de observarlo así el Juez, y si entiende que puede resultar perjuicio de dar copia de alguna cosa que contenga, debe mandar que no se dé, aunque el testador no lo haya prohibido (b); por lo qual es buena precaucion que el Juez sin separarse de la presencia de los testigos y Escribano le lea para sí tácitamente ántes de entregarle á este para su publicacion, por si contiene algo que no deba publicarse, como lo hacen los Jueces doctos y expertos que saben desempeñar su ministerio.

228 Si el testamento está dispuesto en cédula ó esquela simple ante el competente número de testigos, la presentará el heredero al Juez con pedimento, expresando si el testador la escribió ó quién, lo que pasó en aquel acto, que por no haber Escribano en el pueblo, (ó por el motivo que haya habido) formalizó su disposicion en aquellos términos, y que falleció baxó de ella: á cuya conseqüencia pretenderá que precediendo informacion de todo y reconocimiento de las firmas de los testigos presenciales, se declare por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto lo que contine la cédula: que se den á los interesados las copias y testimonios correspondientes: que se protocolice todo en los registros del Escribano ante quien se presente; y que á ello y á sus traslados interponga el Juez la autoridad de su oficio en forma legal. En vista de este pedimento y cédula la habrá por presentada, mandará re-

(a) Las 103 t. 18 P. 3, y 5 t. 2 P. 6. (b) Leyes 5 y final t. 2. P. 6.

cibir la formacion y que evacuada se lleve para proveer; y estándolo, dará otra providencia en que lo declarará todo por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto, defiriendo á todo lo demas (*a*). Si el testador dispuso el testamento de palabra ante el mismo número de testigos, se practicarán las propias diligencias, á excepcion de que no hay cédula que presentar, y de que en el pedimento se ha de pretender, *que las disposiciones de los testigos se declaren por testamento del difunto*, lo qual hecho valdrán como tal, aunque despues se mueran los testigos. Todo esto es conforme á una ley de Partida (*b*) que no está darogada, y lo que se practica. Lo mismo se observará con el que pase ante Notario, como diré al fin del n. 274.

§. XVII.

Prevenciones útiles al Escribano para el mayor acierto en las materias de este capítulo.

229 Aunque ha de observarse como la ley la voluntad del testador, y por ser libre parece que puede testar y disponer á su arbitrio; no obstante, como á veces cree justas y permitidas cosas que no lo son, debe prevenírsele que si aquella fuese contra derecho ó las buenas costumbres, no se cumplirá pues nadie tiene facultades para inmutar ni alterar la forma ó solemnidad que prescriben las leyes y costumbres (*c*), aunque las renuncie expresamente y mande que se cumpla solamente lo que dexa ordenado, porque todo hombre excepto el Soberano esta sujeto á la ley. En esta atencion para que por impericia de los Escribanos no se fomenten discordias ni pleytos, pondré varios casos en que no puede cumplirse le voluntad de un testador.

230 Está reprobada por derecho la siguiente disposicion. ,,Prohibo á los Arzobispos, Obispos y sus Vicarios que zelen sobre el cumplimiento de las cargas y administracion de bienes de la capellanía colativa ó memoria de misas que

(*a*) Con las diligencias extendidas en el §. final nn. 269 y sig. se instruirá mejor de esto el Escribano. (*b*) La 4 t. 2 P. 6. (*c*) Ley 32 t. 9 P. 6.

dexo fundada, y mando que si se entremetieren en su conocimiento, se conviertan en otros fines los bienes afectos á ella, para cuyo caso la revoco y anulo en todas sus partes.„ Esta cláusula es injusta: en primer lugar, porque los Prelados Eclesiásticos son por sus dignidades y empleos cumplidores de últimas voluntades pias (*a*), y ningun testador puede quitarles el conocimiento que el derecho canónico les permite tomar, y que por el propio hecho de la fundacion les confiere el mismo testador; bien que el Juez secular puede asimismo hacer que se cumpla lo ordenado por el testador, aunque sea piadoso, no siendo espiritual, por ser de mixto fuero (*b*). En segundo lugar es injusta dicha cláusula, porque con ella se abriria la puerta á fraudes y usurpaciones, á que los administradores de bienes destinados á obras pias consumiesen su producto, mayormente estando asegurados de que no habian de dar cuenta de su administracion y empleo, y á que los interesados en ellos careciesen del alivio que tal vez estimulado de superior impulso quiso darles el testador. No obsta la revocacion de la cláusula inserta, porque como se funda primero la capellanía é inmediatamente la hace colativa el Juez Eclesiástico, ó por mejor decir, la aprueba y confirma lo que el testador dispuso, con cuyo acto quedan sujetas sus fincas á su jurisdiccion: como ademas el Capellan electo toma luego posesion de ella, y despues se visita; quando llega el caso de entremeterse á zelar sobre su cumplimiento y administracion de sus bienes, nada es del testador ni de sus herederos, y así no se observará su voluntad.

231 Tampoco debe cumplirse la de los ascendientes en quanto „prohiben que á los tutores de las personas y bienes de sus hijos se pida cuenta de su administracion y distribucion de su producto;„ pues por el dolo que pueden cometer, tendrian aun en este caso que darla, como debe hacerlo el despensero ó mayordomo, aunque esto ha de entenderse de la administracion futura y nó de la pasada (*c*), porque de esta puede relevar al administrador, con

(*a*) Concil. Trident. Ses. 22 cap. 9. de Reform. Salg. de Reg. protect. part. 2 cap. 11. Gutierr. repet. leg. Nemo potest. nn. 449, 450 y 451.
(*b*) Acerca de esto véase á Carpio de Executorib. testam. cap. 21 lib. 1.
(*c*) Leyes 29 y 30 t. 11 P. 5, y regla 17 t. 34 P. 7.

tal que no haya engaño, pues si le hay, no valdrá la relevacion (*a*).

232 Si dexando el testador á alguno por heredero usufructuario y á otro por heredero propietario de sus bienes, manda que éste no pueda compeler á aquel á inventariarlos, ni á dar fianzas de restituírselos y de usar de ellos como es dibido, se tendrá por de ningun momento tal voluntad, y podrá sin embargo el propietario apremiar al usufructuario á la formacion del inventario con asistencia suya, y á que dé fianzas saneadas de no disipar los bienes y devolvérselos con los títulos de su pertenencia, si los tiene; pues de no darlas, si los consume, ó dexa en tan mal estado que el propietario no halla que heredar, no tendrá contra quien repetir; fuera de que se da ocasion de delinquir al usufructuario, por lo que no bastará su caucion juratoria (*b*). Pero si el testador „le confiere amplia facultad para vender los bienes raices y muebles preciosos que necesite sin pedir licencia al propietario ni á la justicia, para cuyo caso le instituye heredero de los que venda con necesidad, encargándosele sobre esto la conciencia, y mandando que el propietario no pueda compelerle á dar cuenta de su consumo, ó deterioro, ni fianzas: que se contente con los que dexe en el estado en que se hallen, y que sino se contentare, se estime al usufructuario por su heredero universal; „ me parece que entónces no podrá apremiarle el propietario á darlas y que debe contentarse con los que se encuentren al tiempo de su muerte, pues el testador como dueño de sus bienes puede hacer de ellos lo que quisiere, no siendo contra ley.

233 Está reprobada por derecho la voluntad del testador en quanto manda, „que aunque su muger se case segunda vez, no pierda ni se le quite la tutela y administracion de los bienes de sus hijos (*c*);„ pues suele amar tanto al nuevo marido que puede olvidar enteramente el cuidado de ellos, y aun maquinar su daño (*d*). Lo mismo ha de decirse en órden á la abuela, y así no obstante el mandato del testador se quitará á las dos la tutela, y aun

(*a*) Ley 30 t. 11 P. 5. (*b*) Castill. de Usufructo cap. 15 y 16.
(*c*) Ley 5 t. 16 P. 6. (*d*) Ley 4 t. 16 P. 6.

se sacarán los hijos y nietos de su pôder, siendo de notar que sus bienes y los del nuevo marido estan obligados tácitamente á la responsabilidad del deterioro que hayan padecido los de sus hijos durante la tutela; y que si éstos quedan huérfanos de padre en la edad pupilar sin tutor, y su madre no pide al Juez que se le nombre, pierde el derecho de heredarlos en caso que mueran intestados; lo qual procede tambien en los parientes que deben heredarlos abintestato (a).

234 El extrangero no domiciliado en el pais en que se halla, debe testar en esta forma: si la ley, estatuto, ó costumbre de aquel habla simple é indistintamente, se amplía y extiende á todos los que habitan en él, aunque no sean naturales ó vecinos, por cuya razon han de observar la solemnidad establecida allí; pero si habla con cierto número de personas, solo deberán ceñirse á ella las que menciona, porque en lo respectivo á la solemnidad del juicio, siempre y únicamente se atiende al lugar en donde se celebra el acto, así como en lo concerniente á la substancia y decision de la causa se mira al lugar y fuero del actor, pues la ley no puede legitimar la persona del que no es súbdito suyo (b). Si está domiciliado, y tiene bienes en el pueblo de su domicilio y en su patria, ha de disponer de aquellos conforme á las leyes de aquel y de éstos segun las de esta, y no de todos de un modo, porque la ley, ó estatuto no puede extender sus efectos fuera de los límites á que se extiende la potestad del legislador, ni por consiguiente comprehende á los bienes sitos fuera de ellos, ni á persona que no es en aquella parte súbdito suyo, y esta misma doctrina ha de seguirse en quanto á testar ó no el hijo de familia natural ó extrangero; haya de morir dentro ó fuera de su patria, con bienes en su pais y en otro extraño (c). Lo propio deberá observar el testador por idéntica razon, aunque no sea extrangero, si posee bienes en provincia que se gobierna por algun fuero especial ó municipal como en Navarra, Vizcaya, Aragon y Cataluña;

(a) Leyes 5 y 12 t. 16 P. 6. Greg. Lóp. dich. ley 12 glos. 3 y 4 Gutier. de Tutel. part. 1 cap. 5 y 19. (b) Góm. ley 3 de Toro n. 20.
(c) Aceb. ley 4 t. 4 lib. 5. R. n. 15. Gom. en la 5 de Toro n. fin.

pues con arreglo á éste y á las leyes del pueblo en que testa, se han de partir los bienes que en cada parte tenga. Y si el extrangero está naturalizado, el rescripto de naturalizacion servirá de regla para lo que se debe practicar, porque el Príncipe como legislador puede dispensarle de que teste de ámbos modos de los bienes sitos en sus dominios.

135 Si el testador nombra heredero en su testamento ó en poder para testar en esta forma: „quiero que sea mi heredero el sugeto, ó persona cuyo nombre tengo escrito de mi puño en un papel ó memoria que está en tal gaveta ó en poder de fulano, ó el que Pedro tiene instituido en su testamento;„ y concurre á su otorgamiento el competente número de testigos que oygan esta expresion, no se detenga el Escribano en autorizarlos; pues siendo arreglados, verificándose el nombramiento en el papel, y no dudándose de la fe de la memoria ó cédula privada, serán válidos; pero no, si hablare de futuro, v. gr. „quiero que sea mi heredero, el que escribiere de mi puño, ó el que fulano instituyese.„ La razon es, porque en este caso no se nombra persona cierta ó indubitada como en el otro (*a*).

136 Puede prohibir el testador que su testamento cerrado ó la parte que lo sea de él, se abra y publique hasta el dia que prefine (*b*), y por consiguiente puede ser en parte abierto y en parte cerrado un mismo testamento. El motivo porque los testadores suelen imponer esta prohibicion, es porque si tienen algun hijo pupilo, ó loco, ó fatuo, y lo substituyen ó le dexan algun legado nombrando á otro para su goce, caso que fallezca ántes de la adolescencia ó incapaz de testar, no maquine su muerte el substituto por heredarle (*c*). La cláusula se ordena en el otorgamiento de esta forma: „mando que hasta tal dia de tal mes y año de ningun modo se abran, ni publiquen tales hojas cosidas (ó cerradas, segun esten) dentro de este quaderno: que se cumpla inviolablemente lo que dexo dispuesto en sus cláusulas, y que lo demas del citado testamento se abra y publique con la solemnidad prescripta por derecho, in-

(*a*) Gutier. repet. leg. Nemo. potest. n. 248 y lib. 2 pract. quæst. 41 nn. 4 y 5. Castillo lib. 4 controv. cap. 20 nn. 29 y sig. Matienz. ley 1 t. 4 lib. 5 R. glos. 16 n. 13. (*b*) Leyes 5 y 6 t. 2 P. 6 (*c*) Ley 6. t. 2 P. 6.

continente despues de mi fallecimiento, en cuya atencion encargo al Señor Juez que conóciere de su apertura, no altere, ni permita se tergiverse en todo ni en parte esta disposicion, porque así conviene y es mi deliberada voluntad. „

237 Si el testamento es nuncupativo, se han de coser ó cerrar las hojas que el testador prohibe que se publiquen, y en lo que queda abierto, se ha de expresar las que son y quantas cláusulas contienen, é imponer la prohibicion, todo con claridad, y si el testador puede escribirlas ó firmarlas, ha de declararlo así en ellas, que es lo mas seguro. En el otorgamiento es suficiente la solemnidad de cinco testigos no vecinos, ó tres que lo sean. Si es cerrado, se cerrarán igualmente las hojas, y el otorgamiento será el regular, añadiendo solamente la cláusula extendida en el número anterior.

238 El testamento como cosa y acto puramente extrajudicial puede otorgarse de dia y de noche así como los contratos. Quando el Escribano tome la minuta ó razon de él para extenderle, ha de estar solo con el testador sin permitir que otro alguno, aunque sea su Confesor, se halle presente sin su expreso mandato, para evitar de esta suerte toda sugestion, especialmente si se halla enfermo, y para que pueda explayar su voluntad y descargar libremente su conciencia; pues la experiencia ha acreditado que de lo contrario suelen otorgarse unas disposiciones violentas, injustas, desarregladas y perjudiciales que solo sirven para ocasionar discordias y pleytos. Nadie ha de saber su contenido, si es abierto, hasta el acto del otorgamiento, y entónces únicamente los testigos, á no ser que se agrave la enfermedad en términos que no dé tiempo para tomar la razon y extenderle; pues en este caso podrán asistir aquellos á la toma de razon y la firmarán á fin de que precedidas sus disposiciones se reduzca á escritura pública y declare por última voluntad del testador como el hecho en cédula ante ellos sin Escribano; y aunque para evitar tales gastos puede éste extenderle con arreglo á la minuta, leerle luego ante los mismos testigos, y hacer que le firme uno de ellos en el protocolo, por estar ya otorgado formalmente, quedándose con aquella por lo que puede ocurrir,

y por si se duda de su contenido; lo mas seguro es lo expuesto, para que no se arguya de nulidad por faltar su lectura y publicacion despues de extendido, en los términos prescriptos en el n. 12 de este capítulo y otros. Y es de prevenir al Escribano que sin embargo de que el testamento sea nuncupativo, á nadie mas que al testador miéntras vive, debe manifestarle ni revelar su contenido, no obstante que para ello se pretexte que es instrumento público, pues se llama así, porque se otorga ante persona con autoridad pública y testigos, y no es público para otros mas que para estos, en cuya atencion tampoco debe dar copia ni testimonio de todo, ni parte de él á otro que al testador, y despues de su muerte mas que á los interesados de lo que les competa (*a*) en la forma prevenida en el núm. 226.

239 El Escribano debe preguntar indiferentemente al testador: *á quien dexa por su heredero*, sin nombrarle ni traerle á la memoria sugeto alguno, ni hacerle señas; pues la pregunta ha de ser verbal, clara é indeterminada para que de esta suerse se conozca que la respuesta es hija de su libre voluntad; bien que aunque se le nombre el Escribano ú otro qualquiera no sospechoso preguntándole, *si instituye por heredero á fulano*; si responde que sí á presencia de los testigos, bastará, porque ya manifiesta su voluntad y no la confiere en la de tercero, como dicen los AA. (*b*), y expuse en el número 38; pero lo mejor es que no lo haga para que no se le atribuya á pasion ó interes, de que debe estar enteramente desnudo, no haciendo propios los negocios agenos en ningun caso ni con pretesto alguno, porque su oficio es y debe ser absolutamente imparcial.

240 Si se le llama para hacer el testamento del que está convulso y tiene trabada la lengua, de suerte que aunque hable, es lo mismo que si nada profiriera, porque no se le entiende: ó del que ha perdido enteramente el habla, no autorice semejantes disposiciones, porque es pre-

(*a*) Ley 103 t. 18 P. 3. (*b*) Góm. ley 3 de Toro nn. 110 y sig. Matienz. en la 1 t. 4 lib. 5 R. glos. 16 nn. 4 &c. y 9. Cast. lib. 4 controv. cap. 2, n. 14.

ciso que el testador manifieste su voluntad con palabras perceptibles, y no bastan señas, aunque responda haciéndolas con la cabeza (a); bien que algunos dicen que son suficientes, mas yo no seguiré esta opinion por ser contra derecho. Pero si se le entiende lo que habla, puede testar, aunque esté tardo en la pronunciacion; y tambien quando sabe leer y escribir, y escribe por sí mismo su testamento, segun queda sentando en el n. 19. Todo esto no tiene lugar en los codicilos, los quales pueden hacerse por señas, estando el otorgante en su juicio, como lo afirma Gómez (b) apoyándolo con varios textos civiles, mas sin embargo aconsejo al Escribano que no lo haga, aunque por hacerlo no incurrirá en pena.

241 Se dixo en el n. 19 que el loco puede testar principiando y concluyendo su testamento durante los lucidos intervalos; y para evitar dudas y controversias sobre si lo hace ó no dentro de ellos, dirá el Escribano á algun hijo ó pariente de él que acuda al Juez relacionando la enfermedad del paciente y que algunas veces está en su acuerdo, y pretendiendo que dé facultad al Escribano para que del mejor modo que pueda, explore su voluntad con asistencia de Médico y Cirujano que previamente declaren con juramento, si se halla ó no capaz, y estándolo, ordene su testamento ante ellos y el competente número de testigos, poniéndose todo por testimonio; y obtenida la facultad judicial declararán conforme á la ley el Médico y Cirujano, si está ó no en su juicio, y constando estarlo y pareciendo lo mismo al Escribano, y no de otra suerte, (pues no se ha de fiar de lo que otros dicen, sino de lo que vea y advierta por sí para dar fe) á presencia suya y de los testigos prevenidos por la ley, ó mas, preguntará al testador todo lo concerniente á su última disposicion, especialmente al nombramiento de heredero, y otras cosas aunque sean contrarias á sus mismas respuestas, ó no vengan al caso, para cerciorarse mas bien de la sanidad de su razon y del juicio y firmeza de su voluntad, y practicará todo lo demas que le dicte su prudencia y conduzca á evitar dudas, portán-

(a) Ley 19 vers. Si enim Cod. de Testam. Góm. en la 3 de Toro n. 110. Covar. cap. cum tibi n. 4 de testam. (b) Ley 3 de Toro n. 111.

dose con la mayor madurez, imparcialidad y reflexîon, sin dexarse llevar de pasion ni interes, ó irá extendiendo lo que le responda, habiendo puesto las declaraciones del Médico y Cirujano á continuacion de la providencia judicial, y no pasará á extender una cláusula ántes que satisfaga á la anterior. Si sabe y puede firmar, hará que firme el testamento con todos los concurrentes que supieren, luego le autorizará, y evacuado todo se presentará al Juez, á fin de que lo apruebe para su mayor validacion precediendo el exâmen de todos los circunstantes al acto.

242 Si el testador se halla enfermo, y no habla ni entiende el idioma del Escribano, hará éste que se llame al Secretario de la interpretacion de lenguas, y que á presencia suya y de los testigos instrumentales exâmine su voluntad, á cuyo efecto le irá previniendo lo que ha de preguntarle, extenderá la pregunta y á su continuacion la respuesta que el intérprete diere, expresando como éste dixo que la habia hecho aquella pregunta y el testador dado aquella respuesta; y concluido todo con este órden, lo firmarán el testador, los testigos instrumentales y el intérprete, y luego lo autorizará el Escribano, quien no necesita juramentar al intérprete, porque como Secretario del Rey hace fe lo que certifique, aunque no puede autorizar testamentos, ni contratos, sino es que tenga notaría de reynos, y así es precisa la concurrencia del Escribano. Sino hubiere intérprete, hará que se busquen personas inteligentes y fidedignas, las juramentará, y practicará las diligencias expresadas; y si nadie entendiere al enfermo, muérase sin testar.

243 Pero si sabe y puede escribir, y entiende el idioma del Escribano, mas no le habla, hará que escriba por sí mismo su disposicion, á cuyo fin le prevendrá lo que puede y debe hacer, y lo que le está prohibido, y luego la firmará con los testigos instrumentales, rubricando todos á mayor abundamiento las hojas del protocolo, porque si fallece báxo de esta disposicion, se traducirá para que se sepa y observe lo que dexa ordenado; y si quiere el Escribano corroborarla mas, pedirá algun interesado al Juez que mande á los testigos deponer lo que pasó ante ellos y reconocer sus firmas, y que á su conseqüencia lo declare por testamento; pues aunque estos no pueden testificar de

la voluntad del testador, por no haberla entendido, sirven sus dichos para que no se alegue que despues de aquel acto ó en él se cometió fraude, por lo que conviene sepan escribir.

244 Por dos razones no puede el Escribano autorizar el testamento cerrado en que está instituido heredero: la primera es, porque el heredero y fideicomisario universal tienen prohibicion de ser testigos y de escribirse por herederos en el testamento segun el senado consulto livoniano (1), y el Escribano hace veces en él de dos testigos; y la segunda, porque se requiere su aprobacion y autoridad por forma para su validacion; pero puede autorizar su testamento cerrado ó nuncupativo por sí y ante sí con la solemnidad legal, porque como trata de asunto propio, á nadie daña (a). Tambien puede autorizar el nuncupativo en que se le nombra por heredero, interviniendo la solemnidad de testigos y demas requisitos prescriptos por la ley quando no concurre Escribano, y deponiendo luego los mismos testigos de su contenido, como si ante ellos solos le formalizára en cédula, á cuyo efecto firmarán el protocolo y rubricarán sus hojas para que no se presuma suplantacion ó engaño. Lo mismo sucede con otro qualquier instrumento que sea contra sí, haciendo protocolo, y observando la solemnidad y formalidad prefinidas por derecho; pues en el Escribano concurren dos personalidades,

(1) »Por el senado consulto livoniano se prescribió que ninguno aunque dictándolo el testador, pueda escribirse en testamento ageno alguna cosa, castigando al contraventor como falso, de cuya prohibicion no se escusan ni el hijo en el testamento del padre, ni el marido en el de la muger.... por no haber persona alguna que contra sí tenga iguales sospechas de fraudes, y artificios ... no pudiendo ménos de notarse aquí que aunque en los diferentes cuerpos de que se compone nuestra legislacion española, no hemos hallado ley que transcriba el senado consulto livoniano, la práctica universal de nuestros superiores tribunales y la mas respetable del Consejo le tiene recibido, juzgando por su tenor las causas á que se ciñen, bien sean sobre disposiciones profanas, ó acerca de las pias únicamente dispensadas de lo que son puramente solemnidades, pero no de los defectos que padezca en sí la voluntad, como lo hemos visto executoriar en aquel Supremo Senado.» Señor Elizondo pract. univ. for. tom. 3 n. 3 pag. 80.

(a) Fragoso de Regimine Reipublicæ part. 1 lib. 5 disp. 13 §. 11 nn. 314 y sig. Molin. de Just. & Jure, t. 1 disp. 125 nn. 2, 3 y 5.

una pública y otra privada, y puede usar de ambas en un mismo acto así como separadamente ó en distintos de cada una (*a*).

245 Se duda, si es requisito preciso para la estabilidad del testamento ú otra última disposicion que el Escribano dé fé del conocimiento del testador, ó que depongan de él dos de los testigos instrumentales, como lo es en los contratos con arreglo á una ley recopilada (*b*). Unos AA. dicen que por lo que puede ocurrir en lo sucesivo, y para que se sepa, si el testador es ó no el mismo que expresa ser, debe intervenir uno de dichos requisitos; y otros á cuya opinion me adhiero, opinan que ninguno de ellos es preciso, porque el testamento no es contrato obligatorio, del que pueda seguirse perjuicio á tercero, sino una manifestacion de su última voluntad que el testador puede revocar hasta su muerte. Es verdad que la ley 54 t. 18 P. 3 que trae la forma de ordenar los instrumentos, dice: „E deve ser muy acucioso (*solícito*) el Escribano de trabajarse de conocer los omes á quien face las cartas, quien son, é de que lugar, de manera que non pueda y ser fecho ningund engaño;„ es verdad tambien que la 14 t. 25 lib. 4 R. manda al Escribano que si no conociere á alguna de las partes que quisiere otorgar el contrato ó escritura, no le haga, á ménos que presente dos testigos que digan que las conocen, expresando de donde son vecinos; pero esto debe entenderse en los contratos, y aun en ellos mas diligencia conviene hagan los contrayentes por el perjuicio que les puede causar el ignorar con quien contraen, que el Escribano que no sirve de otra cosa que de autorizarlos y ordenarlos conforme á derecho para su mayor estabilidad, y de un testigo público, á fin de que los contrayentes no puedan retraerse, por lo que en diciendo, *que le otorgáron así, y expresáron tener aquellos nombres y apellidos*, y dando fé de ello, parece que á nada mas estará obligado. Por tanto si quando el Escribano y testigos no conocen á los otorgantes, se dá por contento aquel á cuyo favor se celebra el contrato, del conocimiento del otro, no corre riesgo, ni se anula, aun-

(*a*) Parlad. lib. 2 Rer. quotid. cap. 20 n. 23. (*b*) La 14 t. 25 lib. 4 R. Matienz. en la 2 t. 4 lib. 5 R. glos. 7 n. 6.

que carezca de este requisito, ni de no contenerle se hará cargo al Escribano, porque como no hay engaño, cesa el fin de la ley; y si esto procede en los contratos, con mas razon debe proceder en los testamentos y últimas disposiciones, en que no puede resultar perjuicio á tercero. Ademas seria cosa durísima que por no contener dichos requisitos fuese inútil el testamento, ó no pudiese el testador manifestar su voluntad ni descargar su conciencia.

246 Se corrobora mi opinion con que si alguno de tales requisitos fuera esencial para la validacion de los testamentos y últimas voluntades, lo prevendrian las leyes recopiladas y de partida (*a*) que tratan de su solemnidad; y otras (*b*) que hablan de los peregrinos y romeros, no les permitirian que testasen, ni podrian testar, porque en tierra extraña no son conocidos de nadie. Así pues, soy de sentir y aconsejo al Escribano que aunque no conozca al testador, ni haya quien le conozca, no dexe de autorizar su testamento, porque es menor inconveniente que carezca de esta circunstancia que el que muera intestado. Para poder dar fé de su conocimiento en contrato ó disposicion última no es menester que sea de su lugar, ni que le haya tratado desde niño; pues basta que le haya visto y hablado tres veces, y sepa que comunmente se le llama por el nombre y apellido que dice tener, y que por tal es conocido.

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

TESTAMENTO REGULAR.

247 En el nombre de Dios todo poderoso, Amen. Yo D. Francisco de Solís y Guzman, natural y vecino de esta corte, hijo de legítimo matrimonio de D. Juan de Solís y Guzman, y de Doña María de Toledo, difuntos y naturales que tambien fueron de ella, hallándome por la divina misericordia sano y en mi juicio, creyendo y con-

(*a*) Las 1 y 2 t. 4 lib. 5 R. y 103 t. 18 P. 3. (*b*) Las 30 t. 1 P. 6 y 2 t. 12 lib. 1 R.

fesando, como firmemente creo y confieso, el altísimo é inefable misterio de la Beatísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas que aunque realmente distintas, tienen unos mismos atributos y son un solo Dios verdadero con una misma esencia; y todos los demas misterios y sacramentos que cree y confiesa nuestra Santa Madre la Iglesia Católica Apostólica Romana, en cuya verdadera fé y creencia he vivido, vivo, protesto vivir y morir como fiel Católico Christiano: tomando por mi intercesora y protectora á la siempre Vírgen é Inmaculada Serenísima Reyna de los Angeles Maria Santísima Madre de Dios y Señora nuestra, y por medianeros al Santo Angel de mi Guarda, á los de mi nombre y devocion, y demas de la corte celestial, para que impetren de nuestro Señor y Redentor Jesu-Christo que por los infinitos méritos de su preciosísima vida, pasion y muerte me perdone todas mis culpas y lleve mi alma á gozar de su beatifica presencia; y temiendo la muerte que es tan precisa y natural en toda criatura humana como incierta su hora; para estar prevenido con disposicion testamentaria quando llegue, resolver con maduro acuerdo todo lo concerniente al descargo de mi conciencia, evitar con la claridad las dudas y pleytos que por su defecto pueden suscitarse despues de mi fallecimiento, y no tener á la hora de este algun cuidado temporal que me obste pedir á Dios con todas veras la remision que espero de mis pecados: otorgo mi testamento en la forma siguiente.

Encomiendo mi alma á Dios nuestro Señor que la crió de la nada, y mando el cuerpo á la tierra de que fue formado, el qual quiero se amortaje con el hábito de nuestro Seráfico Padre San Francisco y se sepulte en la iglesia parroquial de que fuere feligres al tiempo de mi muerte.

Es mi voluntad que asistan á mi entierro, si fuere en público, y acompañen mi cuerpo hasta la iglesia el número completo de Sacerdotes de mi parroquia, treinta Religiosos Observantes de esta corte, otros tantos del colegio de Santo Tomas, del órden de Santo Domingo, igual número de San Francisco de Paula, veintiquatro pobres del Real hospicio de San Fernando, y diez y ocho niños de la doctrina; y si fuere en secreto, mando que mis testamen-

tarios distribuyan en misas por mi alma á su eleccion sin perjuicio del derecho de la parroquia el importe de la limosna que por su asistencia se les habia de dar, y que en este caso á nada tengan derecho.

Mando que en el dia de mi entierro siendo hora, y sino, en el inmediato se celebre por mi alma misa cantada de cuerpo presente con Diácono, Subdiácono, vigilia y responso, y que asista á oficiarla el número de Sacerdotes referido, por todo lo qual se pagará la limosna que se acostumbra (a).

Mando igualmente que se celebren doscientas misas rezadas por mi alma, las de mis padres, abuelos y demas personas por quienes debo hacerlo, satisfaciendo de limosna por cada una tres reales, de que sacada la quarta parte perteneciente á la parroquia, las restantes se celebrarán en las iglesias y altares que elijan mis testamentarios, así como las ya expresadas.

Lego por una vez para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalen y Tierra Santa, redencion de cautivos Christianos y demas mandas forzosas veinte reales, y otros tantos en cumplimiento de lo mandado á los Reales hospitales de esta corte.

Para ayudar á la curacion de los pobres enfermos del hospital de San Juan de Dios de esta corte mando se entreguen al Padre Prior de él quinientos y cincuenta reales por una vez, encargandole que solo los distribuya en este destino.

A Don Antonio de Solís mi hermano lego la caxa y espadin de oro de mi uso diario, y á Doña Teresa mi hermana mil ducados en dinero por una vez para tomar estado, ó para lo que quisiere; y les pido me encomienden á Dios.

Al criado mayor que me sirviere al tiempo de mi muerte, lego toda mi ropa de lana y seda que entónces tuviere: á la criada que me asista y hubiese en mi casa, la cama

(a) Como algunos testadores ricos suelen mandar que en su parroquia ó en otra parte se les haga novenario y cabo de año sin mas expresion, se duda, si esto ha de ser con el mismo aparato fúnebre que el entierro; y para evitar dudas y pleytos entre los herederos y parroquias ó conventos, con lo qual se difiere el cumplimiento de la voluntad del testador, le prevendrá el Escribano que lo exprese con toda claridad.

completa en que durmiere con sus tablas, colchones, quatro almohadas, otras tantas sábanas, la manta y colcha que usare en ella, y asimismo cincuenta ducados en dinero por una vez; y si hubiere dos criadas, perciba todo este legado la antigua, y á la moderna se den solo cincuenta ducados; y les pido me encomienden á Dios.

Declaro me hallo casado legítimamente con Doña Gertrúdis Menéses, en cuyo matrimonio hemos tenido por hijos á Don Alexandro, Don Antonio, Don Josef, Doña Manuela y Doña María Josefa de Solís, que aun estan en la edad pupilar; de los quales y de los demas que tuviesemos en adelante, usando de las facultades que me confiere la ley 3 t. 16 P. 6 nombro á la referida mi muger por tutora y curadora ínterin permanezca viuda; y en atencion á su buena conducta, aplicacion, gobierno y amor maternal que les profesa, y á que por consiguiente cuidará con el mayor zelo y vigilancia de la conservacion y aumento de sus bienes, la relevo de fianzas y consigno frutos por alimentos para su crianza y manutencion; y suplico al Señor Juez ante quien se presente testimonio de esta cláusula, apruebe y confirme este nombramiento, y le discierna este encargo con la relevacion y consignacion mencionadas, que así es mi voluntad; pero en caso de volverse á casar mando que aunque dé fianzas, se le quite la tutela, y se saquen de su poder mis hijos y bienes que les toquen, y se entreguen á la persona mas christiana y abonada que pareciere á dicho Señor Juez, quien les ha de señalar para su manutencion y crianza lo que contemple preciso segun su calidad, y no frutos por alimentos, haciendo se desposite el sobrante y se emplee quando haya proporcion, en aumento de sus legítimas, sobre todo lo qual le encargo la conciencia, y me conformo con la ley 5 del mismo título y partida.

Declaro que tengo un esclavo llamado Antonio de los Santos, (*aquí se expresarán su color, edad y demas señales que tenga, y el título de su adquisicion*) al qual por haberme servido bien y convertídose á nuestra santa fé, tengo ofrecido manumitir; (*dar libertad*) y cumpliendo esta oferta mando que desde el dia de mi fallecimiento en adelante sea libre y que como tal pueda tratar, testar, comparecer en juicio por sí ó su Procurador, y hacer todo quanto se per-

mite al que es naturalmente libre; y en conseqüencia de lo que previene el derecho, renuncio enteramente por mí y mis herederos y sucesores el de patronazgo (*consiste en ciertos obsequios, obras y presentes del que fue esclavo á su señor, quien tambien puede heredarle. Leyes 8, 9 y 10 t. 22 P. 4.*) que tengo en él, para que de esta suerte sea mas firme su manumision (*dacion de libertad*) y jamas pueda yo reclamarla. Asimismo mando se le den cien ducados en dinero por una vez y toda su ropa, para que pueda grangear y ganar su vida; y le pido me encomiende á Dios.

Usando de la facultad que me confieren las leyes de estos reynos, mejoro en el tercio que quede de mis bienes despues de deducido el quinto, al expresado Don Alexandro mi hijo, consignándosele en las tierras sitas en tal parte del término de esta villa; y mando que si su valor no alcanza á completarle, se le reintegre en bienes muebles lo que falte, y si excede, sea el sobrante para parte de pago de su legítima paterna.

A la mencionada Doña Gertrúdis mi muger lego el remanente del quinto de mis bienes, el qual le consigno en una casa que poseo en esta corte en tal calle: bien que si volviere á casarse, aunque sea pasado el año de viuda, la ha de restituir incontinente á mis hijos, para que se divida entre ellos con igualdad y no á prorata, á cuyo fin le prohibo enagenarla. Y mando que el quinto se deduzca primero que el tercio, pero que no exceda de la legítima que debe tocar á cada uno de mis cinco hijos, sin embargo de qualesquiera razones que haya para deducirse de todo el conjunto de mis bienes.

Si entre mis papeles ó en poder de mi Confesor ó de otra persona se hallare una memoria con fecha posterior á este testamento y relacion de él, ó sin fecha, firmada de mi puño ó escrita por mí, aunque no esté firmada, que contenga mandas, declaraciones, fundaciones, remisiones, ampliacion ó revocacion de todo ó parte de lo que dexo ordenado, ú otras cosas concernientes á mi última voluntad, mando que se tenga y estime por parte integral de él: que como tal se protocolice sin necesidad de mandato judicial en los registros del presente Escribano: que su contenido se observe exâcta é inviolablemente sin ter-

giversacion, como si aquí estuviese especificado; y que á los verdaderos interesados se den las copias y testimonios que pidan de lo que les corresponda, pues así es mi voluntad; pero no estando escrita ó firmada por mí, no haga fe judicial ni extrajudicialmente.

Para cumplir todo lo tocante á obras pias que contiene este testamento y contuviere la memoria en caso de dexarla, nombro por mis testamentarios á D. Fulano y D. Fulano, y á cada uno insolidum, confiriéndoles amplia facultad para que luego que yo fallezca, se apoderen de mis bienes, vendan de los mas efectivos los precisos en almoneda pública ó fuera de ella, y con su producto lo cumplan y paguen todo, cuyo encargo les dure el año legal, y aun mas tiempo si le necesitáren.

Despues de cumplido y satisfecho todo lo expresado, en el remanente de todos mis bienes y derechos presentes y futuros instituyo por mis únicos y universales herederos á los referidos D. Alexandro, Don Antonio, Don Joseph, Doña Manuela y Doña María Josefa de Solís y Meneses mis cinco hijos y de la dicha Doña Gertrúdis Meneses mi muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que tuviere al tiempo de mi muerte y deban heredarme, para que los hayan y lleven por su órden y grado segun su representacion, y lo dispuesto por leyes de estos Reynos con la bendicion de Dios y la mia.

Y por la presente revoco y anulo todas las disposiciones testamentarias que ántes de ahora he formalizado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga, ni haga fé judicial ni extrajudicialmente, excepto este testamento y memoria citada que mando se tenga por tal, se cumpla en todas sus partes como mi última voluntad, ó en la forma que mas haya lugar en derecho. Así lo otorgo y firmo ante el presente Escribano de S. M. en esta villa de Madrid á tantos de tal mes y año, siendo testigos Pedro, Juan, Francisco, Diego y Anselmo de tal, vecinos de ella, y dando fé yo el Escribano de que conozco al otorgante. (La ley 103 tit. 18 Partid. 3 trata de la extension del testamento.)

DIFERENTES CLAUSULAS DE TESTAMENTO.

Declaracion de la dote que la muger llevó al matrimonio, y de lo que su marido le ofreció en arras.

248 Declaro que quando Doña Fulana mi muger se casó conmigo, traxo á mi poder por dote y caudal propio en bienes muebles tasados tanta cantidad y tanta en dinero que toda ascendió á tanto; como tambien declaro que le ofrecí tanto en arras otorgando á su favor el correspondiente resguardo: en cuya atencion mando que se le haga pago de su dote enteramente, y que en quanto á las arras se tenga presente el capital que me tocare, y si cupiere en la décima parte de mis bienes, se le entregue sin descuento lo que le ofrecí, y no cabiendo, se le satisfaga la parte que quepa.

Declaracion del capital que llevó el marido.

249 Declaro que quando contraxe matrimonio con Fulana, llevé tantos mil reales, de que otorgó á mi favor el capital correspondiente en tantos de tal mes y año ante Fulano Escribano Real; y así mando se tenga presente para la deduccion de los gananciales ó menoscabos que pueda haber.

Otra de los hijos que el testador tiene y de lo que dió á uno de ellos en cuenta de su legítima.

250 Declaro que del matrimonio que contraxe con Fulana, tengo por hijos á Francisco, Pedro y Juan, de los quales Francisco se ha casado y ha recibido de mi mano tantos mil reales en cuenta de su legítima paterna, por lo qual mando que los traiga á colacion y partícion con sus hermanos, y los reciba en parte de pago de ella, y si excediere, téngase la demasía por mejora.

Legado del quinto por alimentos á un hijo natural.

251 Declaro que tengo un hijo llamado Pedro habido

en Fulana, estando ámbos solteros y sin impedimento canónico para casarnos no solo al tiempo de su concepcion sino tambien al de su nacimiento, y mediante hallarme con descendientes legítimos tenidos en Fulana mi muger difunta, usando de la facultad que me conceden las leyes 10 y 28 de Toro, le lego el remanente del quinto de todos mis bienes y derechos que es lo que en este caso puedo darle por razon de alimentos; y si al tiempo de mi fallecimiento no tuviere ningun descendiente legítimo, sea mi único heredero.

Institucion de heredero á un hijo natural.

252 Por quanto me hallo sin descendientes legítimos y con un hijo natural reconocido llamado Francisco que tuve en Fulana, sin embargo de que tengo ascendientes legítimos, usando de la facultad que me da la ley 10 de Toro, le instituyo por único heredero de todos mis bienes y derechos.

Mejora del tercio y quinto hecha á una hija que llevó dote quando se casó.

253 Declaro que del matrimonio que contraxe con Fulana tenemos por hijos á Francisco y Juana; que ésta se halla casada con Fulano, y quando se casó, le dí en dote tanta cantidad; y mediante á no poder ser mejoradas las hijas en contrato por razon de dote ni casamiento mando que traygan á colacion y particion con su hermano la dote que le entregue; pero en atencion á no estar prohibido que lo sean en disposicion última, la mejoro en el tercio y remante del quinto de mis bienes, que le consigno en tales tierras para que los herede á mas de su legítima, y mando asimismo que en la deduccion del quinto se observe la ley del estilo, segun se practica comunmente, y que el tercio se saque del residuo de la herencia.

Mejora que hace el padre á un hijo, á quien prometió mejorar en contrato oneroso.

254 Declaro que quando mi hijo Fulano contraxo ma-

trimonio con Fulana, prometí mejorarle en el tercio y quinto de mis bienes, obligándome á ello en la escritura de capitulaciones que precedieron; y cumpliendo la obligacion que contraxe y lo que en este caso manda la ley 22 de Toro, le mejoro en dicho tercio y quinto para que le haya á mas de su legítima que debe percibir, y el tercio se sacará de los bienes que queden baxado el quinto.

Legado de cosa empeñada en poder del testador.

255 Declaro que Pedro de tal me pidió prestados mil reales sobre una salvilla de plata y un aderezo de plata con tantos diamantes y tantas esmeraldas que me entregó en empeño, y de que nos dimos el respectivo resguardo. Mando al expresado Pedro las alhajas referidas, y reservo á mis herederos la accion que les da la ley 16 tit. 9 de la Partid. 6 para que usen de ella, como les convenga.

Revocacion por precaucion con cláusulas derogatorias del testamento que otorga una muger.

256 Y por la presente revoco y anulo todas las disposiciones testamentarias que ántes de ahora haya formalizado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga, ni haga fe judicial ni extrajudicialmente. Mas porque si tomo estado de matrimonio, ó aunque no le tome, puede suceder que el miedo, el respeto reverencial, las eficaces persuasiones, ó amenazas de mi marido ó de otras personas me seduzcan y violenten á variar de disposicion, especialmente si estoy enferma, y tal vez compelida manifestaré exteriormente que condesciendo estando privada del uso de mi libertad natural para testar á mi satisfaccion, como ahora lo hago: á fin de que esta disposicion no se frustre ni en todo ni en parte, declaro que la ordeno con mi libre voluntad, me obligo á no revocarla en manera alguna, y mando que si falleciendo sin herederos forzosos hiciere otra total ó parcialmente contraria, no se entienda revocada esta sino es que la otra contenga literalmente la oracion del *Gloria Patri*, y se cite en ella este testamento y obligacion que incluye de no revocarle; pues en tal caso

ha de tenerse la segunda y no esta por mi última voluntad en la forma que mas haya lugar en derecho: en cuyo testimonio así lo otorgo y firmo ante el presente Escribano en esta villa de, &c. (a).

Cláusula de exheredacion.

257. Mediante á que mi hijo Pedro olvidado de su deber y faltando al respeto paternal, tuvo la audacia, de poner en mí sus manos tal dia á presencia de tales personas para herirme ó matarme, y profirió contra mi honor palabras infamatorias, porque le reprehendí como padre sus vicios, amonestándole se abstuviese de ellos y procurase vivir como christiano temeroso de Dios; y mediante asimismo á que por este exêcrable exceso es indigno de llamarse hijo mio y de tener parte en mis bienes, desde luego para que no quede impune y sirva á otros de escarmiento, en uso de las facultades que me confieren las leyes del tit. 7 Partid. 6 le exheredero enteramente de la legítima paterna que despues de mis dias le podia tocar, y mando que ni por razon de alimentos, ni por otro título, ni motivo perciba mi aun parte de ella, como tambien que no sea tenido por hijo mio, protestando no nombrarle en este testamento por mi heredero ni legatario, del mismo modo que sino hubiese nacido, sin que por esta exheredacion pueda anularse en tiempo alguno.

Otorgamiento de testamento cerrado y diligencias de su apertura.

258. En la villa de tal á tantos de tal mes y año ante mi el Escribano y testigos Francisco Lopez vecino de ella y natural de, &c. (*se expresará su filiacion y naturaleza como en el testamento nuncupativo*), á quien doy fe, conozco, hallándose enfermo y en todo su juicio, creyendo, &c. (*se pondrá la protesta de la fe y deprecacion como en dicho*

(a) En el núm. 184. extendí la cláusula para revocar el testamento de que habla esta, por lo qual omito aquí su extension, como tambien la de las cláusulas de substituciones por hallarse en sus respectivos lugares.

testamento), dixo, que tiene escrito su testamento en este quaderno cerrado que me entrega para este acto: que en él dexa señalados entierro, hábito y misas, y nombrados herederos y albaceas, que quiere subsista de esta suerte el resto de su vida, y que despues de muerto se abra y publique con la solemnidad legal; y en fin que revoca y anula por él todas las demas disposiciones testamentarias que ántes de ahora ha formalizado por escrito, de palabra ó en otra manera, para que ninguna valga, ni haga fe judicial ni extrajudicialmente: mandando que sólo este testamento se tenga por su última voluntad, y se observe en la forma que mas haya lugar en derecho. Así lo otorgó y firmó, y rogó á los testigos presenciales que lo fuéron Pedro, Juan, Diego, Alonso, Martin, Tomas y Estevan de tal, vecinos de esta villa que firmasen tambien, y por los que expresáron no saber, que lo hiciese el referido Tomas=Francisco López= Fuí testigo Pedro de tal=Fuí testigo Tomas de tal=Fuí testigo Antonio de tal=Fuí testigo Joseph de tal=Fuí testigo Domingo de tal=Testigo á ruego de Juan de tal: Tomas de tal=Testigo á ruego de Diego de tal: Tomas de tal=Ante mí Fulano de tal=Yo Fulano de tal Escribano del Rey nuestro Señor y del número de esta villa de tal presencié al anterior otorgamiento, y en fe de ello lo signo y firmo=En testimonio de verdad: Fulano de tal.

Pedimento para la apertura del testamento cerrado.

259 Pedro Fernandez vecino de esta villa ante Vm. como mas haya lugar, digo: que Francisco López vecino tambien de ella estando enfermo otorgó el testamento cerrado que en debida forma presento, ante Fulano Escribano de este número en el dia tantos de tal mes y año, y baxo de él falleció hoy á las siete de su mañana poco mas ó ménos; y mediante á tener entendido que me nombró por su testamentario, (*ó lo que sea*) para que se cumpla lo que dispuso en él=A Vm. suplico, se sirva haberle por presentado, mandar se abra y publique con la solemnidad legal, se reduzca á escritura pública, y que practicado todo se den á los interesados los traslados y testimonios que pidan y les competan, interponiendo en ello para su mayor validacion la

autoridad judicial quanto haya lugar en derecho; pues así procede de justicia que pido jurando no pedirlo de malicia, y para ello, &c.

Auto.

260 Por presentado el testamento que se refiere: hágase la justificacion que se pretende con los testigos instrumentales, á cuyo fin comparezcan en este juzgado, y evacuado en la parte que baste, traygase todo para proveer. El Señor Don Fulano Corregidor de esta villa de tal lo mandó en ella á tantos de tal mes y año, &c.

INFORMACION.

Primer testigo.

261 En tal villa á tantos de tal mes y año Pedro Fernández vecino de ella cumpliendo con lo que se le ha mandado en el auto anterior, presentó por testigo á Fulano del mismo vecindario, de quien ante mi el Señor Don Fulano, Corregidor de esta villa recibió juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, y baxo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuese preguntado, y siéndolo por el referido Señor Corregidor al tenor del pedimento anterior, y habiéndole manifestado el testamento y quaderno presentado, dixo es cierto que Francisco López vecino que fue de esta villa estando enfermo y al parecer en todo su juicio, otorgó en tal dia su testamento cerrado ante Fulano Escribano de este número, cuyo acto presenció el declarante como testigo llamado y rogado con los demas que constan en él; y que á vista de todos expresó con palabras claras que lo que dentro de dicho quaderno cerrado estaba escrito era su testamento y última voluntad, que habia señalado en él habito, entierro y misas, y nombrado heredero y albaceas: que no queria se abriera hasta que falleciese, y que entónces precediera para ello la solemnidad prescripta por derecho; y asimismo que por él revocaba todas las demas disposiciones testamentarias que ántes hubiese formalizado, segun consta del otorgamiento: todo lo qual expresó ante el

declarante y demas testigos instrumentales que á un propio tiempo lo oyéron de su boca, porque estaban juntos en la pieza en que se hallaba enfermo, le viéron y concurriéron simultáneamente á dicho acto; y el declarante firmó como testigo con el testador y otros que supiéron hacerlo, cuya firma, que dice: *Fulano de tal*, es suya propia, la que acostumbra hacer, y por tal la reconoce, como tambien el quaderno, que está del mismo modo que quando firmó; y por los que dixéron no saber, firmó Fulano, todos encima de la cubierta del mencionado quaderno. Igualmente dixo que el otorgante falleció en este dia de la enfermedad que padecia, por haberle visto cadáver: (*le oidolo decir*) que no le consta haya otorgado posteriormente otro testamento de palabra ni por escrito; y que lo expresado es todo lo que sabe y puede declarar con verdad baxo de dicho juramento en que se afirma, ratifica, y lo firma con el Señor Corregidor, expresando tener tantos años de edad, de que doy fe = Don Fulano = Fulano = Ante mí Fulano.

262 Las deposiciones de los demas testigos que al ménos han de ser quatro, irán conformes con la anterior mudando lo que convenga y sea preciso en quanto á las firmas; pues si el testador ó algunos de los testigos que se examinaren no firmáron, dirá quien firmó por ellos. Si el Juez da comision al Escribano para que reciba las declaraciones, se pondrá en el auto y omitirá en ellas su concurrencia; bien que debe concurrir á todo, como expuse en el num. 222. Y si se quiere omitir algo del contenido del otorgamiento, puede hacerse remitiéndose á lo que consta de él, para que las declaraciones se despachen con mas brevedad; y luego corresponde el auto siguiente.

Auto.

263 En vista de lo que resulta de la informacion anterior y mediante á estar sin la mas leve sospecha de rotura ni otra alguna el testamento presentado, ábrase y publíquese en forma por el presente Escribano, y hecho se proveerá sobre lo demas que se ha solicitado. El Señor Don Fulano Corregidor de esta villa de tal lo mandó, &c.

Diligencia de apertura.

264 Incontinente el expresado Señor Corregidor quitó á presencia mia y de los testigos exâminados el sello, (*lacre, oblea ó lo que sea*) con que estaba cerrado el citado quaderno, y habiéndole abierto y leido para sí, me le entregó para que le publique. Tiene tantas hojas útiles escritas en papel comun, (*ó sellado segun sea*) y al pie una firma que dice: *Francisco López*, (sino está firmado, se dirá *y está sin firmar*) y su contenido á la letra es el siguiente, de que doy fe= Fulano de tal.

265 Aquí se ha de insertar el testamento, quando se saque copia de él; y es de advertir que primero se copian el pedimento, informacion, autos anteriores y diligencia de apertura por su órden, despues el testamento, luego su otorgamiento, y por último el auto siguiente.

Auto.

266 En tal villa á tantos de tal mes y año el Señor Don Fulano Corregidor de ella habiendo visto estos autos, dixo: que declara por testamento y última voluntad de Francisco López todo lo que está escrito en las tantas hojas que contiene y rubriqué: á cuya conseqüencia le reduce á escritura pública, y manda que se protocolice en los registros del presente Escribano y traslade conforme á la ley, y que de él y de estos autos se den á los interesados las copias y testimonios que pidieren y les pertenezcan; pues para la mayor validacion de todo interpone su autoridad en forma legal, y lo firma, de que doy fe.= Don Fulano.= Ante mí.= Fulano.

267 Si está escrito en papel sellado, se omitirá en el auto el mandato de que se traslade conforme á la ley, porque no es necesario. Algunos ponen la diligencia de apertura y auto último unidos: cada uno ajústese á lo que mejor le parezca, pues surte el propio efecto y nada se varía en la substancia.

Diligencias para declarar por testamento nuncupativo el otorgado de palabra ante testigos.

PEDIMENTO.

268 Francisco Pérez, vecino de esta villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo: que Antonio López de la misma vecindad hallándose en tal dia muy agravado de la enfermedad que padecia, pero en su juicio natural; y considerando que segun la fatal situacion en que se veia, podia morir abintestato: por evitar que esto sucediese: mediante á no haber Escribano en esta villa, (*ó por el motivo que haya*) dió órden á un criado suyo para que llamase cinco testigos, todos vecinos de ella, que fuéron Pedro, Sancho, Diego, Martin y Juan de tal; y á su presencia, precedida la protestacion de la fe, les dixo: que por si Dios era servido llamarle á juicio, queria se enterrase su cádaver en su Iglesia parroquial: que por su alma se celebrase el dia de su entierro siendo hora, y sino en el siguiente, misa cantada de cuerpo presente con Diácono, Subdiácono, vigilia y responso, y tantas misas rezadas, su limosna á tanto: (*aquí se expresará lo demas que hubiere dispuesto*), que nombraba por sus testamentarios á Lórenzo y Joseph de tal, á cada uno insolidum, para que cumpliesen su voluntad dentro ó fuera del término legal: que me instituia por único y universal heredero de sus bienes: que revocaba y anulaba todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hechas; y que pedia á los testigos referidos lo fuesen de como queria se estimase y cumpliese todo lo expuesto por su testamento nuncupativo y última voluntad, ó en la forma que mas hubiese lugar en derecho, y que así lo declarasen en juicio, si sobre ello eran preguntados; y mediante á haber fallecido hoy baxo de esta disposicion: para que tenga efecto= A V. suplico se sirva mandar que al tenor de este pedimento se exâmine conforme á la ley todos los testigos nombrados, y constando la certeza de su contenido declarar sus disposiciones por testamento nuncupativo y última voluntad del expresado Antonio López, y asimismo proveer que se protocolicen en los registros del

presente Escribano, y den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fuesen de dar, interponiendo en todo para su mayor validacion la autoridad judicial quanto ha lugar en derecho, pues así procede de justicia que pido, juro lo necesario, y para ello, &c.

Auto.

269 Recíbase á esta parte la informacion que ofrece por ante el presente Escribano, á quien para ello se da comision en forma, y evacuada traygase para proveer lo que corresponda sobre lo que se pretende. El Señor D. Fulano, Corregidor de esta villa de tal lo mandó y firmó á tantos, &c.

INFORMACION.

Testigo primero.

270 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano, Francisco Pérez vecino de ella presentó por testigo para la informacion que tiene ofrecida y se le ha mandado dar, á Pedro de tal vecino tambien de ella, de quien en virtud de la comision que en el auto anterior se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho, y baxo de él prometió decir verdad, y lo que supiese sobre lo que fuera preguntado, y siéndolo por mí al tenor del pedimento que la motiva, dixo: que en tal dia á tal hora poco mas ó ménos fué á casa de Antonio López difunto por haberle enviado recado con un criado suyo, y á presencia suya y de Sancho, Diego, Martin y Juan de tal todos vecinos igualmente de esta villa, expresó que conocia iba á morir segun lo agravado y decaido que estaba, y no queria fallecer intestado, sino ántes bien disponer sus cosas del mejor modo que pudiese; y que los habia llamado para que fuesen testigos de su testamento y última voluntad; y con efecto dixo asimismo: que creia y confesaba todos los misterios y sacramentos de nuestra Santa Madre la Iglesia Católica Apostólica Romana, en cuya fe y creencia habia vivido, vivia, y protestaba vivir y morir como Católico y fiel Christiano: que queria se enter-

rase su cadáver en su parroquia á tal hora con tal fúnebre aparato y acompañamiento, y se le amortajase con tal hábito: que en el dia de su entierro se celebrasen por su alma misa cantada de cuerpo presente con Diácono y Subdiácono, vigilia y responso, y tantas misas rezadas su limosna á tanto, (*aquí continuará lo demas que hubiese declarado y mandado*) que nombraba por sus testamentarios á Lorenzo y Joseph de tal dando á cada uno in solidum ámplia facultad para cumplir todo lo que dexaba ordenado, y prorogándoles el término que necesitasen: que instituia por único heredero de todos sus bienes á dicho Francisco Pérez; y que revocaba todas las demas disposiciones testamentarias que ántes hubiese formalizado por escrito, de palabra, ó de otra manera, para que ninguna valiese, ni hiciese fe judicial ni extrajudicialmente, excepto la que á presencia del declarante y demas testigos nominados manifestó verbalmente y dexa referida, la qual quiso se observase como su testamento y última voluntad, ó en la mejor forma que hubiese lugar en derecho: todo lo qual expresó clara y distintamente á los mencionados testigos á un propio tiempo, estando al parecer en su sana razon aunque enfermo, previniéndoles lo tuviesen presente y declarasen, si eran exâminados judicialmente; y por otra parte sabe el declarante que el referido testador falleció baxo de esta disposicion, porque oyó decir que no habia otorgado posteriormente otra: que es lo que pasó en aquel acto: puede declarar con verdad baxo del juramento que ha hecho, y en que se ratifica: lo firma y dixo ser de tantos años de edad poco mas ó ménos, y que no era pariente de la parte que le habia presentado. Doy fe Fulano= Ante mí= Fulano.

271 Las declaraciones de los demas testigos han de ser conformes á esta en todo ménos en quanto á las firmas y edad que variarán, segun sea y sepa el testigo, y luego corresponde el siguiente

Auto.

272 En tal villa á tantos de tal mes y año el Señor Don Fulano Corregidor de ella habiendo visto estos autos dixo: que mediante á resultar por las declaraciones contestes de los cinco testigos instrumentales exâminados la dis-

posicion baxo de que ha fallecido Antonio López vecino que fué de esta villa, declaraba todo quanto está expresado en ellas por su testamento nuncupativo y última voluntad: á cuya conseqüencia manda que como tal se observe y cumpla entera é inviolablemente: que estos autos se protocolicen en los registros de escrituras públicas del presente Escribano, á que reduce dichas disposiciones: que por tal se estimen, y que de todo se den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fuesen de dar, de manera que hagan fe; pues para su mayor validacion interpone la autoridad de su oficio quanto ha lugar en derecho, y lo firma, de que doy fe= Don Fulano= Ante mí Fulano.

273 Si el testamento se hubiese otorgado en cédula ante testigos, se practicará lo que he prevenido en el núm. 228, y mediante á que con esto y con las diligencias extendidas puede el Escribano instruirse perfectamente de todo, omito su formacion por evitar una prolixidad nada necesaria. Pero es de advertir que los testigos de estos dos testamentos han de decir, si son, ó no parientes del heredero, y si lo son, en qué grado, porque dentro del quarto civil les está prohibido serlo, como se ha sentado en el n. 16 al fin, y por esta razon puede viciarse el testamento: lo qual no podrán asegurar en el otorgamiento y apertura del cerrado, puesto que ignoran quien es el heredero, por cuyo motivo no le expresé como en el de palabra. Asimismo es de advertir que el Notario meramente eclesiástico no puede como tal autorizar testamentos ni escritura pública entre legos, y si los autoriza, son nulos (*a*); pero se dará valor á los testamentos hechos ante él practicando las diligencias que con los aquí expresados (*b*).

Codicilo abierto.

274 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien doy fe, conozco, dixo: que en tal dia de tal mes y año otorgó su testamento ante Fulano Escribano Real, en el

(*a*) Ley 19 tit 25 lib. 4 R. (*b*) Acerca de esto véase á Flores de Mena Var. Quæst. q. 1 nn. 13, &c. y 18.

qual ha deliberado quitar y enmendar algunas cosas, y añadir otras, y poniéndolo en execucion, por via de codicilo ó en la forma que mas haya lugar en derecho, manda y declara lo siguiente.

Manda que á mas de las tantas misas que dexa por su alma, se celebren por su intencion tantas en tales altares de tal iglesia, y que se dé por limosna de cada una tanta cantidad.

Manda que el legado de tanta cantidad que hizo á Pedro, no se le entregue, y para que no tenga accion á pedirle, le revoca enteramente.

Quiere que el residuo del quinto de sus bienes se dé á Fulana su hija, á cuyo fin se le lega, para que le haya á mas de su legítima.

Declara que despues de haber otorgado dicho testamento contrajo matrimonio Fulano su hijo, y que le dió en cuenta de su legítima tanta cantidad, la qual manda que trayga á colacion y particion, y le mejora en el tercio de todos sus bienes, cuya deduccion se ha de hacer despues de sacado el quinto. (*Así proseguirá con lo demas que quiera y pueda disponer, y luego continuará en los términos siguientes.*)

Todo lo qual quiere que valga en la forma que mas haya lugar en derecho, y manda se cumpla inviolablemente, revocando y anulando dicho testamento en todo lo que fuere contrario á este codicilo, y ratificándole en lo que sea conforme con él y en todo lo demas, para que se estime por su última voluntad, y con ningun motivo se contravenga á ella. Así lo otorga y firma siendo testigos, &c. (*Han de ser los mismos en número, sexô y edad que se requieren en el testamento nuncupativo*).

275 Si el testador no tuviere hecho testamento, no se mencionará en el codicilo, y se omitirá en el pie de este la cláusula de rebocacion y aprobacion que contiene; y téngale ó no otorgado, podrá el Escribano poner en el codicilo abierto la protestacion de la fe, naturaleza y filiacion del testador como tambien en el cerrado, y asimismo la cláusula codicilar en ámbos.

Otorgamiento de codicilo cerrado.

276 En tal parte á tantos de tal mes y año Francisco

López vecino de ella, á quien, yo el Escribano doy fe, conozco, estando enfermo, (*ó sano*) y en su sana razon dixo: que en tal dia, mes y año otorgó su testamento ante Fulano Escribano, y por haber reflexionado con madurez lo que en él tiene dispuesto, ha revocado, quitado y enmendado algunas cosas, y añadido otras por el codicilo cerrado que expresa estar dentro de este quaderno que me entrega y por tal otorga: en cuya atencion manda que despues que fallezca y no ántes, se abra y publique con la solemnidad prescripta por derecho, y que su contenido se cumpla sin tergiversacion como su última voluntad, ó en la forma que mas haya lugar en derecho, pues en lo que fuere contrario el citado testamento, le revoca y anula, ratificándole en todo lo demas; y asimismo revoca todos los codicilos que ántes de ahora haya formalizado, para que ninguno valga judicial ni extrajudicialmente. Así lo otorga y firma siendo testigos, &c.

277 En el otorgamiento del codicilo cerrado han de intervenir cinco testigos vecinos pudiendo ser habidos, como se ha expuesto en el núm. 291, y firmar encima del quaderno como en el testamento escrito sin embargo de que la ley no lo prevenga ni mande; pues por ser instrumento de la propia naturaleza que este, hay igual razon para ello, y así se requiere en su apertura la misma solemnidad sin diferencia. En quanto á la protestacion, revocacion, &c. véase el n. 276.

Poder para testar.

278 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fe, conozco, &c. (*aquí se pondrá la naturaleza y filiacion del testador, protestacion de la fe é imploracion del divino auxîlio como en el testamento nuncupativo, luego proseguirá*) dixo: que por quanto sus graves ocupaciones y otros motivos no le permiten disponer con la claridad, madurez y reflexion que desea y se requiere lo concerniente á su última voluntad, y tiene suma satisfaccion y confianza en que Juan Rodriguez vecino tambien de esta villa su íntimo amigo lo desempeñará con el acierto y eficacia corres-

pondientes, por habérselo comunicado y estar bien cerciorado de ellos, estando como lo está por la infinita misericordia de Dios, bueno y en sana razon, temeroso de la muerte, deuda tan forzosa de todos los hombres como incierta la hora de satisfacerla, para que quando llegue, no le halle desprevenido sin disposicion testamentaria, en la forma que mas haya lugar en derecho.= Otorga y confiere al citado Juan Rodriguez tan ámplio poder como es necesario, para que en su nombre y representando su persona formalice y ordene dentro ó fuera del término legal su testamento y última voluntad, (*ó declaracion de pobre sino tiene de que testar*) haciendo en él los legados pios, forzosos y graciosos que le pareciere, y las fundaciones de vínculos del tercio y quinto, ó qualquiera de ellos por via de mejora en qualquiera de sus hijos varones con las sumisiones, substituciones y gravámen de restitucion y fideicomiso en el tercio que prescribe la ley 27 de Toro y con arreglo á lo prevenido en la Real cédula de 14 de mayo de 1789: señalando el importe de la mejora en los bienes raices que dexare, substituyendo á sus hijos pupilos sus propios hermanos ó qualquiera de ellos, nombrando por su tutor á Pedro, Diego ó Antonio de tal, y haciendo asimismo las declaraciones, remisiones de deudas, descargos de su conciencia y demas cosas que el otorgante le tiene comunicado y comunicará en lo sucesivo, pues aprueba todo lo que practicare con arreglo á dichas facultades, y quiere tenga la misma validacion que si aquí se hubiese expresado á la letra: y para ello, otorgar su testamento ú otra disposicion, y evacuar enteramente todo lo que disponga y declare en virtud de este poder, le prorroga el término que el derecho prefine hasta el que necesite sin limitacion; y solo reserva en sí el disponer lo siguiente: *Aquí se pondrá su entierro, misas y otras cosas, si quisiere, y elegirá mas testamentarios; y si lo dexa todo á eleccion del comisario, omitirá la cláusula de reservacion; pero la siguiente es precisa, como se ha sentado en el n.* 208, *por estar prohibido al comisario instituir heredero y consignar la mejora, y al testador cometerle su consignacion.* (Y en el remanente de todos sus bienes y derechos instituye por sus universales herederos á Francisco, Diego, Juan, Maria, Michâela y

Antonia López sus seis hijos legítimos y de Ignacia Fernandez su muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que tuviese al tiempo de su muerte, y deban heredarle por su órden y grado, para que los hayan con arreglo á lo que mandan las leyes de estos reynos: previniendo que el quinto no ha de exceder de la legítima que toque á cada uno, y que si sus tres hijos varones ó alguno de ellos hubieren muerto al tiempo de otorgar el testamento, no ha de haber mejora alguna en sus nietos ni en otro descendiente de estos.

Y por la presente revoca y anula todas las demas disposiciones testamentarias que ántes de ahora ha otorgado por escrito, de palabra ó de otra manera, para que ninguna valga, ni haga fe judicial ni extrajudicialmente, excepto este poder y testamento, ú otra disposicion que en su virtud se ordene, que quiere se tengan por su última voluntad, y que se cumplan en la forma que mas haya lugar en derecho. Así lo otorga y firma siendo testigos Fulano, Fulano, Fulano, Fulano, Fulano vecinos de esta villa.

Testamento en virtud de poder.

79 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro Fernandez vecino de ella en nombre de Francisco López difunto y en virtud del poder para testar que le confirió en ella á tantos de tal mes y año ante Fulano Escribano Real, cuya copia original me entrega para documentar este testamento é incorporarla en sus traslados, y cuyo contenido á la letra es el siguiente. (*En seguida y en §. separado á la copia del poder*).

Concuerda el poder inserto con el que está en el protocolo de este testamento, el que doy fe, y asegurando el otorgante, como lo asegura, que no se le ha revocado, suspendido, limitado, y que le tiene aceptado, en uso de sus facultades, dixo: que el mencionado Francisco López falleció tal dia baxo del poder inserto, y en cumplimiento de lo que dexó ordenado en él y le comunicó, se hizo en el siguiente su entierro en público, al qual asistieron el número completo de sacerdotes de su parroquia en la que fué sepultado su cadáver, veinte religiosos de San Francisco, y otros tantos de tal religion, tantos pobres del

Real hospicio de San Fernando, y tantos niños de la doctrina: se celebró por su alma misa cantada de cuerpo presente con Diácono, Subdiácono, vigilia y responso, y se pagáron por todo los correspondientes derechos.

Quiso y encargó el otorgante que se dixesen por su alma é intencion tantas misas rezadas, su limosna á tres reales, y el otorgante cumpliendo con su encargo declara haber mandado celebrar tantas, y quiere que las restantes se digan en la parroquia, á la qual tocan como quarta parte de todas.

Quiso igualmente que para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalen, redencion de christianos cautivos y demas mandas forzosas se diesen tantos reales por una vez y otros tantos á los Reales hospitales de esta corte; y el otorgante en observancia de su voluntad manda que se les entreguen.

En el poder inserto mandó que si se encontraba una memoria firmada de su puño, ó escrita por él, aunque no estuviese firmada, que contuviera cosas concernientes á su última voluntad, se tuviese por parte de este testamento, se protocolizase con él y se observase enteramente su contenido; y el otorgante declara que sin embargo de haber registrádo y reconocido exâctamente sus papeles no la ha hallado, ni tiene noticia de que la haya dexado.

Dió facultad al otorgante en el referido poder para mejorar á qualquiera de sus hijos en el tercio y remanente del quinto de sus bienes, y en uso de ella y en virtud de lo que le comunicó, mejora en ellos á Josepha López su hija de edad de seis años, para que le sirva su importe de ayuda á su crianza, y quando llegue el caso, para tomar estado, con la condicion de que el quinto se ha de deducir primero que el tercio conforme á la ley 214 del Estilo, de que ha de agregarse su residuo, si lo hubiere, al resto de la herencia, y de que de este se ha de sacar el tercio y no en otros términos.

Asimismo se la dió para elegir tutores de sus hijos menores con relevacion de fianzas ó como le pareciese; y usando de ella nombra por tutora, y curadora de la mencionada Josepha López á María Rubio su madre, relevada de aquellas, para que la eduque y cuide de la conservacion de sus bienes; y para el caso de que se vuelva á casar, ó

muera ántes que la expresada su hija llegue á la pubertad, nombra por su tutor á Juan Fernandez su tio vecino de esta villa, y por su previo fallecimiento á Roque Rodriguez persona íntegra y abonada, y de la propia vecindad, con la calidad de que estos han de afianzar á satisfaccion de la Justicia. (*De esta suerte irá extendiendo el Escribano las demas cláusulas hasta la conclusion del testamento, arreglándose el comisario al poder y á lo que el derecho permite al testador en lo que le haya comunicado; y si no se hiciere algo de lo contenido en el poder, expresará el motivo.*)

Declaracion de pobre.

280 En el nombre de Dios todo poderoso. Amen. En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Juan Pérez vecino de ella (*se pondrá la naturaleza, filiacion, protestacion de la fé é invocacion del patrocinio de los Santos como en el testamento, y luego proseguirá en esta forma*:) Declara que por la calamidad de los tiempos se halla muy pobre, y en esta atencion suplica al Señor Cura propio de tal parroquia, de donde actualmente es parroquiano, ó al de donde lo sea al tiempo de su muerte, le mande enterrar de limosna, y haga por su alma todo el bien que pueda, como lo espera de su christiana piedad. (*Aquí podrá el testador hacer mandas, mejoras y todo lo demas que en el testamento, disponiendo y hablando de los bienes que pueda adquirir, por si llega á tenerlos: despues pondrá la cláusula de heredero en la forma siguiente, y á su continuacion la regular de revocacion de otras disposiciones testamentarias anteriores.*)

Y por si en algun tiempo adquiriese y le tocaren algunos bienes muebles ó raices, derechos y acciones por qualquier título, instituye por sus universales herederos á Pedro y Josef Pérez sus hijos legítimos y de María Hernandez su muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que deban heredarle, para que los perciban por su órden y grado segundo lo prescripto por derecho Real.

281 Los protocolos de los testamentos y codicilos abiertos, y demas disposiciones testamentarias se han de exten-

der en papel del sello quarto mayor, y los de los cerrados pueden escribirse en el comun, con tal que despues de abiertos saque el Escribano ante quien se publiquen, copia íntegra en papel de dicho sello, y la ponga autorizada en el protocolo, (lo qual no es necesario, si lo estan en él) y las copias de todos deben sacarse en papel del sello tercero; pero si contienen fundacion de vínculo, mayorazgo, memoria perpétua, capellanía aniversario, ó mejora de tercio ó quinto, ó de ámbos, se han de dar en el del sello primero: previniendo que no se deben llamar mejora el tercio ni quinto, quando el testador los dexa al que no instituye heredero suyo por no tocarle serlo, aunque sea su descendiente, sino solo quando los dexa á uno de los herederos legítimos ó extraños; pues el primero no es mas que un mero legatario. Así pues, quando son mejora, corresponde á las copias el sello primero, y quando legado, el tercero, y en el intermedio papel comun, lo qual tendrá presente el Escribano, porque muchos ignorantes no distinguen y lo confunden todo. Las copias de los poderes para testar requieren papel del sello segundo, porque las de todos, excepto de el que es para pleytos, deben darse en él. Las declaraciones de pobres que mueren en los hospitales, y los testamentos que se hacen en favor de causas pias, pueden escribirse en papel comun, y sus copias deben darse en el del sello tercero, á ménos que la parte interesada sea pobre de solemnidad, que entónces se sacarán en el de pobres; pero si dichas declaraciones se otorgan en esta corte, (donde regularmente las hacen muchos, porque la parroquia no lleve á sus herederos crecidos derechos) deben escribirse sus protocolos en papel del sello quarto, y las copias segun sea el otorgante, ó heredero: todo lo qual es conforme á la ley 45 tit. 25 lib 4 de la Recopilacion, y á la instruccion inserta en la Real cédula de 23 de julio de 1794 que tratan del que corresponde á los instrumentos, juicios, despachos y otras cosas.

APÉNDICE.

En Real cédula de 25 de septiembre de 1798 se impuso una contribucion sobre los legados y herencias de los parientes transversales. Despues en otra Real cédula de 22 de diciembre de 1799 se prescribió el método que habia de observarse en el cobro de dicha contribucion haciéndose varias declaraciones. Y últimamente en otra Real cédula de 24 de noviembre de 1800 se ha insertado un reglamento sobre el mismo asunto que se manda observar, y es lo que únicamente ha de regir. De este reglamento se insertarán tan solo los capítulos que deben saber los Párrocos, y las personas obligadas al pago del expresado impuesto; pues no carecerán de aquel los sugetos encargados de la exâccion de este.

Reglamento para la cobranza de la contribucion temporal en las sucesiones y herencias transversales.

Cap. 1º Si la sucesion al último poseedor en los bienes vinculados, y la herencia por testamento ó abintestato en los bienes es entre ascendientes ó descendientes por linea recta, queda enteramente libre del pago de este derecho, aun quando por testamento se haya dispuesto del respectivo tercio y quinto conforme á la ley.

2º Tambien queda exênta de la contribucion la herencia ó legado que el testador dexa á favor de su alma con el encargo ú objeto de que su importe líquido se distribuya en misas, limosnas y otras obras de caridad y sufragios.

3º De todas las demas sucesiones de bienes libres se cobrará un dos por ciento de su total valor líquido que se pagará por el heredero, reintegrándose este de la quota respectiva á los legados al tiempo de entregarlos.

4º Quando el importe de las herencias y de cada legado sea de once mil reales vellon ó mas, y recaiga en persona que no sea pariente del testador, se pagará del mismo modo un quatro por ciento en lugar del dos.

5º En las sucesiones transversales de mayorazgo, vin-

culo, patronato de legos, fideicomiso, ó qualquiera otra de su clase se exîgirá la mitad de la renta líquida de un año.

6º Si la muger sucediese ó heredase al marido, ó el marido á la muger, ó fuesen legatarios entre sí, cumplirán con pagar una quarta parte de la renta de un año en las vinculaciones, y el uno por ciento en las herencias y legados.

13 Los Párrocos darán inmediatamente á los Recaudadores de este derecho, quando se lo pidan, aviso de todos los que se entierren en su respectiva parroquia, con expresion de su nombre y vecindad, quedando á cargo de los Recaudadores averiguar lo demas que necesiten para llenar sus deberes y reclamar el derecho en su caso.

14 En los pueblos de las capitales de provincia publicarán los Intendentes por edictos los Recaudadores nombrados en ellos, á fin de que los vecinos se hallen enterados del que fuere en cada uno, á quien presentarán dentro de los primeros nueve dias siguientes al fallecimiento del que cause el derecho, razon en que manifiesten la forma con que quieran disponer la testamentaría, para que conste al Recaudador, y lo anote en su registro, previniendo al pie de aquella el plazo en que deba presentarse la resultancia de la testamentaría y el pago del derecho, que deberá ser dentro de los dos meses siguientes.

15 Sin embargo de la notoriedad de los edictos los Párrocos en el recibo de los derechos parroquiales de los que fallecieren sin sucesion forzosa, pondrán nota anunciando á los herederos ó albaceas la obligacion de acudir al Recaudador dentro del novenario al fin expresado.

16 Si el difunto tenia su fixa residencia en otro pueblo, los Recaudadores pasarán aviso á sus Justicias para que practiquen las diligencias conducentes, y se afiance en su caso el adeudo del derecho, á no radicarse la testamentaría donde falleció el causante.

17 El documento para deducir la contribucion en las testamentarías que la adeuden, y acreditar su importe, será un testimonio del Escribano ante quien se formalicen las judiciales, ó se aprueben las extrajudiciales, en que poniéndose como cargo la suma total de los bienes, y como data la de sus débitos con los gastos de funeral, se saque el resto, y exprese la cantidad líquida de la herencia y

la de los legados, concluyendo con lo que cada uno deba satisfacer segun las quotas señaladas, poniendo el visto-bueno el Recaudador y dando este al contribuyente su recibo de pago.

18 Quando no se formen testamentarías de uno ú otro modo, y prefieran los contribuyentes presentar relacion firmada de ellos, deberá comprehender con distincion de clases sus bienes y cargas, haciendo de todos una estimacion prudencial de su valor respectivo, y poniendo en la misma relacion el visto-bueno el Recaudador, servirá de documento equivalente al referido testimonio; y si hallare este causas justas que le obliguen á dilatar su visto bueno, procederá en este caso con toda la urbanidad y precaucion que corresponde á verificar ó asegurarse extrajudicialmente de lo cierto, dando cuenta al Intendente de sus resultas, si los interesados no se conformaren con sus propuestas, para que en su vista tome la providencia oportuna; y en el caso de mandarse á los contribuyentes que juren dichas relaciones, se estará y pasará por ellas sin mas procedimiento judicial ni extrajudicial.

19 En la sucesion de mayorazgo, vínculo, patronato de legos, fideicomiso y qualquiera otro semejante servirá de documento para el pago de la contribucion igual relacion jurada, ó en su defecto testimonio del producto líquido de los bienes en un año comun de los cinco últimos de cuentas corrientes, poniendo en uno ú otro el visto-bueno el Recaudador, cuyo pago se exîgirá dentro del año siguiente á la vacante: y en quanto á las deducciones del valor íntegro de estas rentas serán de admision las cargas legítimas con que se hallen gravadas, y el diez por ciento de administracion.

21 Para regular el capital de los censos, foros, feudos y demas derechos perpétuos ó redimibles, y que no conste por documento su valor, se considerará por la práctica y reglas con que se gobiernen los Jueces de cada provincia para la adjudicacion entre varios coherederos, ó en las escrituras de venta de propiedades cuyas fincas tengan semejantes cargas.

22 Si los sucesores transversales de vínculos, patronatos, fideicomisos y otros semejantes falleciesen dentro del

año primero de la posesion sin haber pagado esta contribucion, quedarán sus bienes obligados á satisfacer su importe á prorata del tiempo que disfrutáron las rentas hasta el dia del fallecimiento.

23 Si los vínculos, mayorazgos y patronatos de legos se hallasen en litigio, deberá pagar el derecho el administrador ó depositario, recibiéndolo de menos á su tiempo la persona á quien por la sentencia corresponda, comprehendiéndose en esta regla los pleytos pendientes.

25 Si algun Escribano intentase por falta de noticias de las partes, ó de la instruccion necesaria obligar á estas á que formalicen inventario, como preciso para el pago de este derecho, contra la libertad concedida á los interesados de poder suplirlos por medio de relaciones juradas, devolverán duplos los derechos, y pagarán doscientos ducados de multa con la aplicacion ordinaria.

26 No se podrá dar posesion, sopena de nulidad, á los herederos y sucesores de las herencias y mayorazgos, vínculos y patronatos, sin que paguen el derecho, ú otorguen obligacion de hacerlo dentro del término señalado á satisfaccion del Recaudador.

27 En las herencias de bienes libres en que haya usufructuarios, se pagará el derecho deduciendo su importe del capital, y no se adeudará otro por la muerte del usufructuario.

28 Si por el interes del comercio ó por otra justa y grave causa no conviniere á los herederos formar inventarios judiciales ó extrajudiciales, ni presentar con publicidad las relaciones juradas de los bienes hereditarios, podrán acudir á los Intendentes, á fin de que tomando estos los oportunos informes reservados, y exigiendo con igual sigilo las manifestaciones que estimen conducentes á verificar la verdadera quantía de la herencia, transijan el derecho por una cantidad alzada, y pasen oficio al Comisionado principal en la misma capital para que perciba la cantidad que señalen.

34 Desde la publicacion de este reglamento regirá solo lo prevenido en él; y los adeudos anteriores cuyo cobro estuviese pendiente, se gobernarán por las reglas de su tiempo.

CAPÍTULO II.

De las herencias abintestato.

§. UNICO.

1 Si el padre, madre, abuelos, ó alguno de los demas ascendientes legítimos muere intestado, heredarán sus bienes el hijo, ó nieto suyo legítimo, ó los que lo sean en mucho ó poco número sin distincion de agnados, ni cognados, que es de parientes por parte de varon y parientes por parte de hembra, esten en su poder ó fuera de él (*a*). Si los hijos son muchos, heredarán todos por personas que es con igualdad, y lo propio sucederá, si concurren muchos nietos hijos de un hijo muerto, y no hay mas hermanos de este, pues habiéndolos, heredarán por personas y los nietos por estirpe: quiero decir, que cada uno de los hermanos llevará tanta legítima como todos los hijos de su hermano difunto, porque este á quien representan, no llevaria mas, si viviera. Y si dexa un nieto solo hijo de un hijo muerto, y dos ó mas de otro, le heredará aquel por persona representando á su padre, y estos por estirpe en representacion del suyo (*b*).

2 Si el hijo legítimo muere abintestato sin dexar descendientes, corresponde á sus padres como mas inmediatos consanguíneos heredar todos sus bienes con exclusion absoluta de sus abuelos (*c*), porque entre ascendientes no se sucede por representacion como entre descendientes sino por la proximidad de parentesco; y aunque el muerto dexe hermanos, no han de concurrir con sus padres ni demas ascendientes á la division de la herencia, segun lo manda una ley de Toro recopilada (*d*) que corrige en esta parte otra de Partida (*e*).

3 Si alguno fallece sin dexar descendientes ni padres, pero sí abuelos, sean por línea paterna ó materna, heredarán estos con igualdad sus bienes, y si hubiere un abuelo

(*a*) Leyes 3 t. 13 P. 6 y 6 de Toro que es la 1 t. 8 lib. 5 R. (*b*) Leyes 3 t. 13 P. 6 y 5 t. 8 lib. 5 R. (*c*) Leyes 4 t. 13 P. 6 y 6 de Toro. (*d*) La 7 de Toro que es la 4 t. 8 lib. 5 R. (*e*) La 4 t. 13 P. 6.

por una línea y dos por la otra, percibirá aquel tanta parte de herencia como los otros dos juntos, de suerte que llevará la mitad de los bienes de su nieto, y los otros dos la otra mitad, quedando excluidos enteramente los hermanos y sobrinos del muerto (*a*), porque los parientes de la línea transversal no concurren con los de la línea recta. Y si dexa un abuelo por una línea y un visabuelo por la misma ó por la otra, llevará toda la herencia el abuelo como su mas propincuo pariente, y el visabuelo no tomará nada, así como quando concurren padres y abuelos, no heredan estos cosa alguna.

4 Si dexa solamente hermanos por qualquiera de las dos líneas paterna ó materna y un sobrino hijo de otro hermano muerto, le heredarán todos por personas: los hermanos por su propio derecho como mas inmediatos consanguíneos, y el sobrino por el de representacion de su padre que se estima como vivo; pero si los sobrinos son dos ó mas, heredarán por estirpe, es decir, partirán igualmente entre sí la porcion que su padre ó madre si viviera, heredaria (*b*). Lo mismo se deberá practicar por testamento, quando sobreviven al testador los hermanos que instituyó, y ántes de partir sus bienes fallece uno de ellos dexando hijos; y quando el que entra en religion no tiene herederos forzosos, hace renuncia á favor de sus hermanos sin otra prevencion ni limitacion, y despues que profesa, muere uno de estos con hijos; pues en uno y otro caso como los hermanos adquirieron derecho, se dividirá su parte entre sus hijos y se observarán las reglas del abintestato sin la mas leve diferencia.

5 Pero sucederá todo lo contrario por testamento, quando el testador nombra por herederos, v. gr. á tres hermanos que entónces tiene, si al tiempo que fallece, no vive mas que uno de ellos; pues este llevará su herencia íntegra, y los hijos de los otros dos que muriéron ántes, no entrarán á partir con él ni por personas ni por estirpe, alegando que sus padres vivian, quando testó y fuéron instituidos juntamente con su tio, y que por su representacion ó subrogándose en su lugar deben heredarle como este: lo

(*a*) Leyes 4 t. 13 P. 6 y 7 de Toro. (*b*) Ley 5 t. 13 P. 6.

primero, porque los sobrinos no fueron instituidos específica ni genéricamente, ni tuvieron derecho á serlo, ni el mas leve á los bienes de su tio contra su voluntad: lo segundo, porque las palabras se deben entender segun su propio y verdadero significado, no impropiamente; y en el nombre apelativo de hermanos se comprehenden los que estan en segundo grado civil, no los ulteriores (*a*), y el derecho no concede representacion por testamento entre los transversales sino abintestato, y esto en el caso y grado referidos, no en otros: lo tercero, porque á proporcion de la mayor proximidad en grado es mayor el afecto del testador á sus parientes: lo quarto, porque si hubiera querido que á falta de sus hermanos le heredasen los hijos de estos, los hubiera llamado y substituido previniendo este caso, en el que siendo simple el llamamiento del hermano por su propio nombre, y el de los sobrinos de un modo colectivo, heredarian por estirpe como en el abintestato; ó los hubiera instituido en disposicion posterior al fallecimiento de sus padres mediante haber tenido tiempo para ordenarla; y lo quinto, porque como del que está vivo, no hay legados, herencia, ni heredero, por la mera institucion no se adquiere derecho á los bienes del que la hace, y de consiguiente el instituido que muere ántes que el testador, no tiene ninguno que poder transmitir.

6 No dexando el difunto ascendientes, decendientes, ni hermanos, y sí sobrinos carnales hijos de dos ó mas hermanos muertos por linea masculina ó femenina, le heredarán por personas repartiendo entre sí los bienes de su tio con igualdad sin distincion de agnacion ni cognacion. Así lo dispone una ley de Partida (*b*) que dice: „ mas si este que muriese sin testamento, non aviendo ascendientes, nin descendientes, oviesse sobrinos de dos hermanos de parte de su padre, ó de su madre, é fuessen los hermanos amos muertos, heredarán los sobrinos los bienes de su tio, é partirlos han entre sí por cabezas egualmente. „ Esta ley y otra de Toro recopilada (*c*) no distinguen, ni dicen, si esto ha

(*a*) Góm. ley 8 de Toro n. 17. (*b*) La 5. t. 13. part. 6. (*c*) La 8 de Toro que es la 5 t. 8 lib. 5 R. Matienz. en esta y Góm. en las 7 y 8 de Toro nn. 11, 12 y 13.

de tener lugar aun siendo muchos los hijos de un hermano y pocos los del otro, por lo qual parece que deben entenderse en el caso de ser iguales en número; y que no siéndolo han de suceder por estirpes representando á sus padres; mas no obstante se observa la disposicion legal, segun suena, y solo se admite el derecho de representacion para que sucedan con algun tio carnal, entrando á heredar, si estan solos, por su propio derecho como parientes mas cercanos que estan en igual grado; en cuya atencion no distinguiendo las leyes ni estando derogadas debemos arreglarnos á ellas, mientras no se establezca otra que disponga lo contrario.

7 Si el difunto dexa hermanos carnales ó enteros y medios hermanos, sean consanguineos ó uterinos, esto es, por parte de padre ó de madre, nada llevarán estos, y aquellos partirán entre sí los bienes del difunto de qualquiera suerte adquiridos. Lo propio sucederá, aunque los hermanos carnales no vivan, si dexan hijos, pues estos los percibirán con absoluta exclusion de sus medios tios (*a*): lo qual no procede en el feudo, enfitéusis eclesiástica concedida solo para los agnados, ni en la sucesion por fideicomiso paterno (*b*).

8 Si dexa solamente medios hermanos, v. gr. uno consanguineo y otro uterino, heredará aquel los bienes que habia adquirido el difunto por parte de su padre, y este los que habia adquirido por parte de su madre, partiendo ámbos igualmente los adquiridos por industria, arte, oficio ó de otra suerte. A falta de los referidos ascendientes, descendientes y transversales le sucederá el pariente mas propinquo por qualquiera línea sin diferencia de agnacion ni cognacion; y si hubiere dos ó mas de un grado, dividirán entre sí con igualdad la herencia (*c*).

9 Segun una ley de Partida (*d*) si hasta el décimo grado no hay parientes del difunto, y este dexa muger legítima ó ella marido, se heredarán recíprocamente, y si son solteros ó viudos, llevará sus bienes el fisco; pero otra ley

(*a*) Ley 5 al fin t. 13 P. 6. (*b*) Surdo cons. 31 n. 33 y decis. 219. Menochio cons. 187. Mantica de Conject. lib. 8 t. 7 n. 3. (*c*) Ley 6 t. 13 P. 6. (*d*) La ley 6 cit.

recopilada (*a*) no hace mencion del marido ni muger viudos sino del fisco, y conforme á otras dos leyes tambien recopiladas (*b*), faltando parientes transversales dentro del quarto grado civil debe suceder el fisco en los bienes del difunto. Esta variedad de disposiciones ocasionaba dudas que en el dia no puede haber, pues en el cap. 7 de la instruccion de 27 de agosto de 1786 á conseqüencia de Real decreto que precedió, se dispone que quando alguno muriese sin hacer testamento y no dexáre parientes conocidos dentro del quarto grado, el alguacil ó alguaciles ordinarios de la subdelegacion, ú otra qualquiera persona á cuya noticia venga, haga denuncia de su muerte ante los Jueces subdelegados para el seqüestro de sus bienes y su aplicacion á los parientes que parezcan, ó á los fines que la instruccion manda (1); por manera que hoy solo heredan los parientes dentro del quarto grado civil á los que mueren instestados, sin que haya porque dudar de ello (2).

(*a*) La 12 t. 8 lib. 5. (*b*) Las 3 t. 6 y 9 y t. 10 lib. 1.

(1) En Real decreto de 27 de noviembre de 1785 que se mandó guardar en cédula de 6 de diciembre del mismo año, fué nombrado el Primer Secretario de Estado, que es Superintendente de correos y caminos, Superintendente asimismo de bienes mostrencos y de los de personas que mueran sin testar ni parientes conocidos dentro del quarto grado, con facultad de nombrar un Subdelegado General y los demas particulares que tuviese por convenientes con los dependientes que le parecieran, para que conociesen privativamente en primera instancia de las causas de dichos bienes, y en segunda instancia el Superintendente General reservándose S. M. nombrar Jueces de revista, quando se suplicase de las sentencias del Superintendente. Este y el Subdelegado en virtud de sus facultades podrán transigir qualesquiera derechos dudosos, enagenar los expresados bienes y conceder títulos de pertenencia á quienes no los tuviesen legítimos para la detentacion de aquellos, dando cuenta de todo á S. M. para la aprobacion. Estos intereses se han de aplicar á la construccion y conservacion de caminos, de obras públicas y de policía, y fomento de la industria sin perjuicio de las regalías y con absoluta inhibicion de todos los tribunales.

(2) En lo que no hay ya duda, es en lo contrario. Es verdad que ni en los capítulos 7 y 9 de la Instruccion citada, ni en ninguna otra Real órden se expresa, si el quarto grado ha de entenderse segun la computacion civil, ó la canónica; pero no obstante el cap. 2 del Real decreto inserto en la Real cédula de 25 de septiembre de 1798 demuestra que debemos atenernos á la segunda, porque despues de haber dicho que *siendo la sucesion por testamento ó abintestato entre hermanos, hermanas, tios, tias, sobrinos y sobrinas contribuirán* $\frac{1}{2}$ *por* 100; añade: *si entre parientes de los demas grados hasta el quarto inclusive 2 por* 100, *si entre*, &c. La expresion *si entre parientes de los demas grados hasta el*

En órden á los bienes de los peregrinos que mueran intestados, se ha de observar lo dicho en el cap. 1 § 1 n. 27, pues se hallan exceptuados y no recaen en el fisco (1).

10 Con motivo de entremeterse los Jueces Eclesiásticos y Seculares á inventariar, sacar y distribuir el quinto de los bienes de los que morian abintestato, ya fuese por no haber hecho testamento ni poder para testar, ya porque el comisario no le hacia dentro del término legal, ya por otros motivos, sin hacer distincion de descendientes legítimos y transversales, siendo así que la ley 36 de Toro que es la 10 tit. 4 lib. 5 Recop. impone solamente á estos la obligacion de distribuirle, y ninguna facultad de las referidas concede á los Jueces, lo qual servia de turbar la buena armonía y tranquilidad pública, y cedía en notable detrimento de los herederos; para exterminar y cortar de raiz estos abusos, haciéndose cargo S. M. de la ley citada, estableció una pragmática á 2 de febrero del año pasado de 1766 que es la ley 16 tit. 4 lib. 5 de la novísima R. y dice así: „Por quanto los Jueces así Eclesiásticos como Seculares con abuso de lo dispuesto por la ley 10 tit. 4 lib. 5 de la Recop. la extienden indebidamente á herederos que en ella se exceptúan, y casos de que no habla con perjuicio de mis vasallos, quiero se observe dicha ley en todo lo por ella ordenado, y en la forma y manera que se halla prevenido, ciñéndose á lo literal y expresso de ella; y mando que los bienes y herencias de los que mueren abintestato, absolutamente se entreguen íntegros sin deduccion alguna á los parientes que

quarto inclusive manifiesta claramente que desde el grado en que se hallan los tios y tias con los sobrinos y sobrinas, hasta el quarto inclusive, median varios grados, al ménos dos, y esto solo puede ser siguiendo la computacion canónica, porque segun la civil los tios y sobrinos están en tercer grado, y segun la canónica lo están en primero con segundo. En esta reflexion se apoyaría por ventura el Superintendente General de abintestatos, quando en 15 de julio de 1802 declaró pertenecer los bienes de un tio que murió intestado, á dos sobrinas suyas que estaban con él en quinto grado, por ser hijas de dos primos hermanos suyos, cuyo caso refiere el Paborde D. Juan Sala en su Ilustracion del derecho Real de España. (*lib. 2 t. 8 n. 18*).

(1) Las Reales órdenes modernas sobre los abintestatos y bienes mostrencos no hacen mencion ninguna de los bienes de los peregrinos que mueren intestados sin parientes conocidos, sino que hablan en general de los que fallecen sin testar ni parientes conocidos dentro del quarto grado, por manera que los bienes de los peregrinos ni son exceptuados ni comprehendidos en dichas órdenes.

deben heredarlos segun el órden de suceder que disponen las leyes del reyno, debiendo los referidos herederos hacer el entierro, exêquias, funerales y demas sufragios que se acostumbran en el pais, con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto, sobre que les encargo sus conciencias; y en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos se les compela á ello por sus propios Jueces, sin que por dicha omision y para el efecto referido se mezcle ninguna Justicia Eclesiástica ni Secular en hacer inventario de los bienes. Todo lo qual se guarde y cumpla, sin embargo de qualesquiera estilos, usos y costumbres contrarias, aunque sean inmemoriales; pues en caso necesario las derogo y anulo como opuestas á razon y derecho, y se recopile esta ley entre las demas del reyno.„ Pero si los herederos estan ausentes, ó son menores y no tienen tutor que pida el inventario, podrán los Jueces respectivos nombrarles defensor ó tutor, y mandar inventariar y depositar con asistencia de estos en persona segura los bienes de los que mueren intestados, mediante no prohibírselo la pragmática, y convenir esta diligencia para evitar su ocultacion y extravío; mas no sacar quinto de ellos sino ántes bien entregarlos sin desfalco á los interesados luego que parezcan; ni tampoco asistir al inventario, por no ser precisa su asistencia, como se dirá en la segunda parte.

11 En los nn. 70 y 71 expliqué cómo y qué pueden heredar los hijos naturales de sus padres y madres por testamento y abintestato: resta saber cómo se heredarán entre sí muriendo intestados; para lo qual basta insertar la ley últ. tit. 13 P. 6. „Fijo natural, que non es nacido de legitimo matrimonio, si muriere sin testamento, non aviendo fijos nin nietos, ni madre, estonce sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre, deven aver todo lo suyo: é si otros hermanos oviere de parte de su padre tan solamente, non heredarán ende (*de esto*) ninguna cosa. E esto es porque los hermanos que le pertenecen de parte de su madre son ciertos, é los de parte del padre son en dubda. Mas si este fijo natural que muriesse sin testamento, oviesse otros hermanos naturales que le perteneciessen de su padre tan solamente, é no oviesse de los otros que fuessen nacidos de su madre como él: estonce estos atales bien he-

redarían lo suyo, porque son los mas cercanos parientes; fueras ende (*fuera de*) si el que assi muriesse, oviese hermano natural, é legítimo de parte de su padre, cá estonce éste ha mayor derecho en la herencia que los otros naturales, que son de parte del padre tan solamente. Otrosi decimos, que los fijos naturales non han derecho de heredar los bienes de los legítimos, nin de los parientes otros que les pertenecen de parte de su padre; mas de los otros parientes que les pertenecen de parte de su madre, que muriessen sin testamento, bien los pueden heredar, seyendo ellos mas propincos parientes.„ Esta ley no está derogada y se explicará en la segunda parte (*a*).

12 Antes de concluir este capítulo será muy oportuno hablar de la quarta marital, puesto que es una especie de herencia abintestato, sino lo es contra el testamento del marido. Quando las mugeres viudas quedan tan pobres que nada tienen con que alimentarse, y sus hijos ricos por la herencia de sus padres, pueden llevar la quarta parte de los bienes paternos que sus hijos deben heredar, con tal que no exceda de cien libras de oro. Así lo dice una ley de Partida (*b*) cuyas son estas palabras: „Paganse los omes á las vegadas (*á veces*) de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, maguer (*aunque*) sean pobres, por ende guisada (*por tanto justa*) cosa, é derecha es, pues que las aman, é las honran en su vida, que non finquen (*queden*) desamparadas á su muerte. E por esta razon tuvieron por bien los Sábios antiguos, que si el marido non dexasse á tal muger en que pudiesse bien, é honestamente bevir, nin ella lo oviesse de lo suyo, que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes dél, maguer haya fijos; pero esta quarta parte non deve montar mas de ciento libras de oro (1), quanto quier que sea grande la herencia del finado (*difunto*). Mas si tal muger como esta oviesse de lo suyo con que pudiese bevir honestamente, non ha demanda ninguna en los bienes del finado en razon desta quarta parte.„

13 Pero sin embargo de que esta ley habla únicamente de las madres pobres, quieren los expositores que tengan

(*a*) Lib. 2 cap. 7 nn. 9, &c. y 14. (*b*) La 7 tit. 13 part. 6.

(1) Sobre el importe de estas véase la 2 part. lib. 2 cap. 3 num. 106.

igual derecho los viudos ó padres necesitados, apoyándose en una disposicion del derecho romano (*a*) que hablando de dicha quarta parte no distingue entre marido y muger, y usa de la voz *conjuge* que comprehende á los dos. Y á la verdad no obstante el silencio de la ley de Partida inserta en órden al marido me adhiero al dictámen de los AA. que conformándose con la citada auténtica la amplian haciendo mutuo é igual en caso idéntico el derecho del viudo con el de la viuda, mayormente atendiendo á que los mas de los hijos se desdeñan de que sus padres sean pobres, y por eso los abandonan sin hacer caso de la obligacion natural que tienen de alimentarlos pudiendo, ni de que por derecho Real se les manda que lo executen (*b*); mas sin embargo no he visto decision judicial en beneficio de los viudos, ántes sí haber perdido años pasados en primera instancia un viudo de Talavera semejante pretension, y confirmádose por la chancillería de Valladolid; pues la ley de Partida que debemos observar, favorece solamente á la muger, y es visto corregir y limitar dicha auténtica.

14 Tambien segun los mismos expositores tiene derecho á la quarta el cónyuge que sobrevive, aunque por su industria y trabajo tenga con que alimentarse, pues la quarta *se le concede por honor y para consuelo del matrimonio perdido* (1); pero no le tendrá, si el cónyuge muerto le dexó algun legado ó el usufructo de sus bienes con que pueda mantenerse. Finalmente segun los expositores la muger pierde el derecho á la quarta, si estando viuda vive deshonestamente, y ámbos cónyuges, si vuelven á casarse, perderán la propiedad que ha de reservarse á sus descendientes (*c*).

(*a*) Auténtica Præterea. Cod. Unde vir. et uxor. (*b*) Proemio, y leyes 1 y 2 al fin tit. 19 P. 4.

(1) Si aunque la ley de partida habla solo de la viuda necesitada, quieren los expositores favorecer con la quarta al viudo pobre por lo que se ha dicho de la auténtica que para nosotros es lo mismo que sino lo hubiese; nada tiene de extraño, llegue á tanto su osadia en interpretar, que digan, se debe la quarta al cónyuge viudo, aun quando pueda mantenerse con su industria y trabajo.

(*c*) Greg. Lop. ley 7. inserta. Tello Fernand. en la 9. de Toro. Castill. en la 6 de Toro versic. Ex hoc. compulsus. Gutier. lib. 2 pract. quæst. 61 num. 4.

CAPÍTULO III.

De aceptaciones y reputaciones de herencias.

§. I.

1 El que es naturalmente libre, capaz, mayor de 25 años, y no está sujeto á otro, puede aceptar ó repudiar llanamente por sí y no por Procurador, (excepto que sea el Rey ó concejo) ni con condicion la herencia que alguno le dexó, ó le pertenece abintestato por proxîmidad de parentesco: y si es menor ó loco, lo ha de hacer en su nombre su curador. Si el menor de 14 años no está baxo la patria potestad, debe aceptarla con licencia del Juez Ordinario, no de otro modo; y si es mayor de ellos y menor de 25, y no tiene padre ni curador, puede aceptarla por sí mismo y aposesionarse de ella (*a*); bien que siéndole gravosa y perjudicial tiene facultad para repudiarla despues por vía de restitucion con licencia del Juez y audiencia de los acreedores del difunto, volviéndole aquel al estado que tenia ántes de su adicion ó aceptacion (*b*). Pero es de tener presente que si el dueño de los bienes murió intestado, debe su heredero ante todas cosas pretender se le declare por tal, y luego ha de aceptarla ó dimitirla, y sin que preceda esta declaracion judicial ó la institucion, no se le ha de admitir en el juicio correspondiente. Tendrálo presente el Escribano para especificarlo así, quando le ocurra hacer poder á este efecto.

2 Un año puede conceder el Rey al heredero por testamento ó abintestato para la admision ó dimision de la herencia, y el Juez Ordinario del lugar del difunto ó de aquel en que está la mayor parte de su hacienda, nueve meses y no mas, ó el que ménos le pareza que necesita, con tal que no baxe de cien dias. Si son muchos los herederos, tiene cada uno igual plazo, y si ántes que se cumpla muere alguno, compete á los suyos lo que reste y no mas. Si el heredero es extraño, y fallece despues de cumplido y ántes de aceptar la herencia, ningun derecho tiene el suyo á ella;

(*a*) Leyes 1, 2, 13 y 15 tit. 6 P. 6. (*b*) Ley 7. tit. 19 P. 6.

pero siendo legítimo puede percibirla quien lo sea de él (a).

3 Para que el heredero sea legítimo ó extraño, no se perjudique caso que el difunto haya dexado contra sí mas deudas que bienes, ni tenga necesidad de pedir el término prefinido, se ha establecido en su utilidad que haga inventario formal de ellos, para que haciéndole con la correspondiente legalidad dentro del término prescripto por derecho y aceptando la herencia con este beneficio, esté obligado solamente á la satisfaccion de sus deudas en quanto alcancen los bienes (b). Mas si la acepta llanamente, ó entra en ella, y no hace inventario en el término legal ni con la competente justificacion, debe pagar en un todo así las deudas como legados que el difunto dexó, para lo qual están obligados tácitamente sus propios bienes (c).

4 Si un heredero extraño hace el inventario maliciosamente ocultando ó hurtando algo, debe restituir el duplo de lo que ocultó ó hurtó (d); pero siendo legítimo es visto por este hecho haber aceptado la herencia y quedado obligado á todo, de suerte que luego no puede desecharla. Lo propio milita, quando sabiendo que está muy cargada de deudas, compra para sí dolosamente en cabeza de tercero los bienes de su ascendiente (e), de todo lo qual se tratará mas latamente en el citado lib. 1 de la segunda parte.

5 Dentro de los nueve dias siguientes al de la muerte del testador y durante la formacion del inventario de sus bienes no pueden sus acreedores prendar de propia autoridad, ni emplazar á sus herederos por las deudas que dexó pena de volver lo que han tomado por fuerza y perder su derecho, á no ser que sospechen que estos disiparán, ocultarán, ó se irán con los bienes que dexó, en cuyo caso deben dar fianzas de no hacerlo á satisfaccion del Juez (f). Tampoco los legatarios pueden pedir sus legados en el término referido, ni el heredero tiene obligacion á satisfacérselos hasta que esten pagadas sus deudas (g).

(a) Leyes 1 y 2 tit. 6 P. 6 Greg. Lóp. en la 2 glos. 8, 9 y 10. (b) Leyes 5 y 7 tit. 6 P. 6. Acerca del inventario vease la segunda parte lib. y cap. 1. (c) Leyes 10 y 11 tit. 6 P. 6. (d) Ley 9 tit. 6 P. 6. (e) Ley 12 Véanse las limitaciones que trae Greg. Lóp. en ella glos. 2 palab. Mandado algo.

6 El heredero puede admitir la herencia paladina ó tácitamente: paladinamente es por pedimento, escritura, ó de palabra; y tácitamente, entrando en los bienes, vendiéndolos, arrendándolos y disponiendo de ellos como dueño propietario, aunque si manifiesta por escrito al Juez ó ante testigos que no lo hace con intencion de ser heredero, sino porque no se menoscaben ni deterioren, no se presumirá que practica actos de tal. Omitiendo esta manifestacion estará obligado á mas de lo que alcance la herencia (*a*); y si es instituido baxo de condicion, no puede aceptarla hasta que esta se verifique (*b*).

7 Tambien puede repudiarla verbalmente ó por escrito ántes de entrar en ella, pero no demandarla ni percibirla despues de renunciada, excepto que sea menor, ni desecharla despues de aceptada; y si hay dos herederos extraños, y uno acepta su parte y otro no, debe aquel aceptarla, ó renunciarla enteramente, y no se le ha de admitir la aceptacion de su parte sola (*c*). Si el heredero es descendiente del difunto, puede recuperar la herencia, aunque la haya dimitido, dentro de los tres años siguientes, con tal que los bienes no esten enagenados, pues si lo estan, solo podrá en caso de ser menor (*d*).

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capitulo.

ACEPTACION DE HERENCIA.

8 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien doy fé, conozco, dixo: ha llegado á su noticia que Juan López su padre falleció en tal dia dexando algunos bienes y deudas; y mediante á ignorar á quanto ascienden, para que en este caso no sea perjudicado, ni esté obligado á mas de lo que alcancen, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorga: que acepta con beneficio de inventario y no en otros términos la herencia y bienes de su difunto padre, á cuya conseqüencia pide al Señor Corregidor de la referida villa la haya por aceptada, y mande á los coherederos hagan inventario formal y ta-

(*a*) Ley 11 tit. 6 P. 6. (*b*) Ley 14 tit. 6 P. 6. (*c*) Ley 18 tit. 6 P. 6. (*d*) Ley fin. tit. 6 P. 6.

sacion de sus bienes sin ocultacion, eligiendo á este fin los tasadores prácticos é inteligentes que les pareciere; pues el otorgante se conforma desde ahora con ellos, y se obliga á pasar por la que hiciesen, protestando pedir en su vista lo que le convenga, practicada que sea, y queriendo ser compelido á lo expuesto por todo rigor de derecho, &c.

Repudiacion de herencia.

9 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fe, conozco, dixo: que Juan López su hermano falleció en tal dia baxo del testamento que habia otorgado en tantos de tal mes y año ante N. Escribano, en que le instituyó por uno de sus herederos á causa de no tenerlos forzosos; y mediante á que no le conviene la adicion de su herencia, para que ninguno de sus acreedores tenga que mezclarse con él en cosa alguna, y para evitar los gastos que se le pueden ocasionar, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga que no quiere ser heredero del expresado su hermano, y por lo mismo repudia enteramente la herencia que le puede tocar por su muerte, renuncia el derecho que en virtud de su testamento tiene á ella, le traspasa á los otros coherederos, y permite que sin su intervencion hagan inventario, tasacion y particion del sobrante de sus bienes, deducidas deudas, del mismo modo que si el otorgante hubiera fallecido ántes, ó no hubiese sido instituido, y que se apoderen y dispongan de ellos como de cosa suya adquirida con justo título: en cuya atencion se obliga á no revocar ni en todo ni en parte esta renuncia, y si lo hiciere, á mas de no ser oido judicial ni extrajudicialmente ha de poder ser condenado en costas, &c. (*Si el que repudia la herencia, es hijo ú otro descendiente legítimo del testador, ha de renunciar el derecho que le compete para recuperarla en los tres años despues de repudiada, y ha de jurar no reclamar la renuncia. Así no tendrán recelo los coherederos de que intentará su recobro.*)

10 Las aceptaciones y repudiaciones de herencias, si hay cantidad, se han de escribir en el papel correspondiente á ella, segun se dirá de las ventas, y no habiéndola en papel del sello segundo.

CAPÍTULO IV.

De las renuncias en general, y en especial de las que hacen los Religiosos y Religiosas.

§. I.

1 La materia de las renuncias no se ha explicado en castellano hasta ahora con el acierto, la claridad y extension que exîge, y así la ignoran los Escribanos, quienes por esta causa no ordenan las renuncias segun corresponde á su clase y naturaleza; resultando de semejante confusion costosos pleytos en los que suele haber decisiones contrarias.

2 La renuncia *es una dimision voluntaria, ó un apartamiento de alguna cosa, derecho ó privilegio que se tiene ó se espera tener.* Puede hacerla el que tiene facultad para testar, ceder y tratar, y se restringe por su naturaleza á las personas, cosas y derechos expresados en ella (*a*): de suerte que la renuncia de un derecho no se amplia á la de otro, aunque sea en la misma cosa, ni perjudica mas que al renunciante (*b*).

3 Sin embargo de que la renuncia es especie de cesion y ambas convienen en las cláusulas que se requieren para su validacion, se diferencian, lo primero, en que en la segunda (que regularmente y con propiedad se hace de derechos incorpóreos, aunque á veces se hace tambien de los corpóreos, y entónces es tradicion de estos) deben concurrir indispensablemente la voluntad del cedente, la del cesonario, y causa justa por la que se transfiera en este el derecho cedido; y en la renuncia basta la voluntad del renunciante, con la qual se perfecciona; y lo segundo, en que el fin y efecto principal de la renuncia es la privacion y abdicacion, y el de la cesion es la traslacion del derecho en el cesonario por la causa justa que impele al cedente á hacerla; bien que de consiguiente hay privacion y abdica-

(*a*) Gallerat. de renuptiat. lib. 1 cap. 10, 11 y 12. (*b*) Gallerat. lug. cit. cap. 9 nn. 4 y sig. y cap. 10, 11 y 12 dichos. En quanto á los fines y efectos de la renuncia véanse los cinco capítulos del libro segundo del mismo autor en su tratado de renuncias.

cion de este (*a*). Tambien es especie de repudiacion; pero se diferencian en que esta es de cosa ó derecho deferido, traspasado ó dexado al que la hace, por manera que supone adquisicion, y despues privacion y renuncia de la cosa, ó herencia deferida; y la renuncia léjos de suponer adquisicion es solo privacion y abdicacion del derecho ó cosa no adquirida, aunque se espera adquirir (*b*).

4 Han discurrido y sutilizado tanto los escritores, especialmente los Regulares y otros nimiamente adictos á los monasterios sobre las renuncias, que como afirma un docto Jurisconsulto (*c*), la han hecho una materia sumamente implicada y obscura, por detenerse en generalidades sin hacer la debida distincion de casos, por aplicar á todos la doctrina vulgar de que la renuncia debe interpretarse con la mayor restriccion y no extenderse de caso á caso, ni de persona á persona, y mucho ménos á los derechos futuros por causa futura: y por otras proposiciones que aunque en algunos casos son verdaderas, no lo son en otros por la variedad de circunstancias. Una de estas que como mas esencial debe tenerse siempre presente, es la causa ó motivo que influyó, ó pudo influir en la renuncia, pues es muy considerable y digna de atencion por exemplo la diferencia que hay entre la que hace una muger que se casa y la que hace una novicia que profesa. Aquella como no dexa el siglo y espera tener hijos, no es verisímil ni creible quiera desprenderse de los bienes que le son indispensables para mantenerse y mantener á su familia con decencia, en cuya atencion su renuncia debe entenderse como suena ó literalmente, y faltando las personas contenidas en ella cesa del todo. Lo contrario se ha de decir de la que otorga la que entra en religion, porque como esta abandona el mundo y se desprende de sus bienes, votando la mas estrecha pobreza, á fin de que estos no la preocupen, distraigan, ni impidan servir mejor á Dios; y sabe por otra parte que no ha de tener posteridad, ni le ha de faltar en lo sucesivo lo necesario para su precisa manutencion, nada se presume que reserva á no expresarlo en la renuncia con clari-

(*a*) Gallerat. lug. cit. cap. 4 nn. 5, 6 y 26. (*b*) Gallerat. lug. cit. nn. 12, &c. y 40. (*c*) Card. de Luc. de Renuntiat. disc. 3 nn. 3 y 10.

dad. Fundados en estos principios los mas clásicos AA. y aun la sacra Rota han establecido como máxîma inconcusa que las renuncias hechas por causa de ingreso en religion y dote recibida deben reputarse reales, extinctivas y abdicativas no constando claramente lo contrario en ellas, é interpretarse latamente, comprehendiendo todas las herencias, aunque sean futuras por causa futura, y con especialidad si se hallan extendidas con palabras amplias y generales que denoten esta verisímil voluntad de los renunciantes (*a*).

5 La renuncia es *translativa ó transmitiva*, y *abdicativa ó extinctiva* (*b*). Se llama *translativa* la que comprehende los bienes, derechos y acciones que el renunciante tiene adquiridos, y que por una especie de donacion, ó cesion implícita transfiere en la persona por quien se hace la renuncia, que es á la que aprovecha solamente (*c*). Esta renuncia ó repudiacion (que por lo regular se hace con cesion de derechos) mas es cesion que renuncia, puesto que en nada se diferencia de ella.

6 Por *extinctiva ó abdicativa* se estima aquella en que el renunciante nada cierto y determinado dá ni transfiere de presente, porque nada tiene ni posee, y solamente aparta para siempre de su persona qualquiera derecho que en lo futuro pueda adquirir, queriendo no se cuente con él para cosa alguna, que se le conceptúe como no exîstente en el mundo, y de consiguiente que aunque esté vivo, no se le contemple, ni tenga por parte en las herencias testamentarias ni abintestato que puedan recaer en él, y que pasarán entónces á sus parientes inmediatos. Esta es la propia y verdadera renuncia, porque en ella se verifica una simple y nuda privacion, exclusion y absoluto desapropio ó desprendimiento que el renunciante hace de sus derechos sin transferirlos ni cederlos á persona determinada (*d*).

7 La renuncia se subdivide en *real* y en *personal*. Se

(*a*) Giller. dec. 3, 9 y 27. Card. de Luc. núm. 10 cit. (*b*) Card. de Luc. de Renuntiat. disc. 1 núm. 5, y en la summ. nn. 12 y 15. Olea de Cesion. jur. tit. 1 quæst. 2 nn. 15 y sigg. (*c*) Card. de Luc. disc. 1 y núm. 5 dich. y disc. 7 núm. 2. (*d*) Olea quæst. 2 cit. nn. 17 y 18. Card. de Luc. lug. cit. n. 5 dich.

entiende por real la que el renunciante formaliza movido no por miramiento y amor á ciertas y determinadas personas sino por un motivo general y absoluto, y por un eficaz deseo de desprenderse ó apartar enteramente de sí todos los bienes, herencias y derechos que tiene, y pueden recaer en él por testamento y abintestato de parientes y extraños, ya sea con la mira y objeto de servir mejor á Dios, ya sea por otra causa absoluta y universal: de suerte que por esta renuncia abdica y se desapropia el renunciante de todos sus bienes y derechos, presentes y futuros, y de la esperanza de estos, y pasan al renunciatario tan plena y eficazmente que aunque este muera intestado y aquel viva, no reviven ni vuelven á él, excepto que intervenga nueva causa y derecho, ó que cese la de la renuncia, ni tampoco se transfieren á otra persona ni comunidad por su representacion, ni estas tienen el mas leve derecho á ellos (*a*). Por personal se entiende la renuncia hecha por contemplacion, y á favor de una ó mas personas ciertas y determinadas, á las que se limita en tanto grado que faltando estas ántes que el renunciante, y habiendo capacidad en éste para adquirir entónces, le queda el libre regreso á los bienes que ha renunciado, y la renuncia es tan inútil é ineficaz en este caso, como si no la hubiera hecho, especialmente en herencias y derechos no deferidos al tiempo de hacerla, excepto que en ella disponga otra cosa (*b*); por lo que conviene que manifieste claramente su voluntad á fin de evitar interpretaciones siniestras y decisiones arbitrarias. Todas las expresadas renuncias pueden hacerse por causa presente y futura como las cesiones, con las quales se confunden en la práctica, y de consiguiente se puede renunciar al modo que ceder el derecho futuro por causa futura y la esperanza de él; mas para que este derecho se realice y sea efectivo, es indispensable que el renunciante tenga dicha capacidad al tiempo que se verifica recaer en él, porque si carece de ella, ó está muerto civil ó naturalmente, así como no puede adquirirle, tampoco puede transmitirle á otro.

8 Por lo que hace á las renuncias de los Regulares, ántes

(*a*) Gallerat de Renunt. lib. 2 cap. 5. (*b*) AA. citados.

de hablar de ellas no será fuera de propósito referir las principales disposiciones de derecho acerca de heredar los conventos á sus individuos y á los parientes de estos. Los Monges al principio no eran gravosos ni perjudiciales á nadie, porque conformándose exâctamente con los consejos ó preceptos del evangelio, dexaban todos sus bienes á sus parientes ántes de retirarse á los yermos ó desiertos, para que no les impidiesen dedicarse enteramente á Dios (*a*): de suerte que se mantenian con poco, y para no estar ociosos ni carecer del preciso alimento, se ocupaban en algun trabajo manual (*b*). Pero luego que Constantino concedió la paz universal á la Iglesia Católica, perseguida y tiranizada hasta entónces por los idólatras: luego que los monasterios se acercaron á las poblaciones y se les permitió la adquisicion de bienes que ántes les estaba prohibida (*c*), soltaron los diques de la codicia sus Monges y se llenaron de riquezas, con las quales, como que les llamaban la atencion, se fueron relaxando y distrayendo paulatinamente del espíritu y primitivo fervor de su instituto, y del desprendimiento de los bienes terrenos que exîge la pobreza evangélica y habian votado; en tanto grado que olvidándose enteramente de esta los Monges de algunos monasterios y habiendo escandalizado á la Iglesia, fue indispensable contener sus ilimitadas adquisiciones, prohibiendo con leyes hacer donaciones y legados á los Clérigos y Monges (*d*): lo qual hizo lamentarse á San Gerónimo de que su hidrópica avaricia hubiese dado lugar á que los Príncipes Christianos se viesen en la dura necesidad de refrenarla (*e*).

9 Sin embargo aunque en tiempo de Constantino se permitió dexarles libremente sus bienes (*f*), no sucedian ab intestato los monasterios en los de sus individuos sino á falta de padres, hijos, agnados, cognados y muger legítima que el Monge hubiese tenido ántes de su ingreso en el cláustro, como se vé en una ley del Emperador Teodosio (*g*). Pe-

(*a*) Fleur. 8 discours sur l'Histoir. Ecclesiastic. Nicephor. lib. 8 cap. 29 cerca del fin (*b*). Van-espen in Jus Ecclesiast. part. 1 tit. 29 de Voto paupertat. cap. 2 num. 7. (*c*) Ley 1 Cod. de Sacrosanct. Eccles. Can. Futuram 15 caus. 12 quæst. 1. (*d*) Leyes 20 y 21. Cod. Teodosian. de Episcop. & Cleric. (*e*) Epist. 2 ad Nepotian. (*f*) Ley 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles. (*g*) La 20. Cod. de Ep. & Cler.

ro este Príncipe nimiamente propenso á publicar leyes nuevas, alterando, ó derogando las anteriores con la mayor facilidad, invirtió en esta parte el órden que se observaba, estableciendo que el que entrase en religion, pudiera disponer de sus bienes ántes de profesar del modo que quisiese y le pareciese: que si entónces no disponia ni tenia hijos, los adquiriese el monasterio, en quien se transferia su dominio, y despues de profeso no pudiese testar de ellos: que teniéndolos les dexase su legítima, y en caso de no habérsela dexado pudiese no obstante su profesion testar á favor suyo, con tal que reservase en sí una parte igual á la de qualquiera de ellos para el monasterio que se debia tener en lugar de hijo; y en fin que no fuese lícito á los padres exheredar á sus hijos por haber entrado en religion, pues habian de instituirlos precisamente en su legítima, y muriendo sin testar les habian de suceder ó solos, ó con los demas hermanos en caso de tenerlos: todo lo qual disponen tambien otros textos (*a*).

10 El §. 1 de la ley 56 Cod. de Episcop. & Cleric. que estableció el Emperador Justiniano, permite á los Monges heredar abintestato á sus padres, sin que les sirva de impedimento la profesion religiosa, concurran solos ó con otros hermanos, cuya ley extendieron los acérrimos defensores de los monasterios á toda clase de herencias, siendo así que habla únicamente de la de los padres, y milita en la de estos diversa razon que en la de los colaterales ó transversales.

11 Pocos años despues que Justiniano promulgó sus leyes, estableció una en España Leovigildo que es la 12 tit. 2 lib. 4 del Fuero Juzgo y dice: „Los Clérigos, é los Monges é las Monjas que non han heredero ata séptimo grado, é non mandan nada de sos cosas, la Iglesa á quien servian, lo debe haber todo.„ Si segun esta ley no pueden la iglesia y monasterio suceder al Clérigo y Monge teniendo parientes dentro del séptimo grado, mucho ménos podrán suceder á sus padres y parientes. Asimismo las leyes 2 y 3 tit. 5 lib. 3 del mismo Fuero establecidas por Recesvinto y Egica excluyen al monasterio habiendo parientes, cu-

(*a*) Ley 55 y Authent. Nunc autem Cod. de Episcop. & Cleric. Nov. 5 cap. 5, 76, cap. 1 y 123 cap. 38 y Authent. Siqua mulier Cod. de Sacrosanct. Eccles.

ya legislacion estuvo en observancia no solo durante el imperio de los Godos sino tambien despues de la irrupcion de los Sarracenos en estos dominios, y la confirmaron varios Señores Reyes y el Concilio de Coyanca, hoy Valencia de Don Juan. Ademas el Santo Rey Don Fernando dió dicho fuero á la ciudad de Córdova en el año de 1241, en cuyo tiempo se hizo la traduccion del que usamos y publicó el Doctor Villadiego.

12 En la coleccion de fueros ó leyes mandada hacer por el Conde Don Sancho García, se halla una que dice: „Esto es Fuero de Castilla: que ninguna Monja ni Monge de Religion sil muriere algund pariente mañero (*sin sucesion*) que non haya fijos, los parientes mas propincuos del muerto deben heredar los suyos bienes: mas el pariente de Religion Monge, ó Monja no debe heredar ninguna cosa en la buena (*hacienda ó bienes*) del pariente mañero, mas debe heredar en la buena del padre, ó de la madre, é igualmente con sus hermanos; é si se avinier con sus hermanos; quel den renta conocida, puede usar de toda la sua suerte, é servirse della en toda la sua vida, é arrendarlos á los estraños si non se avinier con sus parientes: mas no lo pueden vender, ni enagenar en sua vida si non por tres cosas, por debda del padre, ó de madre, ó por sua debda qual hubiese fecho ante que entrase en la Orden, ó por mengua (*necesidad ó falta de bienes*) de comer, ó de vestir: é á la fin puede dar el quinto por sua alma, é lo al que finque (*quede*) en sus parientes.„ Esta ley es la 2 tit. 2 lib. 5 del Fuero viejo que mandó observar ocho años despues de la publicacion de las leyes de Partida el Rey Don Pedro el Justiciero; y lo mismo mandáron posteriormente los Reyes Don Enrique II, y Don Juan el Segundo (*a*). Por ella se limita el derecho de suceder el Monge á sus padres, se le excluye de el de heredar á sus hermanos y parientes, y se gravan los bienes que herede de aquellos con la obligacion de reversion á sus hermanos y parientes sin permitirle disponer de mas que del quinto por su alma.

13 Despues de la compilacion de las leyes y fueros referidos se hizo la del Real ó de las leyes de órden del Rey

(*a*) Discurso preliminar de los DD, Asso y Rodriguez al Fuero viejo de Castilla.

Don Alonso el Sabio, en cuyo cuerpo se hallan tres concernientes al asunto. La primera que es la 10 t. 5 lib. 3, prohibe que se dé ó mande cosa alguna á hombre de religion despues de profeso: de cuya prohibicion se deduce que si no puede ser instituido heredero, ménos podrá heredar abintestato, porque la sucesion testamentaria como que proviene de voluntad expresa y determinada, es mas recomendable que la sucesion abintestato que se apoya en una mera presuncion legal. La segunda es la 11 t. 6 del mismo lib. 3 y dice: „Todo ome, é toda muger que órden tomáre, puede facer su manda de todas sus cosas fasta un año cumplido; é si ante del año no lo ficiere, el año pasado, no lo pueda facer, mas sus fijos hereden todo lo suyo; é si fijos, ó nietos, ó dende ayuso (*abaxo*) no hubiere, herendenlo los parientes mas propincuos.„ Y la tercera que es la 1 t. 6 lib. 4 y trata de los Monges que despues de haber profesado apostatan, ó se escapan del monasterio, excluye á este de su herencia y la da á los parientes de aquellos. La ciudad de Baeza goza un fuero que le concedió el Rey Don Alonso el VII, en el que se halla esta notable constitucion: „El que entrare en órden, lleve con él el quinto del mueble, é non mas, é lo que fincare (*quedare*) en raiz, seya de los herederos; cá non es derecho, ne comunal (*arreglada*) cosa por desheredar á los suyos, dar mueble ó raiz á los Monges.„ Todas las expresadas leyes que llaman á los parientes de los Religiosos para heredar sus bienes con exclusion de los monasterios, son verdaderas leyes, estan establecidas por legítimos Soberanos nuestros, se han mandado observar como tales en varias cortes, codicilos y reynados, y en nada se han derogado en esta parte.

14 Al mismo Rey Don Alonso que hizo la coleccion del fuero Real, se atribuye la de las siete Partidas, obra por su grande erudicion y sabiduria sumamente celebrada y aplaudida; mas para su admision hubo mucha repugnancia en estos reynos, y así aunque intentó publicarlas en el año de 1263 no lo consiguió, porque derogaban y alteraban algunas leyes y fueros antiguos, eran sacadas del derecho y autenticas romanas, y no se acomodaban á las costumbres Españolas, por cuya razon quedaron sin uso ni autoridad hasta que hechas enmendar por Don Alonso

el XI su viznieto logró en las cortes celebradas en Alcalá de Henares el año de 1348 que se admitiesen en quanto no derogasen ni alterasen las leyes antiguas, fueros y costumbres de España, como lo declaró en una del Ordenamiento recopilada (*a*), y lo mandáron tambien los Reyes Católicos en las cortes celebradas en Toro el año de 1505 en otra en que les señaláron el quarto lugar para la decision de los negocios (*b*). La única que trata de la presente materia es la 17 t. 1 P. 6 que fué sacada de la auténtica Si qua mulier Cod. de Sacrosanct. Eccles. Y dice „que el hombre ó muger profesos no puedan hacer testamento: que todos los bienes que posee, han de ser de su monasterio, excepto que tenga hijos ú otros descendientes legítimos, á quienes debe dexarles la legítima y no mas; y si mas quisiere darles, ha de dar al monasterio tanta parte quanta toque á cada uno de sus hijos ó descendientes; y que lo mismo se ha de observar, si falleciere sin testar.„ En esta ley no se concede al monasterio el derecho de suceder á los parientes del Monge por testamento ni abintestato (*c*), ni á este en otros bienes que en los que tiene quando profesa, lo qual dice tambien expresamente una auténtica (*d*); pues únicamente son nuestros aquellos en que tenemos dominio, y que poseemos con buena fé y justo título, como lo dice una ley de Partida (*e*), y no los que esperamos recaigan en nosotros.

15 Finalmente en 15 de julio de 1788 se expidió á la chancillería de Granada para la decision de un pleyto pendiente en ella por apelacion y respectivo á la materia de que se trata, una Real cédula que para que llegue á noticia de los Jueces y letrados, y sepan qué han de resolver y aconsejar, inserto con la representacion que la motivó. Dice así.

16 EL REY. Presidente y Oidores de mi Real audiencia y chancillería que reside en la ciudad de Granada: Sabed que en 14 de noviembre de 1785 remitió al mi con-

(*a*) La 3 t. 1 lib. 2. (*b*) Ley 1 de Toro en que está inserta la del Ordenamiento. (*c*) Tampoco en el derecho canónico se halla texto que conceda á los monasterios heredar á los hermanos y parientes del Monge que mueran intestados despues de la profesion. (*d*) De Monach. t. 5 cap. 5 collat. 1. Lo mismo se repite en el cap. 6. (*e*) La 9 t. 33 P. 7.

sejo de mi Real órden el Conde de Floridablanca para que me consultase su parecer, una representacion que dirigiéron á mis Reales manos los Oídores de su tribunal D. Josef de Pineda, D. Benito Hermida D. Pedro Montilla y D. Francisco Carrasco, relativa á las dudas que se les ofreciéron para la decision del pleyto que se seguia en su tribunal por recurso de apelacion entre el convento de Trinitarios calzados de la villa de la Membrilla, y Manuel López Arévalo como marido y conjunta persona de Josefa Ruiz, y de otros parientes de Fr. Juan del Moral, Religioso profeso que fué del referido convento, sobre sucesion de los bienes patrimoniales que quedáron por muerte de dicho Religioso; y el tenor de la citada representacion es el siguiente.

17 „Señor. Los Oídores de vuestra chancillería de Granada D. Josef de Pineda, D. Benito Hermida, D. Pedro Montilla y D. Francisco Carrasco hacen presente á V. M. con el mas profundo respeto y deseo del acierto que siempre se vincula en vuestras Reales resoluciones, las dudas que embarazáron su juicio en la decision del pleyto seguido por Manuel de Arévalo, cuñado, y otros sobrinos de Fr. Juan Ruiz del Moral, Religioso profeso en su convento de Trinitarios calzados de la villa de la Membrilla, con dicho convento sobre la sucesion y herencia de los bienes paternos de dicho Religioso, y el importe de cierto legado hecho á su favor, con motivo de su muerte acaecida en 8 de diciembre de 1780: cuyo pleyto fué traido en apelacion de la Justicia de Almagro por el referido convento á la sala primera de esta chancillería, en que se ha visto por los Jueces que representan. Los padres de Fr. Juan muriéron por los años de 1733 y 1759, y por ambas legítimas le tocáron 12@701 reales, de los quales baxados 4@400 que habia recibido á cuenta de ellos anteriormente, y 248 en varios muebles, se le adjudicáron los restantes 8@053 en bienes raices. El legado de que se trata, consiste en 3@ reales que le dexó una hermana por su testamento otorgado en 15 de julio de 1768; pero no consta su recibo ni el efecto de esta disposicion testamentaria. Segun es costumbre, dexó al Religioso el goce y usufructo de dichos bienes paternos el convento; pero al mismo tiempo

resulta que este los miraba como propios de la órden y se versaba como verdadero dueño: vendia parte de ellos, arrendaba otros, los declaraba por suyos para la única contribucion, pagaba sus cargas Reales, los incluía por mas caudal en la justificacion del que poseía para mantener su existencia contra la extincion decretada en la visita de Don Pedro Pobes; y que Fr. Juan reconocia este mismo dominio en su comunidad, aparece tambien del desapropio de dichos bienes que consta en autos hizo el año de 1778, como suelen practicar los demas Regulares de los efectos que de hecho disfrutan precariamente con permiso de los Superiores para salvar el voto de pobreza. La regla y constituciones del órden de Trinitarios calzados disponen en el §. 2 cap. 54 que los bienes hereditarios del Religioso sean de la casa ó convento en que haya profesado; y en los capítulos de la visita de Don Pedro Pobes aprobados por el Consejo en 28 de septiembre de 1779 se reconoce y contesta este mismo derecho, por quanto solo propuso á la provincia de Trinitarios se impusiese voluntariamente una ley que limita su facultad sucesiva de adquirir, contentándose con las adquisiciones hasta entónces hechas como suficientes para su manutencion; y así en efecto se concibió la acta capitular en términos de una voluntaria renuncia de sus derechos de adquirir mas, con la limitacion de poder executarlo, quando sin omision culpable de los conventos viniesen á ménos sus fondos. La costumbre universal de España, la opinion comun de los autores, y la ley de Partida conforman en conceder á las órdenes regulares el derecho de suceder á los Religiosos profesos; y el privilegio últimamente acordado á los que sirven de Capellanes en el exército y armada, para testar libremente del peculio, ó bienes adquiridos en aquel exercicio, es una limitacion que confirma la regla general en los casos que no comprehende. Los sobrinos del Padre Moral pretenden sin embargo la exclusion del convento á la sucesion de sus bienes hereditarios, aunque hubiese profesado sin haber hecho renuncia alguna en el año de 1713, apoyados en dos provisiones del Consejo, la una de 27 de septiembre de 1771 por la que se previno á la Justicia de Manzanares que con arreglo á la ley 12 t. 2 lib. 4 del Fuero Juzgo y demas

del reyno procediese sobre la herencia de los bienes de Fr. Francisco Camarena, Religioso de la misma órden y convento, oyendo á los interesados y adjudicándolos á sus parientes; y la otra de 27 de julio de 1781, en la que á instancia de dichos sobrinos se manda á la Justicia de Almagro determine su pretension conforme á las leyes del reyno citadas en el exemplar del Padre Camarena. La ley del Fuero Juzgo se insertaba en la primera provision á la letra como se sigue: *Los Clérigos, é los Monges, é las Monjas que non han herèdero ata séptimo grado, é non manda nada de sos cosas, la Iglesa á quien servian, lo debe haber todo.* La cita que en general hace el consejo de otras leyes del reyno, no se individualiza en la provision referida; pero puede creerse relativa particularmente á la 11 t. 6 lib. 3 del Fuero Real en que se lee: *Todo home, é toda muger que Orden tomáre, pueda facer su manda de todas sus cosas fasta un año cumplido, é si ante del año no lo ficiere, el año pasado, no lo pueda facer, mas sus fijos hereden todo lo suyo: é si fijos, ó nietos, ó dende ayuso* (abaxo) *no hubiere, heredenlo los parientes mas propincuos.* La ley 17 t. 1 P. 6 previene por el contrario que con exclusion de los parientes hayan de heredar los monasterios al Religioso que no tuviere hijos ó descendientes por línea recta, y la práctica comun adoptó su doctrina contra la ley del Fuero Real que por consiguiente se halla sin el uso de que pende todo su vigor. Por lo que toca al Fuero Juzgo, la fé de sus códices vulgares, su autoridad, la extension de la ley citada, su verdadero sentido, é interpretacion (quizá mas favorable que adversa á las iglesias y monasterios) exîgirian discusiones tan delicadas como prolixas; pero ciertamente inútiles á la sabiduría, penetracion y talento de V. M, y así reduciéndose con respetuoso silencio á una concisa brevedad sobre asunto tan vasto, solo exponen á V. M. los Ministros que representan, que en las leyes que juráron guardar, y segun las quales se les manda librar los pleytos en la 3 t. 1 lib. 2 de la Recopilacion, no se comprehende el Fuero Juzgo, cuya autoridad legislativa espirando en la dominacion goda, solo ha recibido posteriormente, segun fué dado en fuerza de nuevas leyes, ó privilegios de los Soberanos por fuero particular de algunos pueblos; por lo qual prescindiendo de la

rectitud y utilidad de las leyes que encierra, se creen sin la competente facultad para adoptarlas en juicio; y dudando por otra parte llenos de veneracion y respeto por las decisiones del vuestro consejo, que segun el espíritu de las leyes que ordenan la forma que ha de guardarse en hacerlas é interpretarlas, sea de bastante autoridad una provision ordinaria de justicia despachada sin aquellos requisitos para restablecer la citada ley del Fuero Juzgo, no solo para la decision de los negocios futuros sino tambien de los anteriores: ántes de pasar á revocar, ó confirmar la sentencia de la Justicia de Almagro, por la que con arreglo á lo prevenido por el consejo declaró tocar y pertenecer los bienes que disfrutaba Fr. Juan del Moral á sus herederos abintestato con exclusion del convento de la Membrilla: = Suplican á V. M. se digne decidir, si en efecto se halla el tribunal obligado á conformar sus determinaciones con la enunciada ley 12 t. 2 lib. 4 del Fuero Juzgo, mirándola como verdadera ley del reyno para la decision no solo del presente caso sino tambien de los demas de esta clase que con freqüencia podrán presentarse, con limitacion, ó extension de sus efectos á los tiempos y negocios anteriores á la declaracion que se solicita, y provisiones referidas del consejo: ó si no obstante estas queda expedíta á los Jueces la facultad de dirigir su dictámen como ántes segun los principios de equidad y leyes de la nacion, en la forma que se halla prevenida su observancia por la ley recopilada con arreglo á las circunstancias de los casos ocurrentes y espíritu de justicia con que anhelan el acierto y felíz desempeño de sus pesadas obligaciones en beneficio del público y servicio de V. M. Dios guarde la C. R. P. de V. M. dilatados años. Granada 26 de octubre de 1785. Don Josef de Pineda Tabáres = Don Benito Ramon de Hermida = Don Pedro de Fonseca y Montilla = Don Francisco Eugenio Carrasco „

18 Y vista por el mi consejo esta representacion, teniendo presente la resultancia del extracto de dicho pleyto que se acompañó con ella, y lo expuesto por el mi Fiscal, acordó se comunicase órden, como se hizo en 14 de septiembre de 1786, á vos el Presidente, para que remitieseis al mi consejo íntegros y originales los citados autos, y en

su virtud lo executasteis en 26 del propio mes. Y vistos en el mi consejo, teniendo presentes los antecedentes que se citan y causaron las providencias del mi consejo en 17 de octubre de 1771 y 28 de junio de 1781, y lo que sobre todo expuso el Fiscal, en consulta de 29 de abril de este año me expuso su parecer, y por mi Real disolucion á ella conformándome con él, que fue publicada y mandada cumplir en 25 de este mes, se acordó expedir esta mi Real cédula, por la qual os mando, que así en los citados autos seguidos en este tribunal por Manuel de Arévalo y consortes con el convento de Trinitarios calzados de la Membrilla sobre la sucesion y herencia de los bienes maternos de Fr. Juan Ruiz del Moral, que he mandado devolverlos, y acompañan á esta mi Real cédula, como en los demas que ocurran de la misma naturaleza, debeis conformar vuestra determinacion con el estatuto acordado por la provincia de Trinitarios calzados de Andalucía, y su Visitador Don Pedro Pobes y Angúlo en el capítulo celebrado en 16 de mayo de 1777, aprobado por mí y por la Santa Sede, extendiéndola y restringiéndola quando mas, con respeto á la anterioridad y posterioridad de los casos y cosas, al mencionado estatuto, el qual es arreglado y conforme á la ley 12 t. 2 lib. 4 del Fuero Juzgo y á las demas leyes del reyno mandadas guardar en las provisiones del mi consejo de los años de 1771 y 1781. Y por quanto dicha ley del Fuero Juzgo no se halla derogada por otra alguna, y ántes bien es conforme con lo posteriormente dispuesto en el cap. 2 lib. 1 del Fuero viejo de Castilla, declarado por el que dió el Señor Rey Don Alonso el Sábio en el año de 1252 á la villa de Alarcon, y por el cap. 2 lib. 5 t. 2 del mismo Fuero de Castilla, como tambien por la ley 11 t. 6 lib. 3 del Fuero Real, por la ley 7 t. 9 lib. 5 del Ordenamiento, por las de la nueva Recopilacion que acerca de la sucesion forzosa *ex testamento & abintestato* de los ascendientes y colaterales no hacen distincion de los bienes de los legos á la de los Eclesiásticos Seculares y Regulares, y por otras leyes de varios Señores Reyes, de que el mi consejo hizo expresion al Señor Don Cárlos II, de que se compone el auto acordado 4 lib. 4 t. 1, y son las que comprehendió el mi consejo en sus provisiones de 1771 y 1781

baxo la expresion genérica, *y demas leyes del reyno*; debereis igualmente arreglaros á ellas en la determinacion de este y semejantes negocios sin tanta adhesion como manifestais á la de Partida fundada únicamente en las auténticas del derecho civil de los romanos y en el comun canónico, y que por lo mismo solo deben regir á falta de las de estos reynos, que así es mi voluntad. Dada en Madrid á 15 de julio de 1788.=YO EL REY.= Por mandado del Rey nuestro Señor = Manuel de Aizpun y Redin.

19 Esta Real cédula expedida á impulsos del zelo de unos Ministros sensatos y rectos corrobora con leyes patrias no derogadas, y hace revivir las de los Fueros Juzgo y Real, y demas que refiere, y estaban sin uso ni observancia: desvanece toda duda, y disipa las densas nieblas que con sofismas y ficciones ridículas formó la codicia cegando en siglos obscuros y de ignorancia á los AA. regnícolas y extrangeros. Así que, ya no pueden ménos nuestros Jueces y Letrados de resolver y aconsejar en lo sucesivo con arreglo á dichas leyes. No faltará quien diga que esta cédula es peculiar y privativa para la chancillería á quien se dirigió, y que se ha de juzgar por las leyes y no por exemplares; pero á mas de ser leyes verdaderas y generales las que cita y manda observar, de comprehender á todos, y de no haberlas quitado su vigor el no uso; siempre que el Príncipe manda alguna cosa á cierto Juez ó tribunal, es visto mandarla por una misma razon á todos los de sus dominios en casos de iguales circunstancias: de manera que la cédula inserta es ley, no exemplar, y deberia observarse generalmente, aun quando no hubiese otra mas que ella.

20 A vista de quanto queda expuesto, nadie debe ya dudar que los conventos capaces de adquirir no son herederos de los parientes de sus Religiosos profesos que mueren sin testar despues de su profesion, aunque estos al tiempo de hacerla hayan renunciado á favor de aquellos las herencias futuras; ni tampoco de los padres y demas ascendientes que sobreviven á dicha profesion, y fallecen tambien sin disponer, hayan hecho renuncia á su favor, ó profesado sin renunciar (que es lo mismo que morir intestados) porque despues de profesos, como estan muertos para el mundo, carecen de capacidad y aptitud para adquirir, y por

consiguiente de facultad para disponer y transmitir á sus conventos lo que no tienen ni fué suyo jamas. No sufragan á los monasterios sus estatutos, que les conceden la sucesion en los bienes de sus individuos, pues como son leyes puramente privadas y económicas dictadas por ellos para su gobierno y utilidad, y carecen de autoridad para derogar las establecidas por los legítimos Soberanos, á quienes como vasallos suyos estan sujetos en lo temporal, solo deberán regir y entenderse respecto de aquellos bienes que estando profesos sus individuos les donan, ó dexan, porque es visto ser donados, ó dexados á sus conventos, mas no respecto de lo que ántes de profesar no tuviéron ni adquiriéron.

21 Por lo tocante á los que el Novicio posee como propios al tiempo de profesar, se ha de distinguir. Si tiene ascendientes, ó descendientes legítimos, se debe arreglar indispensablemente en estos reynos de Castilla á las leyes 6 y 28 de Toro, como si hiciera testamento, y no arreglándose será de ningun valor la renuncia, como lo fué la que formalizó Fray Joaquin Carnicero, Religioso lego en el monasterio de San Basilio de esta corte: cuya nulidad pretendió su madre Doña Isabél Gómez, porque para despues de sus dias dexaba á su monasterio los bienes que habia heredado de su padre; y con su audiencia y la del Señor Fiscal del consejo se substanció el pleyto en su sala primera por la escribanía de Gobierno á consequencia de Real órden que precedió, y en 5 de octubre de 1772 se dió sentencia, „declarando nula la renuncia, y haber recaido *pleno jure* en la Doña Isabél desde la profesion de su hijo los bienes legítimos; y para la providencia que se debia tomar por punto general en esta materia, se mandaron pasar los autos á los Señores Fiscales;„ la que no se ha tomado todavía por los muchos, graves y mas urgentes negocios á que tiene que atender el consejo. (Véase la nota del n. 149 cap. 1.) Y en 30 de agosto de 1787 en el pleyto que por la escribanía numeraria de Don Diego Benigno Gonzalez siguió D. Juan Francisco de los Heros como segundo marido de Doña Teresa de Salazar contra D. Salvador Josef de Muro su hijo, habido en su primer matrimonio con el Marqués de Someruelos, sobre nulidad de

la renuncia que á favor de dicho Don Salvador otorgó su hermana entera Doña María de la Encarnacion y Muro, Religiosa en el convento de Descalzas Reales de esta corte; declaró D. Juan Antonio de Santa María, Teniente Corregidor de ella, *nula la renuncia, y que la parte de legítima paterna litigiosa de la citada Doña María pertenecia á su madre; y apercibió al Escribano ante quien pasó, que en semejantes instrumentos se arreglase á las disposiciones de derecho que era de su cargo saber, instruyendo de ellas á los otorgantes para que no se excediesen de sus facultades.* Esta sentencia se confirmó por el Consejo en 17 de octubre siguiente; pues para disponer libremente en vida ó por muerte los ascendientes y descendientes Novicios de estos reynos de Castilla á favor de sus conventos, ó de otras personas parientas ó extrañas de todos los bienes que poseen y se les han deferido al tiempo de su profesion, necesitan licencia jurada de todos los que son sus herederos forzosos, como diré en el n. 31, la qual pueden concederles estos en la misma renuncia concurriendo á ella, ó en instrumento separado; y no concediéndosela, solo pueden testar y renunciar respectivamente el tercio, ó quinto de ellos segun las citadas leyes, de modo que no renunciando así se anulará en el todo la renuncia por la infraccion de ellas. Tampoco pueden reservarse su total usufructo sin su licencia, porque toca como la propiedad á sus herederos legítimos, y por estar muertos civilmente despues de profesos tienen imposibilidad legal de adquirir los frutos, si expresamente no se lo permiten los herederos, y por consiguiente de transmitirlos: de suerte que pertenecen en un todo á sus ascendientes y descendientes, los quales pueden testar y disponer de ellos del mismo modo que si tales herederos forzosos estuvieran muertos naturalmente, ó nunca los hubieran tenido; y no disponiendo, pasarán á los existentes en el siglo que deban heredarles abintestato, y no á sus conventos, aunque los Religiosos vivan. De los que no poseen ni se les han deferido, no pueden disponer de ninguna manera sin embargo de que tengan esperanza de que á estar en el siglo recaerian en ellos, porque milita la propia razon de imposibilidad de adquirirlos despues de profesos, sino se los dexan sus dueños para sus urgencias; y así aun-

que el padre del Novicio esté loco ó fatuo, no podrá disponer de sus bienes á favor de su madre ni de otro para el caso de que muera en su demencia despues de profeso; pues por la demencia no le privan las leyes de su dominio sino solamente de su administracion, ni le conceden á su hijo, por lo que pasarán á los que deban herederarle abintestato falleciendo en ella, y no á su muger, porque esta no tiene ningun derecho á ellos, ni el hijo puede transmitírsele á causa de no haberle adquirido viviendo su padre. Pero si el Novicio renunciante carece de herederos forzosos, podrá reservarse en la renuncia en todo ó parte de los frutos de los bienes que entónces posee, para subvenir á sus necesidades religiosas, (pues no le está prohibido poseerlos precariamente con permiso de su Prelado, con el que dicen los Religiosos, se salva el voto solemne de pobreza) y para mandar que pasen dichos bienes despues de su vida para siempre en propiedad y usufructo á la persona ó personas que nombre, ó tambien á su convento miéntras no haya ley prohibitiva; ó para distribuirlos en legados, ó donaciones, y fundaciones pias ó profanas, como si fuera por testamento sin diferencia, pues su renuncia viene á ser como una última voluntad. Tendrá presente todo esto el Escribano para instruir á los renunciantes, y no cometer absurdos ni exponerse á sonrojos de los Jueces.

22 Nadie instruido en el derecho duda que un particular puede excluir al Monge de suceder en el mayorázgo que funda (*a*), y como regularmente se hace, y se ven precisa-

(*a*) Segun la práctica de los tribunales observada hasta ahora suceden los Monges en los fideicomisos y mayorazgos no habiéndolos excluido los fundadores expresa ó tácitamente, aunque no falta quien les niegue y con justísima razon tal capacidad, pero hay notable diferencia entre la sucesion en los mayorazgos y la sucesion abintestato en los bienes libres. En aquellos se sucede por la voluntad del fundador que llamando á su línea, no excluyó, como pudo al Monge, y abintestato se sucede con arreglo á los llamamientos que hace la ley apoyada en la presunta voluntad del difunto, quien por el afecto que es natural profese á su sangre y con especialidad á sus mas próximos parientes, es de creer quiera preferir su parentela á un extraño, qual lo es un convento ó monasterio, que es el que hereda en realidad. Por otra parte el daño que causa al estado el obtener los Monges mayorazgos, es de poca entidad comparado con el que se le sigue de que adquieran herencias; pues con el fallecimiento de aquellos vuelven á circular estos en los demas

dos á confesar hasta los escritores mas adictos á las máximas ultramontanas (*a*); por lo que con superior razon puede hacerlo el Príncipe, en quien sin comparacion reside mayor potestad que en el particular; y así exîgiéndolo las circunstancias y el bien público, una vez que se dexe al monasterio lo suficiente para la cóngrua sustentacion de sus individuos en conformidad de los preceptos del evangelio y del derecho natural que compete á cada ciudadano para que la sociedad en que vive, no le impida, y ántes bien le proporcione los medios honestos de adquirir lo necesario para su subsistencia; compete al Soberano y no al Papa la facultad de moderar la adquisicion de los bienes temporales en los Eclesiásticos, así como la de concederles justos privilegios y exênciones tocantes á ella para que se les profese el débido respeto, y puedan con mayor decoro exercer las funciones de su alto y sagrado ministerio (*b*).

23 Tocante á la edad que han de tener las personas de uno y otro sexô para entrar en religion, al tiempo de probacion ó noviciado, á los requisitos que deben preceder á la profesion y renuncia, y á las solemnidades que exîgen hoy las renuncias para su estabilidad, debo decir que el Emperador Justiniano en la novela 76 ordenó que los que hubiesen de profesar en religion, fuesen varones, ó hembras, tuviesen facultad ántes de su ingreso en ella para disponer de sus bienes como quisiesen, lo qual les concedié-ron tambien nuestras leyes antiguas, el derecho canónico y las reglas ó estatutos religiosos (*c*), y así se observó hasta la celebracion del Concilio de Trento.

24 Se hicièron presentes en este Santo Concilio los gravísimos daños que se originaban por estas disposiciones, y á fin de evitarlos mandó que para entrar en religion tuviese

sucesores seculares, y las herencias con dificultad, y tarde ó nunca vuelven á salir de los monasterios, por cuya razon el erario carece de los derechos que causarian las ventas que se hiciesen estando en poder de legos, con detrimento de los seglares que tienen que soportar las cargas de que estan exônerados los monasterios y sus individuos.

(*a*) Card. de Luc. disc. 12 n. 4 y de Regul. disc. 19 n. 2. (*b*) Leyes 10 tit. 6 P. 1 Div. Aug. tract. 6 in Joann. cap. 6 relat. á Grac. in cap. 1 dist. 8 Div. Thom. in Epist. cap. 13. (*c*) Leyes 7 tit. 7 P. 1, 88 tit. 18 Part. 3 y las de los fueros insertas en los nn. anteriores. Can. 9 caus. 19 quæst. 3. Regla de San Francisco y otras.

el varon 14 años cumplidos y la hembra 12, y ambos uno de probacion ó noviciado ántes de profesar; y que ántes que cumpliesen los 16 de su edad, no se les permitiese la profesion baxo la pena de nulidad, á no ser que estuviesen en peligro de muerte (*a*). Mandó tambien á los conventos de Monjas que nada recibiesen por las dotes de estas hasta que hubieran profesado, para que tal vez por miedo de no recobrarlas si dexaban el hábito, no profesasen contra su voluntad; pero no les prohibió tomar en este caso lo que importasen el vestido y la comida del tiempo que estuviesen en ellos (*b*). Asimismo mandó á las Preladas que un mes ántes de espirar el año de probacion de las novicias avisasen al Ordinario Eclesiástico para que explorase la voluntad de estas, baxo la pena de suspension arbitraria de su oficio si lo omitian (*c*).

25 La exploracion (que regularmente se hace en la puerta reglar del convento, ó donde parece conveniente á la novicia para tener mas libertad) se reduce á seis preguntas: la primera es cómo se llamaba en el siglo y se llama en la religion: de dónde es natural, de quién es hija, y qué edad y estado tiene: la segunda, si en el sitio y lugar en que se halla haciendo esta declaracion, tiene bastante libertad, si quiere mas, y si es, ó ha sido inducida, violentada, ó intimidada por alguna persona para ser Religiosa y profesar: la tercera, quánto tiempo hace se halla en el convento y de novicia, si ha experimentado en él la vida religiosa, si el sustento que se suministra en el convento es bastante para pasar la vida humana, y si se halla con fuerzas para profesar y perseverar: la quarta, si padece enfermedad perpétua ó contagiosa, y si tiene algun impedimento para profesar: la quinta, si sabe que para profesar ha de hacer votos de pobreza, obediencia y castidad, y de guardar perpétua clausura; y la sexta es, si quiere profesar de su libre voluntad en aquel convento, y licencia para ello, y para disponer y renunciar sus legítimas paterna y materna, y demas bienes y derechos que le pertenecen, y pueden pertenecer en lo sucesivo de qualquiera manera y por

(*a*) Conc. Trident. sess. 25 cap. 15 y 17 de Regul. y leyes 3 y 4 tit 7. P. 1. (*b*) Conc. Lug. cit. cap. 16. (*c*) Concil. cap. 17 cit.

qualquier título conforme á derecho. A estas preguntas, precedido juramento de decir la verdad, va satisfaciendo, y concluidas le concede el Ordinario la licencia que pide, de cuyo acto pone testimonio á la letra el notario ante quien pasa, en el libro de profesiones del convento, y de lo concerniente á la licencia se saca copia testimoniada con la relacion competente para insertarla en la escritura de renuncia, aunque á los Religiosos se entregan originales la licencia y el pedimento ó memorial que la motiva, y todo se une á la escritura. Pero es de advertir que no obstante la exploracion y licencia si el Religioso ó Religiosa entraron y profesaron violentados, pueden reclamar ante el Ordinario con justa causa la profesion dentro de cinco años contados desde el dia de esta, permaneciendo en el convento hasta la decision (*a*).

26 Por lo respectivo á las renuncias ordenó el mismo Santo Concilio que los Novicios y Novicias (fuesen mayores ó menores de 25 años, pues no distinguió) las hiciesen precisamente dentro de los dos meses inmediatos á su profesion, precedida la licencia del Ordinario Diocesano ó de su Vicario, y que no surtieran ningun efecto hasta que hubiesen profesado, aunque se corroborasen con juramento y contuviesen renuncia expresa de este auxílio; cuya nueva forma mandó observar inviolablemente baxo la pena de nulidad (*b*). Pero no anuló las hechas con la referida licencia dentro de dichos dos meses últimos del año contado desde el dia de su ingreso en el convento, no obstante que despues de cumplidos se defiriese mucho, ó poco tiempo la profesion; ni las donaciones, testamentos, ni otras últimas voluntades formalizadas ántes de entrar en religion sin la citada licencia, sino solamente las renuncias hechas despues de haber tomado el hábito; y así para la validacion de éstas y no para las demas es indispensable observar la forma que prescribió (*c*). Tampoco alteró lo dispuesto por las leyes de cada reyno ó provincia en quanto al modo de suceder y heredarse los ascendientes y descendientes legítimos, y los parientes de los Religiosos, por ser esto como

(*a*) Concil. Trident. ses. 25 cit. cap. 19 de Regul. (*b*) Concil. cap. 16 cit. (*c*) Gallemart in Declar. ad Concil. ses. 25 cap. 16 de Regul. Card. de Luc. de Renunt. disc. 1 n. 15.

cosa profana peculiar y privativo de la potestad secular.

27 Siendo real, abdicativa y extinctiva la renuncia han de renunciar los que la hacen, sean ó no seculares, no solo los bienes que tienen, les pertenecen y se les han deferido entónces, (y si son ascendientes ó descendientes, sus legítimas) sino tambien los que por qualquier título, causa ó razon puedan recaer en ellos en lo sucesivo por testamento y abintestato, de parientes y extraños, por causa presente y futura; pues para que se entienda comprehendido todo esto en la renuncia, es preciso que se especifique, y no se estimará incluido en ella ni en la general de legítimas, y de otros bienes y derechos.

28 Igualmente han de conceder facultad á la persona en cuyo favor se hace la renuncia, para que luego que se verifique su profesion, (si son Religiosos, y no siéndolo, incontinente ó desde el dia que señalen) disponga de los bienes renunciados como dueño propietario y absoluto en contrato, ó última voluntad, del mismo modo que si los renunciantes murieran naturalmente, expresando que si dicha persona falleciere ántes que ellos sin testar, pasen los bienes á los que deban heredarle abintestato, con cuya expresion se evita la duda de si la renuncia fué translativa personal, ó real extinctiva, de si hubo ó no caducidad, de si por esta se ha de resolver aquella, y de consiguiente si deben ó no hacer reversion los bienes á los renunciantes. Si quisieren que sea translativa personal, explicarán su voluntad con tal claridad que no haya lugar á siniestras interpresaciones; pues con lo explicado tiene bastante luz el Escribano para instruirlos y proceder con distincion de casos.

29 Por ser este contrato como de enagenacion uno de los que la ley (a) permite corroborar con juramento, no sólo pueden hacerle en él los menores de 25 años sino tambien los mayores de ellos, obligándose baxo de él unos y otros á tener por firme la renuncia, á no revocarla en todo ni en parte, ni oponerse á su contenido con pretexto de menor edad, (si fueren menores) lesion en sus legítimas, (siendo ascendientes, ó descendientes) miedo reverencial, (si hay motivo para tenerle) dolo ni violencia para renun-

(a) La 12. tit. 1. lib. 4. Recop.

ciar en aquellos términos, ni con otro motivo, sea el que fuere, sin la mas leve excepcion ni reserva; así conviene que se haga á fin de que sea estable y no pueda el renunciante revocar la renuncia con otra, como ya se ha visto, ni alegar que es pacto de no suceder, que está reprobado por derecho; porque con el juramento se corrobora, segun diré en el núm. 31. Y no es de pasar en silencio que el hijo de familia que entra en religion, no necesita ser emancipado por su padre para otorgar su renuncia, como creen algunos pocos instruidos; pues para este efecto se le contempla fuera de ella y basta la licencia del Ordinario Diocesano que es su Juez.

130 Puede prevenir en la renuncia el novicio lo que se ha de practicar con los bienes renunciados que entónces posee, en los casos de que pase de su religion á otra igual ó ménos estrecha, de que le den obispado ú otra dignidad, ó en el de que se secularice con dispensa; bien que en este puede disponer libremente con arreglo á las leyes de estos reynos, segun he sentado en el cap. 1 núm. 25, haya renunciado á favor de su convento, ó profesado sin renunciar; mas por si este resiste á devolverle sus bienes alegando para su retencion razones que sugiere la codicia, conviene que en la renuncia á su favor se exprese: „que la hace para que sea dueño de ellos, si falleciere en la religion, y no de otra suerte, pues si saliere de ella despues de profeso por enfermedad ú otro motivo, sea el que fuere sin excepcion se los ha de restituir todos incontinente, á cuyo fin le prohibe hipotecarlos, gravarlos y enagenarlos miéntras viva.„ Tambien puede prevenir qué se ha de hacer, si renuncia á favor de su convento, caso que este se suprima, ó se extinga la religion, ó quando la persona por quien se hace la renuncia, no quiere admitirla, ó siendo esta translativa y personal, si los bienes renunciados han de volver al renunciante, ó á quién, muriendo dicha persona testada ó intestada ántes que él, esten ó no en poder de ella, ó pasar á los herederos que haya instituido, ó deban heredarle abintestado; siendo de advertir que el renunciante puede conceder al extraño en cuyo favor hace la renuncia, facultad para disponer libremente á favor de quien quisiere en vida y por muerte de los bienes que posee y le cede, aun-

que este tenga ascendientes ó descendientes legítimos; pues no militan en este caso las leyes que hablan de las legítimas de estos. Asimismo puede imponer como donante al que no sea su heredero forzoso, los gravámenes y condiciones posibles y honestas que le parezca.

31 El pacto ó renuncia que hace un hijo de sus legítimas y sucesiones futuras, hállese ó no baxo el poder de su padre, está reprobado y por lo mismo es nulo (*a*), aunque le haga por causa onerosa, quiero decir, por haber recibido algo de su ascendiente ó consanguíneo á quien debía heredar, en premio y compensacion de la renuncia (*b*); pero si esta se corrobora con juramento, será firme é irrevocable, porque este hace válido el contrato que puede revocarse sin él, siempre que no se convierta en detrimento de tercero, ni ceda en dispendio de la salud eterna, ni sea contra buenas costumbres (*c*), como sucede en el presente. Lo mismo se ha de decir con mayor razon de la licencia jurada que los ascendientes legítimos conceden á sus descendientes para testar libremente, que viene á ser una renuncia de la legítima que por su fallecimiento les puede corresponder, ó un pacto de no suceder (*d*); sin que los hermanos del descendiente puedan reclamar tal licencia ó renuncia, porque carecen de accion á los bienes de su hermano contra su testamento. Así vemos que se admite llanamente en los tribunales, aunque es de advertir perjudica tan solo al que la da, no á los demas ascendientes, porque cada uno de estos iguales en grado mas cercano tiene derecho á todos los bienes de su descendiente legítimo, los quales percibirá enteramente siendo único (*e*).

(*a*) Leyes 49 ff. de Acquirent. hæredit. final ff. de Suis et legitim. hæredib. 15 §. 1 ff. ad leg. falcid. y 35 §. 1. Cod. de Inofficios. testam. (*b*) Góm. ley 22 de Toro n. 1. (*c*) Cap. 2 de Pact. in 6. Góm. lug cit. nn. 6 y 7. Covarr. y Gutierr. en dicho cap. 2. (*d*) Molin. de Prim. lib. 2 cap. 3 num. fin. Gutierr. de Juram. confirmat. part. 1 cap. 19 num. 2. (*e*) Acerca de estos pactos, del de conservar la herencia futura que es válido, y de otros semejantes, véase á Góm. ley cit.

§. FINAL.

De las escrituras pertenecientes á este capítulo.

TRATADOS DE MONJAS.

TRATADO PRIMERO.

32 Estando en el locutorio baxo del convento de Santa Catalina del órden de tal Santo intramuros de esta villa de tal á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos compareciéron de la parte de adentro de la reja las Madres Sor Franciscas de tal, Abadesa, Sor Ana, Vicaria, Sor Antonia, Juana y Eustaquia, discretas, y Sor F. F. y F. &c. á quienes, doy fe, conozco, todas Religiosas profesas de coro y velo negro que confesáron ser la mayor parte de las que hay y tienen voto de comunidad en este convento; por sí y en nombre de las que por graves indisposiciones no pueden concurrir á este acto, y de las que lo fuéren en lo sucesivo, por quienes prestan caucion de que tendrán por firme todo lo que aquí se contendrá, obligando expresamente á ello los bienes y rentas presentes y futuras de este convento; y estando congregadas, como lo acostumbran, quando han de conferir asuntos concernientes al servicio de Dios y utilidad de este convento, propuso la referida Abadesa á las demas que Don N. de tal vecino de tal parte tiene una hija llamada Narcisa de tanta edad, la qual quiere ser Religiosa de coro y velo negro en este convento: que ofrece tanta cantidad por su dote, ajuar, propinas y alimentos del año de noviciado en esta forma: (*se expresará en qual y á qué plazos la ha de pagar*) y que con esto ningun derecho ha de reservar para sí dicha su hija ni tenerle este convento á sus legítimas y sucesiones futuras, sino que lo ha de renunciar todo en el mencionado su padre: en cuya atencion les manda que vean, si conviene, ó no recibirla, y que den su voto libremente; y enteradas respondiéron que mediante á estar informadas de la virtud y recogimiento de la mencionada Narcisa, y á ser competente la dote que su padre ofrece, les parece útil y conve-

niente admitirla; pero que sin embargo lo reflexionarán mejor y resolverán lo que mas convenga, por cuya razon suspenden dar ahora su voto decisivo. Así lo dixéron y firman, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa. (*Conforme á este tratado se han de extender los otros dos, relacionando el primero en el segundo, y ámbos en el tercero, en el qual resolverán que se le dé el bábito y admita por religiosa, obligandose su padre á cumplir su promesa en los plazos propuestos: despues impetrarán la patente ó licencia de su Superior, y todo se insertará original en la escritura de recepcion. En muchas partes no se hace escritura de nada de esto sino tan solo de la renuncia y entrega de la dote; pero sin embargo lo extenderé para que sirva de modelo al Escribano, por si le ocurre*).

Escritura de recepcion.

33 Estando en la porteria del convento de Santa Catalina del órden de tal Santo intramuros de esta villa de tal á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos las Madres Sor Francisca de tal, Abadesa, Sor Ana, Vicaria, &c. á quienes, doy fe, conozco, todas Religiosas profesas de coro y velo negro que confesáron ser la mayor parte de las que hay y tienen voto de comunidad en él, por sí, y en nombre de las impedidas legítimamente para concurrir á celebrar este acto, y de las que les sucedieren, por quienes presentan caucion de que aprobarán el contenido de esta escritura; dixéron: que Don F. de tal vecino de esta villa en atencion á la firme vocacion que desde su tierna infancia ha tenido Doña Narcisa su hija legítima de ser Religiosa de coro y velo negro en este convento, para servir mejor á Dios y á su Santísima Madre, solicitó con dicha Madre Abadesa se la recibiese por tal, ofreciendo á este fin tanta cantidad por su dote, ajuar, propinas y alimentos del año de noviciado segun estilo, siempre que en el término prefinido por el Santo Concilio de Trento y con la solemnidad que se requiere, renunciase á su favor sus legítimas y sucesiones futuras; habiéndolo hecho presente la Madre Abadesa á las demas Religiosas y conferidolo estas entre sí, celebrando los tres tratados ordinarios, resolviéron unánimes admitirla y diéron parte de su delibera-

cion al Ilustrísimo Señor Don N. Obispo de esta diócesi su Superior, quien en vista de su representacion les concedió licencia para ello en tal dia mes y año, refrendada de D. N. su Secretario, que con los tratados se une original á esta escritura para documentarla é incorporarla en sus traslados, y su contenido á la letra es el siguiente, (*En seguida y §. aparte se ponen los tratados y licencia por su órden.*

Concuerdan los tratados y licencia insertos con los que estan en el protocolo de esta escritura, de que doy fe, y usando las mencionadas Religiosas de la dicha licencia, en la forma que mas haya lugar en derecho= Otorgan: que reciben por Monja de coro y velo negro á la referida Doña Narcisa de tal que se halla presente, y se obligan, á que dentro de los dos meses inmediatos á su profesion renunciará á favor de su padre sus legítimas y sucesiones futuras formalizando la escritura correspondiente, y este convento la de aprobacion, si fuere necesaria; y si por olvido ú otro motivo no se formalizaren, y profesase sin haber renunciado, desde ahora por lo que toca á este convento, la han por hecha las Madres otorgantes con todas las firmezas legales, renuncian para siempre el derecho que podia tener á ellas este convento, y lo traspasan enteramente para siempre en el citado Don F. y en quien les suceda y represente, para que las goce y disponga á su arbitrio de ellas y su importe como de cosa suya adquirida con legítimo título: mediante á que en la aceptacion de esta escritura se ha de obligar á satisfacer á este convento á tales plazos tanta cantidad que ha ofrecido por las causas expuestas en su introduccion, con la qual se dan las otorgantes y este convento por pagadas y satisfechas de la dote, ajuar, propinas y alimentos de la Doña Narcisa y de todo quanto le puede corresponder por sus legítimas y sucesiones futuras por testamento y abintesto, ó por contrato de padres, parientes y extraños por causa presente y futura; y se obligan á no pedir mas con este ni otro pretexto al expresado Don N. su padre ni á sus herederos en ningun tiempo. Así pues, habiendo oido á la letra y entendido esta escritura dicho Don N. dixo: que acepta la renuncia y obligacion que por parte de este convento queda formalizada, y se obliga á satisfacerle en su consequencia á los plazos referidos los tantos reales que ofreció

á la Madre Abadesa por la dote, ajuar, propinas y alimentos de la mencionada su hija, á cuyo puntual pago y al de las costas que por falta de este se le causen en su exáccion, quiere ser compelido por todo rigor, deferido el importe de estas en la relacion jurada de quien sea parte legítima para su percibo, y le releva de otra prueba. En esta atencion todos por lo que les incumbe, prometen no tergiversar ni reclamar este contrato, ni alegar por sí ni por interpósita persona excepcion alguna, aunque sea admisible en juicio; y si lo hicieren, á mas de no ser oidos quieren se les condene en costas, para cuyo cumplimiento obligan el citado D. N. todos sus bienes, y las referidas Religiosas los de este convento, y derechos presentes y futuros, &c. (*Aquí se pondrá la renuncia de leyes, del beneficio de menor edad y auxilio de restitucion por entero que compete al convento, y el juramento que se requiere para la mayor estabilidad del contrato y nada mas*).

Renuncia de Monja.

94 Estando en el locutorio baxo (ó puerta reglar) del convento de tal Santo intramuros de esta villa de tal á tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos Sor, ó Doña Francisca de tal Novicia en él, á quien, doy fe, conozco, menor de veinticinco años, natural de tal parte é hija legítima de Don F. y Doña F. de tal vecinos de la referida villa = dixo, que desde su tierna infancia ha deseado con ansia ser Religiosa, y mucho mas despues que con el mayor uso de su razon ha conocido los escollos y peligros del mundo que son obstáculo para servir á Dios, y llegar al estado de la perfeccion; y habiéndolo consultado con personas timoratas que aprobáron su determinacion, y posteriormente con dicho su padre que se halla presente, pasó este á tratar del particular con la Madre Abadesa de este convento, y le ofreció por su dote, ajuar, propinas y alimentos tanta cantidad, con tal que renunciase á su favor el derecho que tiene, y puede tener á sus legítimas y sucesiones futuras, así por línea recta como transversal, por testamento y abintestato, de parientes y extraños, por causa presente y futura, y por otro qualquiera motivo, obligándose en este supuesto á su-

pago en escritura que otorgó en tal dia, mes y año ante N. Escribano, y precedidas las solemnidades acostumbradas fué admitida por Religiosa de coro y velo negro en este convento que condescendió en todo con la proposicion de su padre; y para que la profesion y renuncia tuviesen efecto, se impetró licencia del Señor Vicario General de esta diócesi en tantos de este mes refrendada de F. Notario de su tribunal, la qual se une á esta escritura para documentarla é incorporarla en sus traslados, y su contenido á la letra es el siguiente. (*En seguida y § aparte la licencia del Ordinario*).

Concuerda esta licencia con la que se halla en el protocolo de esta escritura, de que doy fe; y usando de ella la otorgante, mediante á estar dentro de los dos meses inmediatos á su profesion que prefine el Santo Concilio de Trento, en la forma que mas haya lugar en derecho, de su libre voluntad= Otorga: que desde ahora para quando haga su profesion, y desde esta para siempre renuncia á favor del mencionado su padre todos los bienes y derechos que actualmente le pertenecen y pueden corresponder en adelante así por muerte de sus padres como por otras herencias, por testamento y abintesto, por legados y donaciones puras ó por causa de muerte, de parientes y extraños por causa presente y futura, y la esperanza de ellos sin limitacion ni reserva: se aparta absolutamente, y aparta á su convento de qualquier derecho que tenia y podia tener á ellos, y este por su representacion, transfiriéndolo todo con quantas acciones le competen en el mencionado su padre, para que de su autoridad ó judicialmente: verificada que sea su profesion, tome la posesion de todos los bienes que en virtud de este instrumento le corresponde, y sin su intervencion los enagene y disponga de ellos como dueño á su arbitrio en contrato ó última voluntad á favor de parientes ó extraños, ó en otros destinos, sin estar sujeto en lo respectivo á los que la otorgante posee y parte de ellos de que puede disponer, á las leyes que hablan con los ascendientes legítimos, ni por consiguiente obligado á dexarlos á sus hermanos; pues para esto le subroga en el que tiene y tendria, se se hallara en el siglo, carec iera de herederos forzosos y falleciera despues que su padre; y para que no necesite tomar

la posesion, formaliza á su favor esta escritura, y me pide que le dé de ella las copias autorizadas que quisiere, con la qual como legítimo y justo título sin otro acto de aprehension ni aceptacion ha de ser visto haberla tomado; puesto que con la dote que le ofreció, se da por satisfecha de todo quanto por las razones expuestas le corresponderia á permanecer en el siglo; en cuya atencion declara no haber lesion alguna, y caso que la haya, le hace del exceso en poca ó mucha cantidad donacion pura é irrevocable, renunciando á mayor abundamiento la ley 1 tit. 11 lib. 5. de la Recopilacion que trata de los contratos en que hay lesion, y los quatro años que prefine para pretender su recision ó el suplemento á lo justo. Así pues, se obliga á no revocar ni en todo ni en parte esta renuncia abdicativa, real y extinctiva, aunque para ello tenga excepcion legítima favorable, y si lo hiciere, á mas de ser nulo y no deber oírsela judicial ni extrajudicialmente ha de ser condenada en costas; y no obstante que por enfermedad ú otro motivo se difiera mucho tiempo su profesion, no ha de ser necesario hacer nueva renuncia, á causa de deberse tener esta por irrevocable, de suerte que aunque su padre muera intestado, ó intervenga nueva causa y derecho, ó cese aquella porque formaliza esta renuncia, no han de hacer reversion, ni recaer en ella ni en su convento los bienes que posee, ni los que heredaria estando en el siglo, sino pasar á los parientes que deban heredarla, para lo qual formaliza desde ahora la renuncia abdicativa y extinctiva mas eficaz que se requiere legalmente, y renuncia las leyes que la favorecen con el auxilio de la restitucion por entero que por ser menor la compete. Ademas jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz tal como esta ✠ que cumplirá exâcta y literalmente todo quanto ha prometido en esta escritura: que con el pretexto de ser este un contrato celebrado entre padre é hija, con el de menor edad, con el de lesion en mas ó ménos de la mitad de lo que le tocaria por sus legítimas y herencias futuras, si sus padres fallecieran ántes de profesar, y podria tocar en adelante: con el de pretericion y exheredacion, con el de dolo, sugestion, miedo, coaccion y respeto reverencial de su padre, (pues nada de estas cosas interviene) ni con otro motivo, sea el que fuere sin excepcion ni limita-

cion, no reclamará ni contravendrá á esta renuncia: que contra ella no tiene hecha ni hará protesta, y si pareciere, ú otra renuncia posterior, las revoca y anula: que no ha pedido ni pedirá relaxacion de este juramento y ningun Prelado Eclesiástico, y que aunque se le conceda de motupropio, no usará de ella pena de perjura y de incurrir en las demas impuestas por derecho á los infractores de los juramentos solemnes; y en fin que para la perpetua firmeza de este contrato quiere que en quanto al efecto de heredar por testamento ó abintestato, y á los demas civiles quiere se le tenga desde su profesion en adelante por extraña y muerta naturalmente. Así lo otorga y firma siendo testigos, &c.

35 Con arreglo á la renuncia anterior podrá el Escribano extender todas las de Religiosas Novicias que se le ofrezcan; pero debe tener presente que no en todas ha de poner quanto aquella contiene, por lo que si la renunciante no es menor, no ha de renunciar el beneficio que la compete por tal: si su padre no la da dote, nada se ha de tocar de ella: si no tiene ascendientes, no viene al caso hablar de legítimas: si carece de bienes propios, es necedad mencionarlos, y poner expresiones ó cláusulas correspondientes á su posesion: si se gobierna por sí sin dependencia de nadie, no hay motivo para hacer expresion del miedo y respeto reverencial, &c. pues el ponerlo todo en todas es un absurdo, y así para que el Escribano no sea tenido por necio, omitirá lo que no sea conducente conformándose con las circunstancias que concurran en la renunciante y con lo que quiere renunciar. Si su Prelada asiste al otorgamiento, puede firmar la renuncia solo por su concurrencia, aunque no es nada necesaria para su validacion. Las renuncias de Religiosos Novicios se diferencian solamente de la anterior en que como no hay dote, ajuar, ni propinas, ninguna expresion se hace de ellas.

Licencia para testar.

36 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fe, conozco, dixo: que Fernando López su hijo legítimo le ha suplicado que mediante á ser el otorgante su

heredero forzoso por testamento y abintestato en caso de no dexar hijos legítimos ni naturales, á no necesitar sus bienes para mantenerse, y á no permitirle la ley sexta de Toro disponer de mas que del tercio de ellos en perjuicio de sus ascendientes sin su licencia, le conceda facultad para dexarlos todos á la persona que le parezca; y el otorgante en atencion al mucho amor que profesa al citado su hijo, á tener caudal suficiente para su decente manutencion, y á otros justos motivos que le impelen, ha deliberado condescender á su súplica, y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar por derecho de su libre voluntad = Otorga y concede amplia licencia al expresado Fernando López su hijo, para que disponga por testamento, codicilo, donacion, ó en otro qualquier instrumento de todos los bienes y derechos que ha heredado de su madre, abuelos paternos y maternos, tios y otros parientes y extraños, y adquiriere desde hoy en adelante, y puedan recaer en él por última disposicion, abintestato, donacion, ú otro contrato lucrativo ú oneroso por causa presente y futura sin restriccion, á favor de la persona ó personas que le pareciere, exheredando y excluyendo al otorgante de su sucesion en uno ó mas testamentos y contratos, y usando de ellos y repartiéndolos á su eleccion del mismo modo que si no tuviera ascendiente alguno, pues el otorgante quiere que para este caso se le tenga por muerto. En esta atencion renuncia desde ahora enteramente por sí y sus descendientes el derecho que tiene y puede adquirir á dichos bienes, excepto que su hijo muera intestado, y le traspasa para siempre á dicha persona ó personas para que tomen de ellos la posesion que en virtud de la última disposicion, ó contrato que el expresado su hijo formalizáre, les correspondan, y los gocen y enagenen, haciendo de ellos lo que quisieren como de cosa suya adquirida con justo y legítimo título, sin intervencion del otorgante, quien jura por Dios nuestro Señor y una cruz tal como esta ✠, que no revocará ni reclamará ni en todo ni en parte esta licencia y renuncia con pretexto de ser contrato celebrado entre padre é hijo, ni de tener mas descendientes; ni de ser leso, ni con otro alguno, ni los contratos y últimas disposiciones que en su conseqüencia se formalicen, aunque no se mencione ni inserte en ellos, y

por estatutos legales le sea permitido, mediante á no necesitar los bienes de su hijo para su manutencion, como queda expuesto. Asimismo jura que de este juramento no tiene pedido, ni pedirá absolucion ni relaxacion á quien puede concedérsela, y que aunque de motu propio se le conceda, no usará de ella pena de perjuro, de incurrir en infamia y demas impuestos por derecho á los infractores de los juramentos solemnes. Finalmente jura que no tiene hecho juramento de no haber renuncias, cesiones, ni donaciones, ni conceder licencias para testar, ni protesta, ni reclamacion contra esta. Por tanto para subsistencia de este instrumento y de los que se otorguen en su virtud, obliga todos sus bienes y derechos, &c.

37 Los padres y demas ascendientes no solo pueden conceder la licencia para testar á sus descendientes legítimos en escritura como la anterior sino tambien en el propio testamento ó poder para testar que estos otorguen, aprobándolos, firmándolos, obligándose á no reclamarlos, ni tampoco la licencia, y poniendo las demas cláusulas correspondientes en los propios instrumentos; pues no basta que el Escribano, ó los otorgantes aseguren que se la conceden, sino que es preciso que los mismos ascendientes lo digan y juren no revocarla, firmándolo si saben, ó un testigo por ellos, como si la dieran en escritura separada, lo qual tendrá presente el Escribano para evitar dudas y pleytos.

38 Las recepciones de Religiosas, renuncias de legítimas y herencias futuras, y sus ratificaciones se han de escribir en el papel del sello primero: los tratados se extenderán en el del sello quarto, y la licencia para testar en el del sello segundo.

CAPITULO V.

De la reservacion que tiene que hacer el viudo ó viuda que se vuelve á casar.

§. UNICO.

1 La muger que contrae segundas nupcias está obligada á reservar para los hijos de su primer matrimonio todos los bienes que hubo de su marido por arras, testamento, fideicomiso, legado, donacion pura ó por causa de muerte y por otro qualquier título lucrativo, aunque ántes de casarse se los hubiese donado francamente, á cuya donacion llaman en latin *sponsalitia largitas* (1). En esta atencion no puede enagenarlos, hipotecarlos, gravarlos, ni disponer de ellos entre los hijos del segundo matrimonio, ni entre otros parientes, ni extraños, y ademas los suyos estan tácitamente afectos é hipotecados á su responsabilidad ó á la de su importe, debiendo dar suficiente caucion y seguridad de restituírselos y usar de ellos á arbitrio de buen varon, que es como buen administrador y padre de familia (*a*); pues por el hecho de volverse á casar pierde su dominio quedándole solo el usufructo miéntras viva, y consiguientemente tampoco puede dexar mas porcion de ellos á uno de los hijos de su primer matrimonio que á los otros, quienes deben dividirlos entre sí con igualdad ó á prorata de su haber con arreglo á la institucion y testamento paterno (*b*); lo qual prevendrá el contador en las particiones para que conste á los interesados y usen á su tiempo de su derecho.

2 No solo está obligada la muger á reservar para los hijos del primer matrimonio los mencionados bienes, sino tambien los que herede por muerte abintestato de alguno de ellos; pero en este caso reservará únicamente los que el hijo difunto heredó de su padre, no los que le donó otro pariente ó extraño, aunque fuese por contemplacion de su padre, ni los que adquirió con su industria y trabajo: ó le dió, ven-

(1) Liberalidad *esponsalicia* ó de esposos.

(*a*) Leyes 26 tit. 13 P. 5, y 1 tit. 2. lib. 3 del Fuero Real. (*b*) Auth. Ex testamento, Auth. In donatione, y Auth. Lucrum Cod. de Secund. nupt.

dió ó permutó: recayéron en ella por otro título que no sea de sucesion: ni quando queda viuda ántes de los 25 años, aunque dentro del de la viudedad los cumpla, pues la menor edad la exîme de la pena de reservacion: ni tampoco los que el hijo le dexó en testamento, porque en el abintestato sucede meramente por ministerio y disposicion de la ley, y por testamento, sucede por la de esta y mediante la voluntad de su hijo, como si fuera extraño (a); bien que en mi concepto lo mismo debe proceder por testamento que abintestato, excepto en aquello de que el hijo puede testar, y así deberá reservar las dos terceras partes y la otra tercera no, porque de ella puede disponer á favor de quien quisiere en virtud de la ley 6 de Toro, y no disponiendo, se verifica que suceden en ella mediante su voluntad, como sucederia un extraño. Pero en atencion á ser esto opinable se adherirá cada uno al dictamen que mas le convenza.

3 Procede esta obligacion no solo quando la muger se casa segunda vez, sino dos, tres ó mas, por lo que debe reservar á cada hijo ó hijos los bienes que hubo de su respectivo padre (b); mas si el marido ó maridos le concedièron licencia para volverse á casar, ó despues de viuda la impetró del Rey ó de sus hijos, no está obligada á reservárselos, y ántes bien se dividirán entre todos con igualdad (c).

4 En todos los casos en que la muger está obligada á hacer la reservacion para sus hijos, en los mismos sin limitacion ni excepcion lo está el marido, si vuelve á casarse (d); pero de los bienes que multiplican, y adquieren con su industria constante el matrimonio, nada tienen obligacion de reservarles, aunque se casen muchas veces y de tal matrimonio ó matrimonios en que adquiriéron los bienes, hayan hijos, y así podrán disponer de ellos como de los patrimoniales, porque los adquieren con su industria y trabajo que es título oneroso (e).

5 Todo lo expuesto procede y ha lugar, quando por muerte del cónyuge que sobrevive, quedan bienes suficien-

(a) Matienzo ley 3 tit. 1 lib. 5 R. glos. 2 nn. 15 y 16. Morquecho de Divis. honor. lib. 4 cap. 12 nn. 2, &c. y 7. (b) Ley 4 Cod. de Secund. nupt. (c) Ley 3 tit. 12 Part. 4. Góm. ley 14 de Toro n. 6. Matienzo en la 3 tit. 1 lib. 5 R. glos. 2 n. 43. (d) Ley 15 de Toro que es la 4 tit. 1 lib. 5 R. (e) Ley 6 tit. 9 lib. 5 R. Gutier. lib. 2 pract. q. 95 n. 21.

tes para satisfacer á los hijos del matrimonio anterior el importe de los heredados del hijo, ó hijos muertos, y á la muger última su dote, arras y demas derechos que llevó, y constante el suyo heredó, ó quando existen los bienes; pero en caso que no haya para todos, que la madre haya dexado, v. gr. tres hijos, y el padre heredado de dos de ellos que murieron abintestato sin sucesion ó en la edad pupilar las legítimas maternas que les tocáron, é importó la dote de su madre, y despues de muertos, ó ántes vuéltose á casar; se pregunta, si muerto el padre y no existiendo los bienes maternos, será preferida la muger última, ó sus hijos por su dote al hijo que sobrevive del matrimonio precedente que solicita la herencia, ó parte materna de sus dos hermanos difuntos que su padre debió reservarle, y de que perdió la propiedad por haber pasado á segundas nupcias.

6 Parece que debe ser preferido el hijo del matrimonio anterior, porque el privilegio dotal no solo compete á la muger contra los bienes de su marido sino tambien á sus herederos legítimos, y en concurrencia de dos dotes la que es primero en tiempo lo es en derecho, por ser créditos de una naturaleza, y gozar ámbas del mismo privilegio de prelacion, aunque tendrá preferencia la segunda en sus bienes dotales conocidos que existan. Pero en mi concepto lo contrario debe seguirse: lo primero, porque el hijo que sobrevive á su madre, no tuvo mas derecho como uno de tres que á la tercera parte de la dote, ni puede adquirirle despues por estar satisfechos de ella, y así la accion que le compete, no es dotal sino hereditaria por la muerte abintestato de sus hermanos, de quien es heredero; pues incontinente que ellos, ó su padre como su legítimo administrador se apoderan de los bienes de su difunta madre, se hacen estos patrimonio suyo, y cesa la accion y privilegio de dote, por no transmitirse este al heredero de su hijo ni á otros, ni revivir despues que espiró; y solo será dotal, quando el hijo ó descendiente legítimo por no hallarse reintegrado de su legítima materna ó abolenga, la pretende: lo segundo, porque para repetir los bienes referidos le concede la ley únicamente hipoteca tácita sin privilegio de prelacion contra los de su padre; y aunque es primera en tiempo que la de la dote

segunda, como la de esta tiene el de antelacion segun derecho (a) á todas las tácitas anteriores que carecen de él, debe tenerle tambien por su dote la muger segunda á quien compete; y lo tercero, porque el padre en el instante que fallecen sus hijos, se hace dueño de sus bienes en virtud de la ley 6 de Toro, y la reservacion á que le obligan las leyes citadas en los números precedentes, no es otra cosa que una pena que le imponen, porque vuelve á casarse, (pues se presume que amará mas á la segunda muger y á sus hijos, y que por enriquecerlos defraudará á los de la primera) y así pierde su propiedad y pasa al hijo que sobrevive, quien por beneficio de la ley es heredero forzoso abintestato de sus hermanos como consanguíneo mas propinquo, y viene á ser lo mismo que si murieran despues que su padre sin testamento ni tener mas bienes que los maternos, por manera que se queda en la clase de acreedor hipotecario legal sin otro privilegio ni antelacion que la que el tiempo le dé en concurrencia de otros iguales en la hipoteca tácita. No sirve decir que este caso está comprehendido virtualmente en la regla de que *en concurrencia de dos dotes la primera en tiempo lo es en derecho*: porque á mas de no estarlo y deberse entender la ley segun suena, se ve que á la dote concede expresamente dos privilegios, uno de hipoteca tácita y otro de prelacion; y á los bienes reservables, ó (hablando con propiedad) al hijo contra los del padre solo el de hipoteca tácita, y si los estimára por dotales, se los concederia igualmente: lo qual se prueba mas bien con que el padre no está obligado á reservar los que el hijo adquirió por otro título lucrativo, y con que quando la madre es la que hace la reservacion, la accion que compete al hijo no es por razon de dote, porque los del padre no gozan del privilegio dotal, como que no son dotales, sino una accion penal y de reivindicacion de bienes propios que posee un tercero con cargo de restitucion y prohibicion de enagenarlos. Mas lo referido se limita, si los bienes reservables exîsten, pues entónces debe llevarlos el hijo, por ser los mismos que dexó su madre, tener

(a) Ley 33 tit. 13 P. 5, y 7. Cod. Qui potior in pignor. hab. y 9 Cod. de Jure dot.

dominio en su propiedad desde que su padre se casó, y haber sido éste un mero usufructuario obligado á devolverlos (*a*).

7 La muger que se casa dentro del año de la viudedad está obligada á restituir á los herederos de su marido la mitad del lecho quotidiano, si se deduce de los gananciales como habiéndolos debe deducirse; y si no los hay, y por este motivo se saca de los bienes propios de su marido, á volverle enteramente á los hijos del primer matrimonio, pues por ser hacienda de su padre les pertenece en posesion, propiedad y usufructo (*b*); y aunque algunos afirman que solo tiene obligacion de reservársele, y que ha de gozar de su usufructo durante su vida, no me conformo con su dictámen, porque la ley del Fuero Real (*c*) que trata de esto y está en uso, no lo dice. He aquí sus palabras. „Si el marido, ó la muger muriere, el lecho que habian quotidiano, finque (*quede*) al vivo; é si se casare, tornenlo á particion con los herederos del muerto (*d*).„ La propia obligacion tiene el marido en caso de volverse á casar, por lo qual si al tiempo de hacerse la particion estan casados otra vez (sea dentro, ó fuera del año de la viudedad, pues la ley no distingue) no se les debe abonar; y así se executorió años pasados en el Consejo confirmando cierta sentencia de D. Juan Gayon, Teniente Corregidor de esta villa, en que aprobó una particion hecha en estos términos, de que entre otras cosas se habia agraviado una viuda casada segunda vez. Y es de advertir, que aunque el testador legue á su consorte el quinto, se le debe entregar el lecho ó su importe, porque se le concede el derecho y es deuda contra sus bienes á falta de gananciales.

CAPÍTULO VI.

De los bienes gananciales.

§. UNICO.

1 Los bienes que marido y muger adquieren y multiplican constante el matrimonio, miéntras viven juntos, se les comunican por mitad en estos reynos de Castilla,

(*a*) Sobre esto y otras cosas concernientes á la reservacion se trata mas extensamente en la segunda parte lib. 2. cap. 5 (*b*) Ley 4. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, Montalv. en ella. Gutier. lib. 2 pract. quæst. 93, 94 y 95. (*c*) La 6 tit. 6 lib. 3. (*d*) Véase sobre esto la segunda parte lib. 1 cap. 6.

aunque sea donacion que el Rey ú otro les haga (*a*), y aunque si los compran, suene la venta en cabeza de uno ó de ámbos, porque se atiende al tiempo de su adquisicion, no al sugeto en cuyo nombre aparecen comprados, y para este efecto se estiman los dos por una sola persona; y sino consta, ni se acredita quáles son, ó quánto importan los que cada uno llevó, ó durante él le donaron ó heredó, todos se presumen gananciales (*b*). Del mismo modo son comunes las deudas que contraen y de ellos deben pagarse (*c*), aunque cada cónyuge tiene obligacion de satisfacer de los suyos propios, sean, ó no gananciales, las que contraxo y tenia ántes de casarse (*d*). En la ciudad de Córdova y su obispado no adquirian gananciales las mugeres casadas, sino que al tiempo de casarse pactasen lo contrario con sus novios; pero en el dia los adquieren como las demas del reyno (*e*).

2 De esta regla general se exceptuan varios casos en que no se comunican á los casados los bienes que ganan, miéntras lo están. El primero es, quando la novia permanece en su casa sin haber ido á vivir con su marido, pues entónces, como no ha puesto trabajo ni cuidado en su aumento y conservacion, que es uno de los motivos porque se concede á las mugeres la mitad, no debe participar de ellos (*f*). El segundo es, quando se divorcian por culpa de uno de ellos, pues el que la tuviere nada llevará (*g*).

3 El tercero es, quando los bienes son adquiridos por donacion del Rey ó otra persona, ó por testamento ó abintestato, y así probando uno de los consortes ser suyos por alguna de estas causas, no tiene el otro parte en ellos (*h*); pues no es visto haberse donado ni dexado á los dos; fuera de que lo adquirido por dichos títulos no se comunica á

(*a*) Leyes 1 y 2 t. 9 lib. 5 R. (*b*) Leyes 1 t. 3 lib. 3 del Fuero Real, y 203 del Estilo. Montalvo en ella verb. de Consuno. (*c*) Ley 14 t. 20 lib. 3. del Fuero Real. (*d*) Leyes 1 t. 3 lib. 3 del Fuero Real, y 207 y 223 del Estilo. (*e*) Real provision de 16 de junio de 1801 comunicada circularmente en 6 de marzo de 1802, que segun circular de 14 de abril de 1804 comprehende aun los matrimonios contrahidos ántes de 28 de mayo de 1801, en que se publicó en el Consejo dicha Real provision, como no se hubiesen disuelto. Véanse las Adiciones pág. 12. (*f*) Montalvo en dicha ley 1 del Fuero glos. 1. Palac. Rub. en la 16 de Toro n. 12. Covar. de Spons. part. 2 cap. 7. §. 1. n. 6. (*g*) Góm. ley 50 de Toro n. 72 versic. Ex quibus notabiliter. Matienz. en la 2 t. 9 lib. 5 R. glos. 1 nn. 53 y sig. (*h*) Leyes 1 y 3 t. 9. lib. 5 R. Góm. en la 50 de Toro versic. Secundus & tertius est.

la compañía (*a*), y esta la hay entre marido y muger. El quarto es, quando los bienes son castrenses, ó provienen de salario ó estipendio militar, sino es que se adquieren á expensas de ámbos; pues entónces al modo que estas son comunes, deben serlo los salarios, porque son sus frutos y estos de qualquier calidad que sean se comunican igualmente entre los casados, por cuya razon los bienes quasi castrenses son comunicables, puesto que el oficio de Juez, Abogado, Escribano, &c. concedido al marido es la propiedad, y lo que con qualquiera de ellos gana es fruto (*b*), y este se les comunica. El quinto es, quando la muger renuncia los gananciales ántes, al tiempo, ó despues del matrimonio, pues valdrá el pacto ó renuncia así con respecto á los presentes como con respecto á los futuros, si bien entónces no debe pagar deudas (*c*).

4 El sexto es, quando el marido con Real permiso ó sin él hace reparos y mejoras en las fortalezas, y cercas de las ciudades, villas, lugares, casas y heredamientos de su mayorazgo; pues la muger, sus hijos, herederos y sucesores no tienen derecho á pedir la mitad de ellas que como gananciales debia tocarles, ni el del mayorazgo está obligado á darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad (*d*).

5 Y el séptimo caso es, quando alguno de los cónyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una ó mas fincas de que un tercero es usufructuario y por su muerte recae el usufructo en el dueño de aquellas, porque como este se adquiere por la misma causa porque se adquirió la propiedad con la qual se consolida, no se contempla cosa distinta, y así no es comunicable al otro cónyuge, de suerte que para este efecto es lo mismo que si se hubieran llevado en propiedad y usufructo al matrimonio; pero los frutos que las fincas producen, se comunican á los casados y deben servir para ayuda á superar las cargas matrimoniales (*e*).

6 Aunque uno de los casados lleve al matrimonio ó adquiera durante él mas bienes que el otro, de qualquier ca-

(*a*) Matienz. ley 3 t. 9 lib. 5 glos. 6 nn. 1 y fin. (*b*) Góm. dich. ley vers. quartus est n. 72. (*c*) Ley 9 t. 9 lib. 5 R. Rodrig. Suar. ley 1 t. de las ganancias lib. 3 del Fuero. Góm. y Castillo en la 60 de Toro. (*d*) Ley 6 t. 7 lib. 5 R. Góm. en la 46 de Toro. Vease el cap. 7 n. 51 y su nota. (*e*) Leyes 4 y 5 t. 9 lib. 5 R. Castillo de Usufructo cap. 76. Covar. de Matrim. part. 2. cap. 7. §. 1. n. 1.

lidad que sean sin excepcion ni distincion de castrenses, quasi castrenses, adventicios, ni profecticios, se comunican por igualdad á entrámbos todos los frutos que producen (a); porque estos no gozan del privilegio que los bienes referidos. Si los frutos son de árboles, viñas y huertas, basta que aparezcan ó se vean nacidos al tiempo de la disolucion del matrimonio. Si hay siembras de trigo, cebada ú otra semilla que no ha nacido ni se vé, entónces se ha de dividir esta, ó su valor entre los cónyuges; y si nada está sembrado, solo tendrá obligacion el dueño de satisfacer al cónyuge, ó á sus herederos la mitad de los gastos hechos aquel año en sus labores (b). Si los frutos son de rebaños ú otros animales productivos, ya esten nacidos, ya en el vientre de sus madres, se comunican tambien á los cónyuges (c), lo qual se practica en las particiones (d).

7. Si el marido manda alguna cosa á su muger, no se le ha de contar en su parte de gananciales (e), lo qual ha de observarse tambien, quando ella le haga algun legado, porque versa igual razon; y si ámbos casan algun hijo suyo prometiéndole dote ó arras, deben pagárselas por mitad de los gananciales, y no habiéndolos de sus bienes patrimoniales; pero si uno solo se las ofrece, está obligado á satisfacérselas (f).

8. El marido puede enagenar constante el matrimonio algunos ó todos los bienes gananciales sin consentimiento ni licencia de su muger, no siendo castrenses ni casi castrenses (g); mas si por la misma enagenacion, ó por otro medio se prueba que la hace con dolo por damnificarla, tiene accion para repetir su mitad, en cuyo caso consistiendo los enagenados en número, peso, ó medida, ó siendo muebles que no existen, deben el marido ó sus herederos reintegrarla su parte de su patrimonio, y en su defecto deducírsele de la suya y aplicarla á su muger; y si el marido es pobre, puede la muger habiendo hecho excusion en sus

(a) Leyes 4 y 5 tit. 9 lib. 5 R. (b) Leyes 10 t. 4 lib. 3 del Fuero Real y 26 tit. 11 part. 4. (c) Gom. ley 50 de Toro, n. 71. Matienz. en la 4 t. 9. lib. 5 R. glos. 1 n. 4. (d) En la segunda parte lib. 1 cap. 5 §. 5 se explica esto con mas extension, por ser su propio lugar. (e) Ley 7 t. 9. lib. 5 R. (f) Ley 8 t. 9 lib. 5 R. De esto se trata mas latamente en el lib. 1 cap. 4 §. 5 de la segunda parte. (g) Ley 5 t. 9 lib. 5 R. Acev. en ella.

bienes demandarla al que la posea, por haber sido enagenada con fraude y en perjuicio suyo, pero existiendo no necisita hacer la excusion para reivindicarla del poseedor (a). Sobre si podrá ó no donarlos, hay variedad en los AA. y conformándome con lo que dice Acevedo (b) conciliando las opiniones, digo que sí, con tal que la donacion sea moderada ó se haga á parientes, de suerte que nunca se perjudique á la muger en la mitad, ó mas del haber que le toca en dichos bienes, porque el marido es el que regularmente los gana con afanes y desvelos, y la muger poco trabajo tiene en conservarlos, mayormente en estos tiempos en que muchas no solo no debian adquirirlos, sino que habian de perder de su dote y herencias lo que en luxo y otras superfluidades desfalcan á los maridos: acerca de lo qual habia de tenerse en consideracion la mas ó ménos aplicacion que tuviesen y justificasen á falta de declaracion del marido, para refrenar de esta suerte su veleidad, locura y prodigalidad, y obligarlas por este medio á cumplir con su obligacion, como lo harian, si la ley y AA. que les son demasiado afectos, no las protegiesen tanto.

9 Quando alguno de los cónyuges comete delito de apostasía, de lesa Magestad, ú otro por el que segun derecho debe perder los bienes gananciales, solo el perpetrador perderá su mitad y no el inocente, reputándose gananciales todos los aumentados hasta que por el crimen se declaran por perdidos, aunque este sea de tal calidad que ipsojure incurra en la pena el delinqüente (c); y es de advertir que si la muger es adúltera, ó se vuelve Mora, Judia, ó de otra secta, pierde no solo los gananciales sino tambien su dote y arras (d), en cuya pena incurre asimismo, si contra la voluntad de su marido va á casa de hombre sospechoso (e), porque se presume adúltera.

10 Quando la muger vive deshonestamente estando viuda, pierde los bienes gananciales y debe restituirlos á los herederos de su marido, aunque sean extraños (f); pe-

(a) Góm. ley 50 de Toro n. 72 vers. Quintus, y nn. 73 y 74 (b) Ley 5 t. 9 lib. 5 R. nn. 9, &c. y 18. (c) Leyes 10 y 11 t. 9 lib. 5 R. y 6 t. 25 P. 7. (d) Leyes fin. t. 2 lib. 3 del Fuero, 23 t. 11. P. 4, 15 t. 17 y 6 t. 25 P. 7 y 11 t. 9 lib. 5 R. (e) Leyes fin. t. 2 lib. 3 del Fuero, y 51 t. 17 P. 7. (f) Leyes 5 y 11 t. 9 lib. 5 R.

ro esta pena de restitucion no se extiende al marido, porque en este no es tan reparable la deshonestidad, y porque no deshonra á su muger como esta á él, en cuya atencion no puede acusarle de adúltero como él á ella (*a*).

CAPITULO VII.

De los mayorazgos y sus agregaciones.

§. I.

1 El mayorazgo es *un derecho que tiene el primogénito mas próximo de suceder en los bienes dexados con la condicion de que se conserven íntegros perpetuamente en su familia* (*b*). Tambien se llama mayorazgo por extension qualquiera derecho de suceder en bienes vinculados por fideicomiso ú otra disposicion segun las reglas prescriptas por el fundador, como asimismo el conjunto de bienes vinculados (1). Puede ser temporal y perpetuo: temporal es, quan-

(*a*) Ley 1 t. 17 P. 7. Tello Fernandez en la 6 de Toro n. 22. (*b*) Molina de hispan. promog. lib. 1 cap. 1 nn. 5 &c. y 22.

(1) La ignorancia que ha adoptado tantas veces como verdades inconcusas los errores mas funestos para la humanidad, ha permitido y aun fomentado los vínculos y mayorazgos creyéndolos útiles al estado sin embargo de ser muy contrarios á la poblacion. Esta es en toda sociedad proporcionada á su subsistencia, la qual disminuyen sobre manera las vinculaciones, por destinar á uno solo lo que corresponde y debe distribuirse entre muchos. Causame admiracion ver propagada por casi toda Europa una tan fatal institucion como la de los mayorazgos, quando á primera vista choca y ofende á todo corazon humano y sensible que muchos hijos menores hayan de ser sacrificados á un hijo mayor, y que aquellos hayan de pasar su vida en la miseria é indigencia para que este pueda hacer ostentacion de su luxo, de sus facultades y aun tal vez de sus vicios. No es lo que importa al estado el que unas pocas familias conserven su lustre y esplendor á costa de infinitas sumergidas en la desdicha y obscuridad, sino el que por medio de la mejor distribucion de las riquezas puedan todos los ciudadanos vivir con desahogo y comodidad. Estas verdades que los escritores económicos nos han demostrado con la mayor evidencia y que debieran ser mas conocidas del vulgo, no se han escapado de los ojos perspicaces de nuestro ilustrado gobierno, quien al mismo tiempo ha conocido otros perjuicios considerables que han hecho y hacen al estado las vinculaciones. Prueba manifiesta de todo esto son las varias Reales órdenes insertas al fin de este capítulo que oponiendo diferentes obstaculos á la institucion de mayorazgos y vínculos, y concediendo ciertas facultades para la enagena-

do se funda únicamente para ciertas líneas ó personas, mandando el fundador que acabadas ó muertas cese la vinculacion de sus bienes y pueda el último poseedor disponer de ellos á su arbitrio, ó los dé á otros sin aquel gravámen; y perpétuo es quando expresa ó manifiesta el fundador de algun modo que lo sea, en cuyo caso no solo pasará despues de los llamados á otros parientes sino tambien á los extraños que nombre el último poseedor (*a*).

2 Tantas son las especies de mayorazgo quantas son las maneras de instituirle que pueden ocurrir al hombre (*b*); pero la principal division que se hace es en regular é irregular, subdividiéndose este en mayorazgo *de verdadera y rigorosa agnacion, de agnacion fingida ó artificiosa, de mera, pura, simple ó nuda masculinidad, de femineidad, ó contraria agnacion, ó masculinidad, de eleccion, de naturaleza alternativa, de segunda genitura, y de incompatibilidad* (*c*).

3 El mayorazgo *regular* es aquel en que se sucede segun el órden prescripto para la sucesion del reyno por la ley 2 tit. 15 partid. 2; esto es, aquel para cuya sucesion se nombra primero al hijo varon mayor y á sus descendientes legítimos, prefiriendo siempre el mayor al menor y el varon á la hembra, y despues á los demás por el mismo órden, guardándose entre ellos la prelacion, atendida la línea, grado, sexô y edad, y observándose lo mismo en los transversales, porque la voluntad del instituidor no apetece qualidad alguna en el primer llamado ni en los siguientes. Es regular el mayorazgo en estos casos. 1. Quando dice el fundador: *Instituyo mayorazgo de tales bienes, ó lego ó dono á Pedro tales bienes para que los tenga y posea con título de mayorazgo.* 2. Quando dice: *Instituyo mayorazgo en favor de Pedro, y despues de él sucedan sus hijos y descendientes, prefiriendo el mayor al menor y el varon á la hembra*; ó quando hace muchos llamamientos y concluye diciendo *que el varon suceda á la hembra.* 3. Quando dice: *Instituyo mayorazgo en favor de tal hijo ó pariente mio, y mando que des-*

cion de sus bienes conspiran sabiamente á impedir su aumento, y aun á disminuir el número de los ya establecidos.

(*a*) Molina dicho lib. 1 cap. 4 nn 15 y 16. (*b*) Alv. Pegas de majorat. tom. 2 cap. 11 n. 1. (*c*) Roxas de Almansa de Incompat. disp. 1 quæst. 1 nn. 2 y 3.

pues de sus dias se suceda en él por líneas, ó que se suceda de línea en línea. Quando dice: *que funda mayorazgo*, y habiendo llamado á su obtencion á algun varon, manda *que despues de este sucedan todos sus hijos y descendientes por línea recta; ó quando llama á la sucesion á todos los varones suyos por línea recta.* 5. Quando dice: *Mando que en este mi mayorazgo se suceda por línea recta: ó instituyo mayorazgo en favor de mis hijos y descendientes por línea recta.* 6. Quando por carecer tal vez de hijos el fundador dice: *Suceda en este mayorazgo Pedro, ó tal pariente mio, y despues de él todos mis parientes por mi línea paterna*, en el qual caso nunca sucederán los de la materna. 7. Quando aunque llame primero á su sucesion á algunos varones, manda *que despues de ellos sucedan los que tuvieren su nombre y apellido; ó los que fueren de su familia; ó dice que le funda para la conservacion de su linage, ó para los que fueren de tal casa, prosapia, descendencia ó parentela*; en cuyos tres últimos llamamientos se comprehenden así los parientes de parte del padre como los de parte de la madre del mismo fundador. 8. Quando dice: *que sucedan en el mayorazgo su hijo Pedro, despues su hijo primogénito varon, y en defecto de estos su nieto primogénito varon y los demas descendientes suyos varones*; ó quando habiendo llamado á algunos concluye diciendo, que así se proceda siempre en la sucesion de su mayorazgo. 9. Quando llama á su hijo varon mandando que despues de él suceda el hijo heredero legítimo de su hijo, á falta de este el segundogénito del propio fundador, en seguida sus hijos herederos legítimos, y así sucesivamente su legítima posteridad sin hacer mencion de las hembras (1). 10. Quando teniendo el fundador tres ó mas hijos varones manda *que el mayor suceda en el mayorazgo, despues el segundo y últimamente el tercero*, en cuyo caso las líneas masculina y femenina del mayor se han de acabar ántes que entren las del segundo, y las de este primero que entren las del tercero. 11. Quando hizo muchos llamamientos de varones y entre estos de alguna hembra ó hembras, habiendo algunos otros varones agnados ó cognados que podía nombrar y no nombró. 12. Quando la hembra funda el mayorazgo; pues aunque

(1) En este caso y en el anterior es regular el mayorazgo porque aun no se entienden excluidas las hembras.

llame á muchos varones, no es visto haber querido que no sucediesen hembras, ni aborrecido á su propio sexô. 13. Quando llamó á algun hijo, sobrino, ó pariente varon, y al hijo, nieto y viznieto varones de qualquiera de aquellos, y mandó que así sucediesen todos sus parientes con el gravámen de llevar el nombre y apellido suyo, y sus armas é insignias. 14. Quando al principio hizo fundacion de agnacion rigorosa, y despues llamó en general para quando se acabasen los agnados, á los demas parientes suyos, ó indefinidamente á su pariente mas cercano y demas con el gravámen referido; pues faltando los agnados llamados expresamente cesa la agnacion y el mayorazgo empieza á ser regular, porque las hembras pueden llevar el apellido, armas é insignias del fundador. 15. Quando en la fundacion se encuentran cláusulas intrincadas ó repugnantes entre sí sobre si el mayorazgo es *regular*, *agnaticio*, *ó de masculinidad*; pues en caso de duda se ha de tener por regular. 16. Quando el fundador instituye mayorazgo perpetuo y llama á todos los agnados que tiene sin hacer despues mencion de nadie; pues faltando los llamamientos del hombre entran los de la ley. 17. Quando por costumbre de los poseedores se sucede del modo regular en el mayorazgo desde su fundacion, cuya escritura no se encuentra, pues á falta de ella se ha de estár á la costumbre de suceder y al órden prescrito por la ley; de suerte que si se sucede en los términos regulares, se debe estimar por regular, si se acostumbró suceder por vía de agnacion, se tendrá por agnaticio, &c. (*a*).

4. El mayorazgo irregular es aquel que en la forma, modo ú órden de suceder se aparta del que se observa en la sucesion del reyno segun dicha ley 2 de Partida (1). El mayorazgo irregular de *rigorosa ó verdadera agnacion* es el que solo pueden obtener los agnados ó varones de varones, como sucede en los casos siguientes: quando el fundador llama precisamente á su goce á los varones de varones, y

(*a*) De estos casos trata latamente Roxas de Almansa disn. 1 q. 1 §. 1 nu. 2 &c. y 64 donde trae varias ampliaciones y limitaciones, y expone los fundamentos porque con todos estos llamamientos se instituyen mayorazgos regulares.

(1) Exceptuando aquello en que el mayorazgo es irregular, debe considerarse como regular, y han de tenerse presentes los principios y doctrinas que se adaptan al mayorazgo regular.

excluye perpetua y expresamente á las hembras y sus descendientes varones: quando dice especificadamente *que funda mayorazgo perpetuo agnatic o para sus parientes*; ó que quiere conservar los bienes de él en su agnacion, y nombra á un agnado: quando llama á alguno, ó á algunos hijos suyos, y si no tiene hijos, á sus sobrinos varones agnados, y manda que despues de ellos sucedan todos los demas descendientes varones de varones de los llamados: quando llama á algun hijo suyo ó sobrino agnado, y manda que despues de él sucedan todos los consanguíneos del mismo fundador por línea masculina, ó que en su mayorazgo jamas sucedan hembras ni varones de ellas: quando llama á todos sus hijos agnados por sus propios nombres, y á todos los descendientes varones de ellos, y omitiendo nombrar las hembras y cognados, pasa á llamar otros varones transversales suyos; y quando habiendo llamado primero á un sobrino suyo agnado y á todos los hijos varones agnados de él, dice que si el sobrino muriese sin hijo varon y con hijas, suceda la hija mayor con la obligacion precisa de casarse con varon agnado del fundador: que si al tiempo de la vacante estuviese casada con varon no agnado, pase el mayorazgo á la hija segunda soltera con la propia obligacion: que no cumpliendo con ella pase al varon agnado mas cercano del fundador; y que así se proceda en todas las demas vacantes (*a*).

5 El mayorazgo de *artificiosa ó fingida agnacion* es aquel para cuya sucesion llama primero el fundador á algun varon cognado suyo ó á alguna hembra, y manda que despues de él ó de ella solo sucedan los hijos y descendientes varones de varones de dicha hembra ó del referido cognado. Llámase de *agnacion ficta*, porque regularmente le funda quien no teniendo varones agnados finge y quiere conservar del modo dicho cierta especie de agnacion (*b*).

6 El de *pura, nuda, ó simple masculinidad* es aquel á cuyo goce solo se admiten varones parientes del fundador, sean agnados ó cognados. Es de masculinidad el mayorazgo en los siguientes casos. 1. Quando llama el fundador á algun varon, y manda que en lo sucesivo sucedan sus hijos y des-

(*a*) Roxas lug. cit. nn. 70 &c. y 101. (*b*) Roxas lug. cit. nn. 102, 103, 104 y 105.

cendientes varones, porque quiere que el mayorazgo sea para estos y no para hembras. 2. Quando habiendo llamado á alguno ó algunos varones manda que no sucedan hembras, miéntras haya varones, ó que sucedan varones y no hembras, ú otras palabras semejantes. 3. Quando teniendo muchos hijos ó sobrinos varones llama primero á su hijo ó sobrino primogénito, y manda que si falleciere sin hijos varones, pase el mayorazgo al hijo segundo del fundador, pasando en silencio las hijas del primogénito, y que si el segundo hijo muriese sin hijos varones, pase al tercero y á sus descendientes varones. 4. Quando habiendo llamado á alguno ó algunos varones manda que su mayorazgo vaya siempre de varon en varon, ó pase de un varon á otro. 5. Quando el fundador que no tiene agnados, llama á muchos varones, ó hace muchas substituciones en los varones y descendientes varones de estos sin hacer mencion alguna de las hembras. 6. Quando teniendo agnados y cognados llama alternativamente á unos y otros, como si llamase en primer lugar á un agnado, y á sus hijos y descendientes varones de estos, despues á un cognado y á los suyos, y así á otros y á sus descendientes varones. 7. Quando habiendo llamado á varon ó no llamando á nadie, manda despues de instituir el mayorazgo que suceda primero en él la línea de los varones y despues la de las hembras, en cuyo caso extinguidas las de aquellos entrarán las de estas y no ántes. 8. Quando llama á sus hijos y descendientes, ó á algun colateral y á los suyos, imponiendo á todos los poseedores cierto gravámen que consiste en hacer ó exercer algun ministerio que ninguna muger puede desempeñar. 9. Quando despues de fundar un mayorazgo agnaticio manda que á falta de agnados sucedan los demas parientes suyos varones sin hacer mencion de las hembras, en cuyo caso acabada la agnacion queda de nuda masculinidad. 10. Quando despues de llamar á alguno ó algunos varones manda que pase siempre el mayorazgo de heredero en heredero varon. 11. Quando hechos algunos llamamientos de varones en sus propios hijos ó transversales manda que siempre que el último poseedor fallezca sin hijos varones ó con una hija, suceda en el mayorazgo otro hijo ó descendiente varon con obligacion de dotar ó dar alimentos á la hija del último po-

seedor (*a*). Y es de advertir que si el poseedor tiene una hija, y esta un hijo varon que vive al tiempo de la muerte de su abuelo, sucederá el hijo de la hija, porque presume el derecho que existe el poseedor, y no se hace mérito de la hija; y si por no tenerle esta pasa el mayorazgo, como debe pasar á otra línea, y le pretenden dos varones, uno descendiente de dos ó mas hembras continuadas ó sin interpolacion de varon, y otro de una sola, le llevará este, aunque su línea sea posterior, porque quando hay interposicion de dos hembras continuadas, no finge el derecho que el varon está en el vientre de la una, ni puede fingirlo, y sí quando es una sola, pues se prescinde de ella como si no la hubiera, segun se ha determinado varias veces; mas para quitar dudas será mejor expresarlo en la fundacion.

7 El mayorazgo de *femineidad* es aquel para cuyo goce llama el fundador á las hembras. Es de dos maneras: de femineidad *propia é impropia*: el de femineidad *propia* y *verdadera* es, quando el fundador excluye de la sucesion á todos los varones y manda que indispensablemente lo posean siempre las hembras de su familia. Entiéndese que el mayorazgo es de femineidad, quando el fundador llama primero á una hembra, luego á otra, y omisos los varones mas cercanos llama tambien despues de aquellas á otras hembras mas remotas. Llámase de *contraria agnacion* el mayorazgo de femineidad quando el fundador llama á hembra, mandando que despues de la primera suceda siempre hembra de hembra y de *contraria masculinidad*, quando manda que le posea siempre hembra, sin expresar si ha de ser hembra, de hembra, ó hembra de varon (*b*). El mayorazgo de femineidad *impropia ó limitada* es, quando le funda en favor de hembras, y manda que teniendo varones y hembras el poseedor sucedan estas en él y no aquellos; pero que si no las tuviere, entre á su goce el varon y despues de sus dias la hembra mayor, de modo que habiendo hembras y varones hayan de preferirse siempre aquellas á estos, y solo en el caso de no haberlas pueda obtenerle el varon, sin que por falta de ellas pase á otra línea.

8 El mayorazgo de *eleccion* es aquel á cuyo poseedor confiere el fundador la facultad de elegir por sucesor á alguno de

(*a*) Roxas lug. cit. nn. 106, &c. y 146. (*b*) Roxas lug. cit. nn. 147, &c. y 152.

sus hijos, y á falta de estos al pariente suyo, que mejor le parezca. Conceden los fundadores esta facultad para que los sucesores sean mas humildes y obedientes á sus padres y mayores, no los traten con desprecio, y ántes bien tengan emulacion en ser virtuosos y de loables costumbres (a). Para que se llame propiamente de eleccion, no solo han de conferir la facultad de elegir al primer poseedor sino tambien á los demas.

9 El mayorazgo de eleccion debe pasar al primogénito del poseedor, siempre que este no haga uso de su facultad (b), la qual no se extiende á nombrar extraños, sino que se limita precisamente á los parientes, y teniendo hijos á éstos, á no ser que el fundador diga lo contrario.

10 El poseedor no debe extenderse en su eleccion de los límites ó facultades conferidas, pues si se excede, no gozará el mayorazgo el nombrado; y caso que tenga ámplia y libre facultad para elegir, podrá nombrar de la familia al que quiera, aunque sea el mas remoto, y á dos ó mas sucesivamente, porque esto no repugna á la naturaleza del mayorazgo (c).

11 La facultad de nombrar sucesor al mayorazgo así como la de nombrarle á capellanía es personal y limitada á la prudencia y discrecion del poseedor, y por lo mismo no puede cederse ni transmitirse á los herederos (d).

12 Pueden ocurrir dudas sobre si una vez concedida dicha facultad al primer poseedor se entiende meramente personal, ó real y transcedental á todos los demas poseedores: sobre si teniendo hijos varones y hembras puede llamar á estas con exclusion de aquellos, sobre si hecha la eleccion por qualquiera poseedor podrá variarla, háyase ó no entregado al electo la escritura en que se hizo; y sobre quien muriendo alguno ó algunos sin elegir, ha de suceder por su muerte con esta facultad ó sin ella: en cuya atencion advertirá el Escribano al fundador que manifieste claramente su voluntad para evitar pleytos y gastos (e). Tambien le advertirá por igual motivo, declare, si el último poseedor del mayorazgo de otra qualquiera clase á quien se concede facultad expresa para elegir sucesores no parien-

(a) Molin. de Primog. lib. 2. cap. 4 (b) Molin. lug. cit. n. 40. Surd. Consil. 14 y 375 lib. 3. (c) Arámburu de Vera identit. leg. cap. 3 nn. 81, &c. y 85. Florez de Mena lib. 1 quæst. 19, §. 4 nn. 35 y sig. (d) Olea de Cesion. jur. tit. 3 quæst. 1 nn. 49, 50 y 51. (e) Roxas lug. cit. nn. 153, &c. y 180.

tes del fundador, podrá, ó no revocar, alterar, variar ó aumentar con causas ó sin ella el nombramiento de sucesor ó sucesores que una vez haga en contrato ó en última voluntad, haya entregado ó no la escritura al electo; y así consintiendo en ello el fundador pondrá en la fundacion la cláusula siguiente: „Porque algunos poseedores últimos á quienes se concede facultad para elegir sucesores, varían y revocan la eleccion que hacen, tal vez sin tener motivo, ó por causas leves y despreciables, originándose de esto discordias y pleytos que detesto; para evitarlos mando que los que en los casos en que les permito elegirlos, hicieren el nombramiento en última voluntad, puedan siguiendo la naturaleza de la disposicion, revocarle y variarle con causa ó sin ella; pero si fuere en contrato, se lo prohibo, excepto que intervenga, y ántes de la revocacion ó variacion justifiquen alguna de las causas porque el sucesor de este mayorazgo puede perderle, ó de aquellas porque segun nuestro derecho pueden los ascendientes exheredar á sus descendientes legítimos, las quales deberán expresar en la revocacion; por manera que lo que se haga en contrario, ha de ser nulo, háyase ó no entregado al electo el nombramiento. Mas no les prohibo añadir á este otros que despues de acabada su posteridad legítima posean el mayorazgo (*a*).

13 El mayorazgo de *naturaleza alternativa* es aquel á cuya sucesion llama el fundador á su hijo primogénito por los dias de su vida, para despues de ellos al segundo por los suyos, y así sucesivamente alternando un hijo de la línea del primero con otro de la del segundo, y á falta de esta con otro de la del tercer hijo: ó es aquel para cuyo goce llama á uno de una línea por sus dias, á otro de otra, ó á otros de otras, y acabada alguna ó algunas retrocede, si no hay mas líneas, y manda que entre las que haya, no se alterne siempre por este órden, porque no quiere que se perpetúe en una ó mas, sino que pase á todas las llamadas por el órden del llamamiento, hasta que no quede mas que una (*b*).

(*a*) Tocante á si el hijo primogénito que por muerte de sus padres eligió uno de los mayorazgos unidos por causa del matrimonio, podrá variar la eleccion y tomar el otro, véase á Roxas de Almansa disp. 3 quæst. 8 que defiende la sentencia negativa. (*b*) Roxas lug. cit. nn. 181, &c. y 199.

14 El mayorazgo *saltuario ó de hecho* es aquel en cuyos llamamientos no se atiende á la prerogativa de primogenitura ni á la línea del primogénito, sino únicamente á la mayor edad entre todos los de la familia del fundador; de manera que muerto el poseedor no ha de entrar precisamente á su goce su hijo primogénito, ni el segundo, ni otro de su línea sino el que de dicha familia tenga entónces mas edad, ó sea ó no el mas próximo pariente del último poseedor. Este mayorazgo no se gobierna por las reglas de los demás ni de alguno de ellos sino por las de las capellanías para cuya obtencion se llama al pariente mayor en edad; y es muy perjudicial á causa de que por pretenderle en cada vacante todos los parientes se originan muchos pleytos: en cuya atencion procura el Escribano disuadir al fundador de hacer semejante institucion. Se llama *saltuario*, porque en su sucesion se va saltando y pasando de línea en línea, y porque se desvia enteramente de todas las reglas y del órden de suceder que prescriben el derecho comun y Real. Tambien se llama mayorazgo *de hecho*, porque en su sucesor solo se busca el hecho de la mayoría de edad natural entre todos los de la familia del fundador, de suerte que no tiene lugar en él el principio de que no pase el mayorazgo de una línea á otra hasta que se haya acabado aquella, como ni tampoco el derecho de representacion ni la regla de la sucesion abintestato (*a*).

15 El mayorazo de *segunda genitura* es de dos maneras: de *segunda genitura propia*, é *impropia*. El de *segunda genitura propia* es aquel á cuya obtencion y goce son llamados expresa y perpetuamente los hijos segundos de los segundos de tal suerte que muerto el poseedor pasa siempre el mayorazgo no á su hijo primogénito, aunque no tenga ni espere tener otro mayorazgo, sino al segundo, y así en todos tiempos y vacantes, pues el llamamiento del segundo es exclusion del primero y de su posteridad, por manera que si el primogénito ha muerto al tiempo de la vacante,

(*a*) Rotas lug. cit. nn. 208 &c. y 310. Hay duda en órden al derecho de representacion y sobre si la mayoría de edad se ha de entender mayoría de edad natural ó civil, esto es, si ha de suceder en el mayorazgo el que tenga mayor representacion ó edad; y así instruya de ello el Escribano al fundador para que manifieste bien su voluntad.

y de consiguiente queda el segundo en el órden del nacimiento por primogénito, no obtendrá el mayorazgo, sino que pasará á otro, y si no le hay, á otra línea de la del último poseedor. El de *segunda genitura impropia* es aquel para cuyo goce son llamados el hijo segundo, porque el primogénito tiene ó espera tener prontamente otro ú otros mayorazgos, y despues por el órden regular los hijos y descendientes del mismo segundo primer llamado, de modo que solo con respecto á este es de segunda genitura (*a*). Tambien concibo se podrá llamar de *segunda genitura impropia*, quando el fundador llama á los segundos sin prohibir que le obtenga el primogénito siendo único; como asimismo quando excluye al primogénito siempre que tenga ó recaiga en él otro mayorazgo de primogenitura, mandando que en este caso pase al segundo; y que si el primogénito fuese único, le obtenga el segundo de otra línea.

16 Quando el mayorazgo es de segunda genitura propia, suele dudarse, si no dexando el último poseedor mas que un hijo ó hija, le obtendrá, y si teniendo dos hijos este hijo único pasará al segundo, ó serán excluidos ámbos y su posteridad, aunque no tenga ningun mayorazgos: en cuya atencion hágalo presente el Escribano al fundador, y ponga con claridad lo que se ha de hacer en este caso.

17 El mayorazgo de *incompatibilidad* es aquel en cuya institucion prohibe el fundador que de posea el que tenga otro, ó al ménos otro de idéntica qualidad, por no poder cumplir las condiciones de ámbos, ó porque no quiere que quien tenga el suyo, goce otro (*b*). Hay diez clases ó especies de incompatibilidad en los mayorazgos: una se llama *legal*, porque la establece la ley: otra *de hombre*, que es la que pone el fundador para siempre ó por tiempo en su última disposicion, ó en contrato: otra *tácita*, y es la que se infiere de los dichos ó hechos, ó de las condiciones ó gravámenes puestos por él, aunque nada hable de incompatibilidad: otra *expresa*, como quando el instituidor dice expresamente que tal, ó tal mayorazgo sea incompatible, ó que no se junte con otro el que funda, ó que no pueda

(*a*) Rox. lug. cit. nn. 211, &c. y 215, y quæst. 13. (*b*) Rox. disp. y quæst. cit. nn. 216, 217 y 218.

concurrir en persona que posea otro, ú otras expresiones semejantes: otra *absoluta*, porque no permite la union de un mayorazgo con otro de qualquier género y qualidad que sea: otra *respectiva*, y es la que solo impide que un mayorazgo se junte con otros ciertos y determinados, no con todos: otra consiste *en la adquisicion*, y es quando un mayorazgo no puede pasar al que obtenga otro: otra consiste *en la retencion*, porque no impide al poseedor del mayorazgo que la tiene, adquirir otro que vaque, sino el retenerlos ambos, por lo que debe dexar uno de ellos: otra se llama *personal*, porque se impone solamente á la persona, como quando el fundador manda que quien posea su mayorazgo, no tenga otro; y otra en fin se llama *real y lineal* que es la que se impone en el mismo mayorazgo: v. gr. quando su instituidor dice que no quiere se junte con otro, de tal suerte que no solo es excluido de su sucesion el poseedor de otro sino tambien toda su línea: que son sus hijos y descendientes, si en la familia hay alguno capaz de obtener el incompatible; lo qual no sucede quando la incompatibilidad es personal, porque esta excluye únicamente al poseedor de otro, no á su posteridad legítima, y así teniendo el padre un mayorazgo, puede su hijo obtener el incompatible que vaque (*a*). Por la obscuridad de las fundaciones é impericia de los que las hacen y extienden, ocurren graves dificultades acerca de quando es real ó personal la incompatibilidad, y para evitarlas adviértalo el Escribano al fundador y ponga la incompatibilidad con toda claridad, y si quiere instruirse de ellas, vea á Roxas de Almansa en la disp. 1 quæst. 4 y 5. Y es de advertir que el poseedor de mayorazgo incompatible puede administrar otro de su pariente ausente, ó de su muger, hijo ó menor, como sólida y nerviosamente defiende contra otros Roxas disp. 2 quæst. 9, donde se podrá instruir á fondo el Jurista aplicado (*b*).

(*a*) Roxas quæst. 3 §§. 1, 2, 3, 4 y 5 disp. 1 cit. (*b*) Sobre si poniendo el fundador la incompatibilidad al primer poseedor, ó á otro del medio ó fin, se entiende tambien puesta á los demas sucesores anteriores y posteriores, vedle en la quæst. 8 y 9: en órden á si una vez aceptada por el primero la puede impugnar alguno de los demas, ó si siendo hecho sin la incompatibilidad, podrá imponérsela, ó otro gravámen y

18 Para que el instituidor pueda vincular todos sus bienes teniendo ascendientes ó descendientes legítimos, es preciso que impetre facultad Real y que ésta preceda á la institucion del mayorazgo: porque si la obtiene despues, no valdrá la vinculacion, sino es que en la misma facultad se apruebe y confirme (*a*); y aunque el Rey que la concede, muera ántes de instituirse el mayorazgo, valdrá la fundacion que en su virtud se haga, como si viviera (*b*). Pero aunque no intervenga facultad Real, si el fundador tiene solo ascendientes, y estos prestan su consentimiento renunciando en su favor la legítima que por derecho les pertenece, puede vincular todos sus bienes (*c*). Lo mismo puede hacer teniendo descendientes legítimos en tres casos. El primero es, si los tales descendientes renuncian con juramento la legítima que les corresponde y puede corresponder sin perjuicio de sus alimentos ni de la dote de las hembras; y el fundador instituye el mayorazgo á conseqüencia de la renuncia á favor de su hijo mayor y su legítima posteridad. El segundo caso es, si los hijos siendo mayores de 25 años se conforman en que el de mas edad suceda en la herencia paterna, quedándoles los precisos alimentos, jurando su padre el consentimiento ó licencia que les dé para ello, y no revocándole, como ni tampoco ellos la renuncia que hagan á favor de su hermano. El tercer caso es, quando el hijo único mayor de 25 años consiente y aprueba expresamente la fundacion del mayorazgo y gravámen que su padre le impone en su legítima (*d*).

19 Ya se funde ó no el mayorazgo con facultad Real, por muerte del poseedor sin acto de aprehension ni entrega y con sola la hecha al primer llamado se transfiere ipso jure por ministerio y disposicion de la ley 45 de Toro la posesion civil y natural en qualquiera sucesor legítimo para siempre, de modo que jamas se verifica estar vacante civilmente el mayorazgo ó vínculo (*e*).

condicion en otro instrumento; en la quæst. 105 y por lo tocante á quien debe probar la incompatibilidad, en la disp. 2. quæst. 1 que distingue tres casos.

(*a*) Ley 3 t. 7 lib. 5 R. (*b*) Ley 2 t. 7 lib. 5 R. (*c*) Tello Fernández ley 6 de Toro n. 63. (*d*) Véase el cap. 1 §. 4 n. 110 de esta obra, y el lib. y cap. 2 nn. 8 y 9 de la segunda parte. (*e*) Roxas Almansi disp. 2 q. 3 §. 1.

20 Si el padre teniendo hijos y nietos funda mayorazgo de todos sus bienes, no puede, aunque intervenga facultad Real, llamar al nieto con exclusion de los hijos, sino es que aquella se lo permita expresamente, y el tal nieto sea hijo del nombrado en ella, porque se hace perjuicio á este (*a*); pero si la facultad es para llamar á qualquiera de sus hijos, puede elegir de ellos al que quisiere y no preferir al primogénito (*b*), dexando á los demas los correspondientes alimentos.

21 La muger casada puede fundar mayorazgos en testamento y última voluntad sin licencia de su marido, vinculando el tercio y remanente del quinto de sus bienes entre sus descendientes legítimos por via de mejora, y si obtiene para ello Real permiso, podrá extenderse á todo lo que en este se le permita; mas para fundarle en contrato ha de intervenir precisamente dicha licencia, á no ser que la facultad Real derogue la ley 55 de Toro y las del Fuero Real que prohiben á la muger casada tratar y comparecer en juicio sin ella.

22 El hijo de familia teniendo edad para testar puede fundar mayorazgo de la tercera parte de sus bienes en testamento y última voluntad sin licencia de sus ascendientes, y con facultad Real de todos, perjudicando á estos en la legítima que por la ley 6 de Toro les pertenece (*c*). Asimismo el Obispo, aunque sea Frayle, puede instituir mayorazgo de sus bienes patrimoniales é industriales en favor de su hijo natural, ó de su sobrino, pariente ó extraño (*d*), y con beneplácito apostólico y Real de los adquiridos por razon de la iglesia.

23 Como si los comisarios, apoderados, ó mandatarios se exceden en sus comisiones, es nulo aquello en que se exceden (*e*), propondré seis casos á fin de que se instruya el Escribano en órden á las facultades que se confieren para fundar mayorazgos. El primer caso es, quando el testador dá facultad á algun amigo suyo *para que de todos sus*

(*a*) Covarr. lib. 1. Var. cap. 19 n. 4. (*b*) Villad. en su Polit. y forma de libelar. n. 209. (*c*) Mieres de Major. part. 1 quæst. 1 n. 21. (*d*) Glos. in cap. de Monachis, quæst. 1 & in cap. 1 y 18 q. 2. (*e*) Greg. Lop. ley 16 tit. 11 P. 6 glos. 4 quæst. 11.

bienes ó de parte de ellos funde mayorazgo en los términos que le tiene comunicado. En este caso puede hacerle incompatible, regular ó irregular, y declarando habérselo comunicado y ordenado así el testador, valdrá esta declaracion aun sin juramento, con tal que no tenga inverosimilitud ó repugnancia grande de hecho ni de derecho (*a*). El segundo caso es, quando en el poder ó última voluntad dice, *que le concede libre facultad para instituir el mayorazgo*; en cuyo caso puede hacerle igualmente incompatible, regular ó irregular; y se entiende conferida esta libre facultad, siempre que el poder dante usa de estas ú otras expresiones: *que se la concede para que le funde ó no: para hacerle regular*, ó *de agnacion*, ó *eleccion*: *para fundarle del modo que quiera y le parezca*; ó *para que en su nombre le instituya en los términos que él mismo puede practicarlo por sí* (*b*). El tercer caso es, *quando el testador le da simple facultad para fundarle*, y entónces puede instituirle del propio modo, porque se subroga en su lugar, y puede practicar lo que el propio mandante, mayormente quando de lo contrario será inútil la facultad que le confiere, y visto que nada comete á su voluntad (*c*). El quarto es, quando le confiere facultad *para fundarle á su arbitrio*, ó *como arbitrador*, en el qual caso puede hacerle regular solamente, porque aquel arbitrio se ha de conformar con el derecho, con la prudencia y equidad; y aunque por ser libre la comision conferida en la mera voluntad del comisario, puede obrar este con libertad, no así quando se confiere en su arbitrio, por lo que debe cefirse á lo que la mayor parte de los hombres suele hacer. Pero si la facultad es *para que le instituya á su libre ó pleno arbitrio ó á su arbitrio y voluntad*, podrá instituirle incompatible, regular ó irregular (*d*). El caso quinto es, quando se le da *para fundarle segun las leyes de este reyno ó segun su costumbre*; y entónces carece de facultad para hacerle irregular é incompatible, porque las leyes fundamentales de él establecen por regla general y suponen que debe ser regular y sin el gravámen de incompatibilidad (*e*). Y el sex-

(*a*) Rox. Almans. de Incomp. disp. 2 q. 2 nn. 11, &c. y 10. (*b*) Roxas lug. cit. §. 1 nn. 12, &c. y 28. (*c*) Roxas lug. cit. §§. 2 y 3 nn. 29 &c. y 70. (*d*) El mismo lug. cit. §. 4 nn. 71, &c. y 80. (*e*) El mismo lug. cit. n. 81.

to caso es, quando en vida funda mayorazgo el poder dante, y en última voluntad comisiona á alguno *para que de los bienes libres que tiene, instituya otro nuevo*; en cuyo caso este mayorazgo debe ser de la misma naturaleza y qualidad que el erigido por el testador sin diferencia, no obstante que le conceda simplemente la facultad, porque debemos creer que el testador quiso que despues de su muerte hiciese su comisario lo que él hizo miéntras vivió (*a*).

24 No prefinen término las leyes al comisario para fundar un mayorazgo como para ordenar un testamento, por lo que podrá instituirle quando quiera, sino se le limitó el poder dante; y si el comisario fallece ántes de usar de su comision, se tendrá el mayorazgo por hecho, y se estimará regular no apareciendo otra cosa de la voluntad del mandante (*b*). Pero el comisario con facultad para elegir sucesor debe hacer la eleccion siendo requerido, sin esperar á que cumpla el año concedido por derecho para hacerla de lo legado en testamento, porque la ley (*c*) habla de la eleccion de bienes y no de la de personas (*d*).

25 Para que el Escribano principiante sepa qué es *consanguinidad*, *línea y grado*, quántas son las líneas de parentesco natural, y comprehenda fácilmente el modo y diferencia de contar los grados por derecho civil y canónico, y qué nombres dan los AA. á las líneas mas esenciales de los mayorazgos, explicaré todo esto con la claridad posible. La consanguinidad es union por parentesco natural de varias personas que descienden de una raiz ó tronco, y se llama así porque con el ayuntamiento, ó union de la sangre del padre y de la madre se procrean los hijos. La *línea de parentesco natural* es enlace y conexîon que algunas personas tienen entre sí, por descender unas de otras, y todas de una raiz ó tronco haciendo grados distintos (*e*). Y *grado* es distancia de personas, por la qual se conoce la que hay entre los consanguíneos, para que puedan unirse entre sí recíprocamente (*f*) (1).

(*a*) Rox. disp. y q. 2 cit. §. 4 nn. 82 y 83. (*b*) Rox. jug. cit. §. 5. (*c*) La fin. §. 1 Cod. Comman. de legat. (*d*) Molin. de Primog. lib. 2 cap. 4 nn. 43 y sig. Castill. lib. 4. Controv. cap. 36 n. 11. (*e*) Leyes 1 y 2 tit. 6 P. 4. (*f*) Ley 3 tit. 6 P. 4. Engel. lib. 4 tit. 14.

(1) Llámanse grados la misma série de las generaciones, porque con estas

26 Las líneas son dos, una *recta* y otra *transversal*: la *recta* comprehende á los ascendientes y descendientes. Los ascendientes son padres, abuelos, bisabuelos y demas que suben hasta la raiz ó tronco. Los descendientes son los que nacen de estos como hijos, nietos, biznietos, tataranietos, ó nietos terceros y demas que baxan derechamente por la línea. La *transversal* que tambien llamamos *colateral*, es aquella en la qual se incluyen, y comprehenden los hermanos, tios, primos, sobrinos y quantos provienen de estos; y se llama así, porque todos los que están comprehendidos ó incluidos en ella, no nacen uno de otro como en las dos anteriores (*a*), ni son de la línea recta sino de las de los lados. Esta línea no tiene entrada hasta que se acaben las de ascendientes y descendientes (*b*), y en el mayorazgo fundado por un hermano preferirá su hermano menor entero al mayor consanguíneo, ó uterino como en el abintestato (*c*). En la línea de ascendientes se empieza á contar segun el árbol siguiente por el n. 15 subiendo linea recta, y para saber los grados se dice: el n. 15 está en primer grado con el 10, en segundo con el 5, en tercero con el 2, en quarto con el 1, y así de todos los demas que haya subiendo de grado en grado. En la línea de descendientes se empieza tambien á contar desde el mismo n. 15 hácia abaxo linea derecha, y por tanto el n. 15 está en primer grado con el 20: en segundo con el 25, en tercero con el 30, en quarto con el 35, y sucesivamente con los demas que haya descendiendo: porque son cinco personas y quitada la que hace tronco, quedan quatro.

27 Para conocer en qué grado de parentesco por derecho civil, con el que se conforma el nuestro, se hallan entre sí los transversales ó colaterales, se cuenta de esta manera: dos hermanos entre sí estan en segundo grado, porque cada uno forma una línea y cada persona un grado: los hijos de ambos que son primos carnales, estan en quarto, y los hijos de estos en sexto (*d*): de suerte que se han

ó la descendencia de unas personas de otras se forma cierta especie de grados ó escalones.

(*a*) Leyes 2, 3 y 4 t. 6 P. 4 y 2 tit. 13 P. 6. (*b*) Ley 2 t. 13 P. 6 verb. La tercera. (*c*) Roxas de Incompat. part. 3 cap. 6 §. 17 nn. 253 y sig. (*d*) Ley 3 t. 6 P. 4.

de contar todas las personas que se hallen en las dos líneas de los colaterales, de cuyo parentesco entre sí se trata. Por exemplo, he dicho que dos hermanos se hallan en segundo grado por derecho civil: pues se ha de contar desde uno de ellos hasta su padre, y luego baxando desde este al otro hijo, en cuya cuenta se advierte haber tres personas, que son el padre y los dos hijos, de las quales suprimida la del padre que es el tronco, quedan dos; y por esto se dice que estan en segundo grado, puesto que segun dicho derecho es regla general tanto en la línea recta como en la transversal que hay tantos grados como personas, quitada la del tronco. El propio órden se observa entre los hijos de los hermanos y de sus descendientes.

28 Para que el lector no se confunda, vea con atencion el árbol genealógico, por donde haciendo la cuenta que llevo expuesta, no dudará qual es la línea recta y quál la transversal, ni qué grado de parentesco tienen entre sí las personas que se hallan en él; y así en la línea recta empezando á contar desde el n. 1 hasta el 35 hallará nueve personas, de las quales quitada la del tronco que es el n. 1 quedan ocho, y por consiguiente se dirá que el n. 1 está en octavo grado con el 35. Lo mismo viene á ser subiendo desde este hasta aquel.

29 La línea transversal es de dos maneras: *igual y desigual*. Igual se llama, quando dos ó mas consanguíneos distan igualmente del tronco de todos como dos hermanos; y desigual, quando uno está mas remoto de él que el otro como el hermano y su sobrino (*a*). En esta línea tanto igual como desigual se puede empezar á contar por qualquiera de las personas de cuyo parentesco se trate, subiendo hasta encontrar con el tronco de donde todas descienden y baxando despues desde él hasta la otra persona: v. gr. si se quiere saber en qué grado de parentesco se hallan entre sí los nn. 13 y 15, se empezará á contar por qualquiera de ellos y subirá hasta el n. 5 que es el tronco, y luego se baxará desde este hasta el otro igual, y se hallarán cinco personas, de las quales quitada la del tronco quedarán

(*a*) Roxas dicho cap. 6 §. 18 nn. 282 y sig. Castillo lib. 5 Controv. cap. 93 n. 35.

quarto, y por consiguiente estarán entre sí en quarto grado los nn. 13 y 15.

30 Todo lo explicado en quanto al modo de contar los grados de parentesco natural en las líneas recta y transversal, igual y desigual, procede segun derecho civil y Real, como se ha expuesto, para el efecto de suceder y heredarse los parientes abintestato (a); y por la misma razon milita lo propio en la sucesion á mayorazgos, vínculos, patronatos, aniversarios y capellanías, no mandando su fundador otra cosa: porque el acto de testar y heredar es puramente profano, temporal y civil, sujeto á las leyes de los Príncipes seculares, las quales tocante á suceder en bienes temporales se han de observar exâctamente sin atender al derecho canónico. Lo mismo deberá observarse tambien en la computacion de los grados para la recusacion de Ministros togados, en las elecciones de Oficiales de república, en el retracto por consanguinidad, y en qualesquiera otros actos civiles y profanos, miéntras no haya ley que mande otra cosa. Mas porque algunos poco ó nada versados en ambos derechos dicen que quando el testador dexa todos sus bienes, ó cierta parte, ó legado á parientes suyos dentro del quarto grado sin mas expresion, se ha de contar este por derecho canónico y no por el civil á pretexto de ser causa pia, cuyo error origina pleytos que por injustos no debian admitirse, pues quando nada previene ni distingue el testador, es visto conformarse, segun debe, con el derecho que trata de las sucesiones; para evitarlos le advertirá el Escribano que declare, si se han de comprehender solamente los primos y sobrinos carnales, que son los que estan dentro del quarto grado contado por derecho civil y Real, y á quienes como mas cercanos es presumible y natural tenga mas efecto, porque participan mas de su sangre; ó tambien los ulteriores hasta los primos terceros que están en el quarto por el canónico: ó en una palabra, que diga si el quarto grado se ha de contar por este, ó por aquel derecho, y asimismo si los de grado mas cercano, ó los que tengan parentesco doble con él, deberán llevar mas, ó ser iguales todos.

(a) Dicha ley 3 y leyes del t. 1 lib. 4 del Fuero Juzgo.

31 Nuestra Santa Madre la Iglesia considerando los gravísimos daños que se ocasionaban de permitir á los parientes contraer matrimonio entre sí, los quales especifica el prólogo del t. 6 P. 4 concordante con las disposiciones canónicas, prohibió justísimamente los casamientos entre ellos dentro del quarto grado, sean consangíneos ó afines, provengan la afinidad de matrimonio consumado, ó de la cópula ilícita fuera de él, pues por la cópula, sea lícita ó ilícita (1), se contrae la afinidad, no por los esponsales ni matrimonio rato (*a*); y así para el defecto de conceder dispensas á los parientes que quieran celebrar matrimonio y no para otro se computan los grados por derecho canónico, segun el qual se constituye un grado en cada generacion, y cada dos colaterales forman un grado, de suerte que los hermanos, aunque se hallan en líneas diversas, estan en primer grado; bien que en la línea recta convienen ámbos derechos, y no se conceden dispensas á los consangúneos ni afines (*b*). En la línea igual se empieza á contar desde una de las personas de cuyo parentesco se trata, y se sube hasta el tronco y no mas; y el grado de parentesco en que se halla con este, tiene entre sí: v. gr. se quiere saber en qué grado se hallan segun esta regla los nn. 9 y 11 del árbol que son primos carnales: se cuenta por qualquiera de ellos hasta el n. 2 que es el tronco de ámbos, y se hallan dos grados, porque descontado el tronco que es dicho n. 2 su abuelo, quedan dos personas, y este es el grado que tienen y distan entre sí dichos nn. 9 y 11. Lo propio se observa entre los descendientes de estos en dicha línea transversal igual; pero es de advertir que conocido el grado segun esta cuenta se ha de baxar desde el tronco hasta la otra persona, contando los grados que baxa para saber, si estan en primero con primero, ó en segundo con segundo, ó en tercero con tercero, &c. v. gr. el n. 9 dista dos grados del 11. 2 que es el tronco; desde éste al 11 hay otros dos grados: con que diremos que estan entre sí en segundo con segundo, y por esta misma regla se sabrá en qué grado se hallan entre

(1) Por razon de la cópula ilícita no pasa el impedimento de afinidad del segundo grado. Concil. Trident. ses. 24 de Reformat. cap. 4.

(*a*) Leyes 4 y 5 t. 6 P. 4 cap. 6 de eo qui cognov. consanguin. uxor. suæ, cap. 12 de Sponsal. b. y cap. 10 de Probation. (*b*) Leyes 3 y 4 al fin t. 6 P. 4, y ley 5 sig. y su gloss. última.

sí los nn. 13 y 16, que es en tercero con tercero: y los 18 y 21, que es en quarto con quarto, y así todos los demas transversales iguales.

32 En la línea transversal desigual se empieza á contar por el mas remoto del tronco, y los grados que diste de este, tendrán entre sí los colaterales de cuyo parentesco se trate: por exemplo, se quiere saber qué grado de parentesco tienen entre sí los nn. 9 y 16: se ha de empezar á contar por el 16 que es el mas remoto del tronco n. 2, del qual dista dicho 16 tres grados: despues se baxará desde el referido tronco al n. 2 y se hallarán dos grados, por lo que dirémos que el n. 16 está en tercero con segundo grado de parentesco con el 9. Lo mismo debe observarse en todas las líneas transversales desiguales del árbol, y así si se intenta saber, v. gr. en qué grado de parentesco se halla el n. 26 con el 18, se contará desde el 26 hasta el 2 que es tronco, y se hallará que dista de este cinco grados; luego se baxará desde el tronco hasta el 18, y se encontrarán quatro grados, (pues el tronco jamas se incluye en la cuenta) por lo qual se dirá que el n. 26 está con el 18 en quinto con quarto grado de parentesco natural transversal desigual, y que el 26 está en quinto, y el 18 en quarto recto con el 2 que es el tronco de donde todos previenen.

33 Tambien se pueden sacar los grados por las generaciones, y así se dirá que hay tantos grados como generaciones. Para conocerlos en la línea recta se ha de mirar siempre al tronco de aquel que intenta tener parentesco con él, como v. gr. el n. 35 con el 1 del árbol, y se dirá que estos se hallan en octavo grado por línea recta, porque hay ocho generaciones. En la transversal igual y desigual se cuentan estas del mismo modo; pero sin variar el órden y regla que se ha expuesto, hágase la cuenta por derecho civil, ó por el canónico. En la transversal igual se hallan los nn. 18 y 21. Por derecho civil están entre sí en octavo grado, porque desde su tronco que es el n. 2, hay ocho generaciones que son las quatro de cada lado. En la transversal desigual estan los nn. 18 y 26, los quales se hallan entre sí en noveno grado por derecho civil, porque son nueve no mas las generaciones, aunque hay diez personas desde el n. 2 que es el tronco, de donde las dos lí-

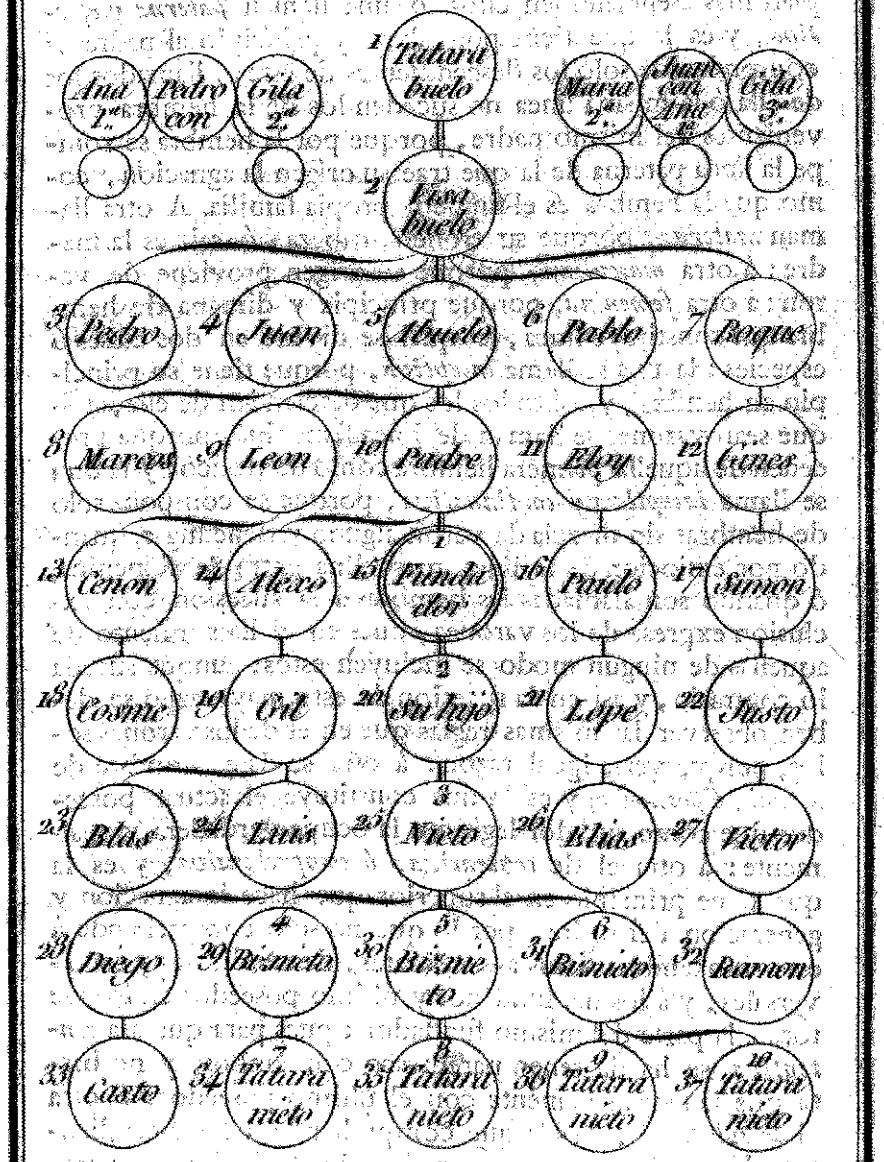
neas descienden. Por derecho canónico, los mismos nn. 18 y 26 estan entre sí en quinto con quarto grado, porque las generaciones se cuentan desde el mas remoto que es el 26, hasta el tronco que es el n. 2, y son cinco, y despues se desciende desde el propio n. 2 hasta el 18 que son quatro, por lo qual se debe decir que se hallan entre sí en quinto con quarto, porque el referido tronco n. 2 dista del 26 cinco generaciones, y el 18 solo quatro.

34. Con el expresado árbol se puede enterar el Escribano principiante no solo del modo de contar los grados de parentesco sino tambien del de formar los árboles para la sucesion en mayorazgos, patronatos, vínculos, aniversarios y capellanías; y comprehenderá asimismo, si los parientes que intentan casarse, se hallan ó no dentro del quarto grado, fuera del qual estando ámbos no necesitan dispensa. Mas para mayor inteligencia de él y para evitar confusion debo prevenir: en primer lugar, que los números que estan al lado de cada casilla ó círculo, no se han puesto con otro fin que el de que en caso de disputa se venga en pleno conocimiento de los litigantes, y se pueda contar con facilidad desde cada uno al tronco, ó fundador, ó último poseedor; y asi no los tenga el Escribano por grados: en segundo lugar, que los sugetos puestos al lado diestro (que es el de los nn. 3 y 4, aunque como se mira al frente, es el siniestro) son los mayores en edad, y por consiguiente la línea predilecta, y así se deberán poner siempre, y á los menores en el siniestro por el órden de su nacimiento en todas las líneas, y á los que tengan iguales grados, en seguida en frente unos de otros, segun se figura: en tercer lugar, que si se hace algun árbol solo para saber la descendencia, parentesco y mayoría de edad, se deben poner por el órden del nacimiento así los varones como las hembras de cada línea sin distincion; pero si es para algun litigio sobre mayorazgo que no sea de femineidad, deben estar en mejor lugar por el órden expuesto los varones aunque hayan nacido hembras interpoladas entre ellos, ó ántes, porque como son llamados primero á su obtencion, deben ocupar el lado principal: en quarto lugar, que si el fundador del mayorazgo, ó alguno ó algunos de los sucesores se casáron dos ó mas veces, se han de enlazar las casillas, y de

cada matrimonio ha de salir su descendencia del modo que se figura en los dos ángulos ó extremos superiores del árbol: en quinto lugar, que los números que van dentro de las casillas del fundador y de su posteridad, se han puesto con el único fin de distinguir á ésta de los demas que incluye el árbol; pues á no ser por este motivo no hubiera puesto mas que los colaterales que llevan todas las casillas, como se estila; por cuya razon y porque la del fundador hace centro, la he distinguido, y así no se debe tener por otra familia sino por una misma que desciende por línea recta del n. 1 y concluye en el 35: en sexto lugar, que aunque algunos en la formacion de árboles ponen el tronco abaxo, y de él suben naturalmente por su órden las ramas, yo siguiendo la costumbre de esta corte, para que se perciba mejor, he formado al contrario el mencionado: en séptimo lugar, que si alguno tiene parentesco doble por haberse casado algun ascendiente suyo con sobrina suya, parienta, ó descendiente del fundador, se ha de tirar desde la casilla del tal ascendiente á la de la hembra una línea sutil, (que llaman oculta) ó se ha de duplicar y enlazar la casilla de ella con la suya, expresando dentro, ó á su márgen ser la misma puesta en la otra línea, para que se conozca, que es lo mejor; y los pretendientes y último poseedor se han de distinguir con alguna señal de los demas como en el fundador; y en octavo y último lugar, que si alguno de los pretendientes, ó el sugeto de donde dice que proviene, no prueba su parentesco con el fundador, ó se duda de él, no se ha de unir ni enlazar su casilla con la otra con quien solicita emparentar, sino que ha de dexarse suelta sin enlace alguno (a).

(a) Con estas prevenciones y lo explicado arriba podrá el Escribano entender el árbol siguiente, formar los que le ocurran y contar los grados de parentesco; y si quiere mayor instruccion, vea las leyes 3 y 4 t. 6 P. 4, á Engel lib. 4 t. 14 §. 1, á Reinfestuel lib. 4 t. 14 §. 1, á Gonzalez lib. 4 t. 14 cap. 3 y el árbol genealógico con su explicacion que está á continuacion de la ley 2 t. 6. P. 4.

ARBOL GENEALOGICO.



35 Aunque las líneas son solamente dos, como se ha dicho, á saber, *recta y transversal*, los AA. que tratan de los mayorazgos, dán diversos nombres á las que contemplan mas esenciales en ellos. A una llaman *paterna y efectiva*, y es la que tiene por cabeza y principio al padre, y comprehende solo los descendientes de este; y llamados los de ella ó la misma línea no suceden los de la hembra provenientes del mismo padre, porque por la hembra se rompe la línea paterna de la que trae su orígen la agnacion, como que la hembra es el fin de la propia familia. A otra llaman *materna*, porque su tronco, cabeza, ó raiz es la madre: á otra *masculina*, porque su orígen proviene de varon: á otra *femenina*, porque principia y dimana de hembra que constituye línea, la qual se divide en dos clases ó especies: la una se llama *inceptiva*, porque tiene su principio en hembra, y así todos los que descienden de ella, aunque sean varones se llaman de línea femenina, porque proceden de aquella primera hembra como de tronco; y la otra se llama *inceptiva y continuativa*, porque se compone solo de hembras sin mezcla de varon alguno y tiene lugar, quando por extincion de la línea masculina entra la femenina, ó quando son llamadas las hembras á la sucesion con exclusion expresa de los varones, pues en el llamamiento de aquellas de ningun modo se incluyen estos, aunque suceda lo contrario, y así en la sucesion de este mayorazgo se deben observar las mismas reglas que en el de los varones solos, porque versa igual razon: á otra se da el nombre de *actual, ó posesoria*, y es la que constituye el actual poseedor que como sucedor legítimo la ocupa verdadera y realmente: á otra el de *contentiva, ó comprehensiva*, y es la que tiene principio en el superior que hace la agnacion y generacion del padre, por lo que no solo comprehende á este sino tambien á sus ascendientes, descendientes y transversales, y á los del fundador y último poseedor en lo que toca á la parte del mismo fundador; pues para que sea *contentiva*, se ha de tener parentesco con ámbos, y no basta que se tenga solamente con el último poseedor: á otra el de *substancia*, y es la que comprehende á los ascendientes, descendientes y transversales sin distincion de varones ni hembras, mediando entre ellos la preferencia solo

por respecto á la línea, grado, sexo y edad: cuya línea como irregular y por su variedad de difícil comprehension se encuentra en los mayorazgos en que no se observa el órden regular de llamar y suceder; y á otra se da el nombre de línea de *qualidad*, y es la que se compone de las personas que tienen las qualidades naturales ó accidentales que exigió el fundador, v. gr. si quiso que los sucesores fuesen agnados, ó de simple masculinidad, nobles, Doctores, Licenciados, hembras, &c.

36 A otra llaman línea de *agnacion*, la qual es de tres maneras, *rigorosa* ó *absoluta* que es la verdadera y pura, *limitada*, y *artificiosa* ó *fingida*: á otra *masculina*, ó de *simple*, *pura*, *ó nuda masculinidad*, porque en ella se incluyen solamente los varones, séanlo de varones ó de hembras: á otra *habitual de primogenitura*, y es la que qualquiera primogénito constituye para sí y sus descendientes al punto que nace, con exclusion del segundo hijo, aunque muera en vida del poseedor, ó ántes, ó despues de la institucion del mayorazgo: á otra *electiva*, y es la que comprehende á las personas que eligen aquellos á quienes el fundador dió facultad para elegir, ó nombrar sucesores en el mayorazgo (*a*): á otra *postergada*, y es quando por carecer una de varon pasa el mayorazgo á otra, y faltando varon en esta vuelve á la atrasada que por no tener varon le perdió entónces; y á otra en fin llaman línea *defectiva*, y es quando se llama á alguno, porque se extinguió, ó faltó la de otro, pues la de aquel entra en la sucesion del mayorazgo, y ocupa *por defecto* el lugar de la de esta (1).

37 El llamamiento regular se hace nombrando primero á los varones y sus líneas, y por su extincion á las hembras y las suyas, prefiriendo aquellos á estas y el mayor al

(*a*) De todas estas líneas tratan Roxas de Incomp. part. 1 cap. 6 nn. 144. &c. y 870, y Aramburu de Mera Identitate legali cap. 3.

(1) Léjos de ser necesario que los intérpretes inventasen ó diesen nombre á tantas líneas, mas bien sirven estas en mi concepto para causar confusion que para dar claridad á la presente materia. Con los principios sentados en este capítulo, con la perfecta inteligencia de nuestro idioma y con la atenta reflexion sobre las expresiones de los fundadores para conocer su voluntad, no con voces obscuras ni abultados volúmenes se han de resolver los casos y litigios que se ofrezcan acerca de mayorazgos.

menor, y mandando el fundador que acabada la del mayor pase el mayorazgo á la del segundo y despues á las de los demas por el órden de su nacimiento: de suerte que el hijo y sus descendientes representen siempre á sus padres y demas ascendientes, aunque estos no hayan sucedido en el mayorazgo, y las hembras del mejor grado y línea precedan á los varones que le tengan mas remoto con el fundador. Este órden de llamar y suceder se extiende á los mayorazgos fundados por transversales y extraños, y á todas las líneas, personas, casos y tiempos en que los ascendientes mueran ántes de entrar al goce y posesion del mayorazgo, aun quando proceda su muerte á la institucion de él; sin que para excluirlos de la sucesion basten presunciones, argumentos, ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean; pues para ello es indispensable que el fundador quite expresamente la respresentacion disponiendo lo contrario como puede hacerlo. Todo esto procede no solo en la sucesion regular de los mayorazgos sino tambien en la de patronatos, vínculos y aniversarios, como lo mandan nuestras leyes (*a*); pero no en la de capellanías colativas, pues en esta se atiende á la proximidad de parentesco con el fundador, y á la línea, grado y edad de los pretendientes, no habiendo en su fundacion cláusula que disponga otra cosa; por manera que muerto el poseedor de capellanía colativa, aunque un hermano suyo pida la posesion de ella, léjos de dársela se fixan edictos llamando á los parientes del fundador: lo qual no sucede en el mayorazgo, por que inmediatamente se le da sin perjuicio de tercero de mejor derecho, á causa de atenderse en aquel al parentesco con el fundador, é inmediacion de él con el último poseedor por lo tocante á la familia del fundador, no á otra, y á la representacion si este no la prohibe; y á causa asimismo de la que la posesion del mayorazgo se transfiere ipsojure por ministerio de la ley 45 de Toro sin acto alguno de aprehension en el siguiente llamado como persona incierta de línea cierta, por lo que nunca está vacante (*b*); mas en las capellanías colativas, como no hay representacion, por-

(*a*) Las 2 t. 25 P. 2, y 5, 13 y 14 t. 7 lib. 5 R. (*b*) Véase sobre esto al Señor Molina lib. 3 cap. 9.

que ningun derecho la induce, ni translacion de posesion, ni se atiende al parentesco del pretendiente con el último poseedor sino con el fundador, y á la línea, grado, edad y demas qualidades apetecidas por este: es indispensable llamar á sus parientes para saber quien las tiene, y aplicar la capellanía al que esté adornado de ellas, sin cuyo llamamiento y formal audiencia es imposible saberlo. Tampoco debe darse al poseedor de un mayorazgo la posesion de bienes que un tercero está detentando, á pretexto de que se incluyeron en la fundacion y le pertenecen, pues como el detentador se presume poseedor de buena fe con título legítimo, se le ha de comunicar traslado de la demanda de reivindicacion, y oir en via ordinaria sin despojarle de dichos bienes hasta que sea vencido en juicio, de suerte que si se hace lo contrario, se le restituirá ante todas cosas á la posesion, y restituido se seguirá el pleyto sobre la reivindicacion. Y es de advertir, que en mi concepto la sucesion en los mayorazgos no puede llamarse con propiedad como la sucesion en las herencias abintestato por disposicion de la ley *sucesion por representacion*, puesto que cada poseedor sucede por su propio derecho como llamado directamente por el fundador, y que quantas sucesiones hay, tantos fideicomisos, substituciones y llamamientos se entienden hechos por este.

38 Así como en el mayorazgo del reyno sucede la línea recta hasta su extincion sin pasar á otra, y entra el pariente mas propincuo contándose la proximidad desde el último poseedor segun la ley fundamental de estos reynos de Castilla (*a*); así tambien se observa este órden en los mayorazgos particulares de sus moradores no mandando el fundador lo contrario (*b*): de manera, que hasta que se acaben todas las personas de la línea del último poseedor que tengan con él parentesco mas cercano por parte del fundador, y no exista ninguna de la línea efectiva, real y directa ó de la contentiva, no puede entrar en la sucesion del mayorazgo otra persona, aunque esta tenga con el mismo fundador mas inmediato parentesco. La razon es, porque el hermano que sucedió, abrió la entrada en el ma-

(*a*) Ley 2 tit. 15. Partid. 2. (*b*) Ley 14 tit. 7 lib. 5 Recop.

yorazgo á sus descendientes no solo de la linea efectiva sino tambien de la contentiva, como son los hijos de sus hermanas, en tanto grado que ni los descendientes de otra, aunque sea anterior como primogenita ó de qualidad predilecta, qual lo es la de varon, pueden pretender la sucesion hasta que fallezcan todos los contenidos en la del ultimo poseedor, de suerte que verificado el ingreso legitimo de la sucesion en la linea de uno toma esta la qualidad de predilecta (*a*).

39. El llamamiento de rigurosa agnacion se hace excluyendo entera y perpetuamente el fundador á las hembras y á los varones de ellas, mandando que sucedan precisamente así por linea recta como transversal varones de varones sin interpolacion de hembra, ni de varon de ella, y que se dé á las hembras que por llamamiento regular entrarian á gozar el mayorazgo, dote competente para tomar estado, de los frutos y rentas del mismo mayorazgo, ó de los bienes del sucesor. Y porque suelen suscitarse dudas por la falta de claridad con que los Escribanos no instruidos ordenan este llamamiento, debo prevenirles que se ciñan á esta clausula; pues para que las hembras se entiendan excluidas, es preciso que el fundador las excluya expresa y literalmente, y de no hacerlo así entrarán á la obtencion del mayorazgo, patronato ó aniversario, sin que para privarlas de suceder en los fundados desde el año de 1615 y de los que se fundaren en adelante, basten presunciones, argumentos, ni conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean, de suerte que siendo de mejor linea y grado serán preferidas á los varones mas remotos, sean varones de varones, ó varones de hembras, como lo manda expresamente una ley recopilada (*b*); pues es odiosa la exclusion de ellas, y así es menester que conste expresamente de la voluntad del instituidor.

(*a*) Molin. de Hisp. primog. lib. 1 cap. 6 nn. 6 y 47 y lib. 3 cap. 4 n. 13 cap. 6 n. 19 y cap. 9. Mier. de Mayorat. part. 2 quæst. 6 n. 49 y part. 3 quæst. 28 n. 21. Ceball. Comm. contra Comm. quæst. 905 n. 174 Peg. de Mayor. tom. 2 cap. 9 n. 438. Castill. Controv. lib. 5 cap. 93 §. 13. En quanto á si para suceder en el mayorazgo cedido ó renunciado se debe atender la proximidad al tiempo de la renuncia ó al de la muerte del renunciante, véase á Olea de Cesion. jur. tit. 3 quæst. 4 que propone dos sentencias con sus fundamentos, y defiende como mas arreglada la de que se ha de atender la proximidad al tiempo de la muerte del renunciante.

(*b*) La 13 tit. 7 lib. 5 Recop.

40 El llamamiento de simple masculinidad se hace llamando siempre á los varones, sean varones de varones, ó varones de hembras, por su órden y preferencia de mayor a menor excluyendo entera y perpetuamente á las hembras, pero no á sus hijos varones nacidos ántes de la vacante y no despues. Sobre este llamamiento hago igual prevencion al Escribano, pues no ordenándose la cláusula en esta forma, aunque á la verdad llamando el fundador á varones y no á hembras, pero sí á los hijos varones de estas ó haciendo qualquiera llamamiento de los expresados en el núm. 6 de este cap. es visto que quiere sucedan siempre varones con exclusion de las hembras, como lo dicen Roxas de Almansa (*a*) y Molina (*b*); no obstante para evitar dudas y pleytos extenderá la cláusula en los términos expuestos. Asimismo advertirá al fundador por igual motivo, que por si llegase el caso de haber dos ó mas parientes que pretendan el mayorazgo, y alguno de ellos, aunque sea mas cercano, provenga de dos ó mas hembras, y el mas remoto ó igual en el parentesco de una sola, exprese qual quiere que suceda.

41 Si el fundador quiere instituir mayorazgo de agnacion limitada, ó artificiosa y fingida, ó de segunda genitura ó eleccion, ó de alguna otra de las demas especies mencionada, se arreglará el Escribano á la naturaleza de cada una ordenando la cláusula con la claridad correspondiente, pues bastante luz le he dado para no errar ni dexar en duda la voluntad del instituidor. Y si quiere que el mayorazgo sea perpetuo, que sus bienes sean inagenables, que nunca falte sucesor en él, y que por si el último poseedor no elige, jamas se verifique acabada la sucesion; mandará que por tal se tenga, y que lo sea siempre el mas propincuo pariente del último poseedor por línea paterna ó materna, ó el que tenga parentesco doble con él, (que es por ambas líneas) en concurrencia de que le tenga por una sola, ó el que posea tal mayorazgo determinado, ó quien le parezca, aunque no sea de sus parientes; pues de no hacerlo, como cesa la vinculacion en el último de las líneas llamadas, puede disponer este de los bienes del mayorago, segun le parezca,

(*a*) En el lug. cit. en dicho n. 6. (*b*) De Hispan. primog. l. 3. c. 5.

porque quedan libres y los hace suyos, del mismo modo que si el fundador le hubiera nombrado por su heredero.

42 Algunos fundadores de mayorazgo quieren que sus poseedores sean habidos y procreados constante el matrimonio, y para instruccion del Escribano prevengo que el hijo natural legitimado por el subsequente matrimonio es tan legítimo y capaz de suceder en el mayorazgo como el que nació y fue engendrado durante él, en cuya atencion no se observará su voluntad respecto á dicho legitimado, lo qual debe hacerse presente á los fundadores para que desistan de esta ridiculez; pero si por carecer de herederos legítimos llaman á extraños, pueden hacerlo y como dueños de sus bienes disponer de ellos á su arbitrio. Ademas por si hay algun hijo legitimado por el matrimonio subsequente, ó por rescripto del Príncipe, y otro habido y procreado posteriormente de matrimonio legítimo que pretenden la obtencion del mayorazgo (1); advertirá el Escribano á su fundador que para este caso explique quien debe obtenerle, y extenderá la cláusula con arreglo á su voluntad, si no se conformase con la que extiendo en la escritura. Asimismo porque suele haber disputas sobre si siendo los hijos incestuosos han de entrar ó no al goce del mayorazgo, prevendrá igualmente al fundador que declare su volunad, ya sea mandando que sucedan, con tal que ántes de su nacimiento esten sus padres libres del impedimento impediente, ó que se casen despues y se estimen por naturales legitimados: ya sea excluyéndolos expresamente.

43 Sucede algunas veces que de un parto nacen dos ó tres varones, ó hembras, y que por falta de cui-

(1) El hijo legitimado por el siguiente matrimonio no ha de preferirse en el mayorazgo al hijo legítimo de matrimonio anterior, aunque haya nacido ántes que este. Es verdad que el matrimonio se retrotrae ó considera efectuado al tiempo del nacimiento del hijo natural; pero sería una iniquidad admitir esto en perjuicio del derecho de primogenitura que adquirió el hijo legítimo ántes del segundo matrimonio. (Gom. ley 9 de Toro nn. 63, 64 y 65. Molina lib. 3. cap. 1. n. 7.) En órden al hijo legitimado por el Soberano, todos los parientes del fundador le excluyen. (Hermen. de Rox. part. 1 cap. 6. §. 6.) El hijo arrogado ó adoptivo nunca sucede. (El mismo Rox. lug. cit. §. 10.)

dado en las comadres se duda quál de ellos nació primero, en cuyas circunstancias debe dividirse el mayorazgo entre los gemelos, como lo dispone la ley fin. tit. 33 Partid. 7 que dice: „E si fueren amos varones, é non puede ser sabido qual de ellos nació primeramente, estonce amos deben aver aquella honra, é el heredamiento que avria el que ante naciese, á quien dicen en latin primogénito (1). „ Pero como no conviene que los bienes del mayorazgo se dividan, para que no llegue el caso de su desmembracion, prevenga el Escribano al fundador que declare, si han de repartirse entre los dos y pasar luego enteramente por muerte de ámbos al hijo varon que primero nazca de alguno de ellos con arreglo al llamamiento, ó si han de echar suerte ante la Justicia, haciéndose acto formal por escrito de ella para que no se dude á quien tocó; ó que haga eleccion su padre por escritura ántes que cumplan los tres años, para evitar de este modo que por inclinacion elija tal vez al que no le toque por su nacimiento; ó que se ha de practicar en dicho caso, pues ocurren grandes dudas sobre esta sucesion.

44 Igualmente se duda, si por el hecho de fundar mayorazgo se entiende ó no perpetuo: si llamando el fundador á alguno y á sus hijos sin mas expresion, se conceptuan tambien llamados todos sus descendientes y parientes por su línea, puesto que no los excluye: si llamando á ciertas líneas para el mayorazgo ó agregacion, y despues de ellas á alguna memoria ó comunidad: y no diciendo *que el mayorazgo sea perpetuo, ó que se conserve en su familia*; ó aunque lo diga, no excluyendo expresamente á sus parientes, pasará el mayorazgo ó agregacion á estos por extincion de las líneas llamadas ántes que á la memoria: si el último de los llamados hace suyos y puede disponer libremente de sus bienes, ó han de pasar estos con la propia vinculacion y condiciones á los demas parientes del instituidor por su órden hasta su ex-

(1) Naciendo de un parto varon y hembra en caso de duda se presume que aquel nació primero. Ley citada al principio.

(a) Molin. de Hispan. primog. lib. 3. cap. 1. n. 22. Gom. Ley 40 de Toro n. 68.

tincion; y si el último de la familia podrá instituir herederos de ellos libremente á extraños, ó deberá llamarlos á su goce con el mismo gravámen y condiciones, ó sin Real permiso será árbitro de ponerlas nuevas, y de fundar por consiguiente nuevo mayorazgo á su eleccion, ó recaerán como mostrencos en el fisco, segun lo he visto pretender. Estas dificultades tocan el Señor Molina (*a*) y otros, y las hago presentes al Escribano para que las proponga al fundador, á fin de que con la manifestacion de su voluntad evite los costosos pleytos que suelen suscitarse por no hacerla ni haber decision legal.

45 Pueden suceder en el mayorazgo el Clérigo, el mudo y sordo, el loco, el mentecato y el ciego, no habiéndoselo prohibido expresamente su fundador, sino es que sea reyno, ducado ú otra dignidad que tenga anexa jurisdiccion (*b*); y el poseedor debe cumplir las condiciones posibles y honestas puestas en la fundacion baxo la pena de perderle, aunque sea el primogénito y primer llamado á su obtencion, y de pasar al siguiente en grado, como lo disponga así el fundador (*c*).

46 Los poseedores del mayorazgo deben hacer inventario formal de todos sus bienes y papeles al tomar posesion de él, y repararlos y conservarlos con su producto. Lo propio deben hacer los herederos del último poseedor de las líneas expresamente llamadas, si por culpa de este se aniquilaron ó deterioraron siendo el mayorazgo perpetuo; y porque en esto suele haber mucha desidia, á causa de que los poseedores especialmente los que no tienen sucesion, no piensan mas que en disfrutarle y destruirle: para que ninguno alegue ignorancia, conviene que todo se ponga por condicion y cláusula expresa en la fundacion, como lo verá el Escribano en la escritura que extenderé para su instruccion (1).

(*a*) De primog. lib. 1 cap. 4 y 8. (*b*) Góm. ley 40 de Toro nn. 66 y 69. Molin. de Hisp. primog. lib. 1 cap. 13 nn. 23, 25, 41, 96, 97 y 101. Greg. Lóp. ley 2 tit. 15 P. 2 glos. 19 y 20 (*c*) Leyes 5 y 6 tit. 4 P. 5.

(1) Los poseedores del mayorazgo, háyanse fundado en contrato ó en testamento, no están obligados á dar caucion á los sucesores inmediatos de restituir los bienes vinculados sin desfalco ni deterioro, á ménos que los disipen ó empeoren. (Góm. ley 40 de Toro n. 78.)

47 El poseedor del mayorazgo puede perderle y pasará al siguiente en grado con arreglo á su fundacion, por incurrir en infamia de hecho ó de derecho, por ingratitud, por disipacion de todas ó parte de sus fincas, si el fundador, lo manda expresamente, ó por cometer alguno de los tres delitos exceptuados que son *lesa magestad divina y humana, sodomía y heregía*, aunque el fundador no lo mande; y la pena de estos delitos se extiende á los hijos de los delinqüentes procreados despues de la perpetracion, sea en linea recta ó transversal, pues estando infecta la raiz han de estarlo tambien las ramas, por participar de la misma substancia, lo qual convendrá prevenir en la fundacion (*a*) (1).

48 Las fincas del mayorazgo no deben confiscarse por delito de su poseedor; bien que su atrocidad puede hacer preciso el demolerlas y sembrarlas de sal para abolir enteramente su memoria, y dar al público un terrible exemplo. Puede ponerse para mayor claridad la prohibicion perpetua de enagenacion y confiscacion, aunque si se funda con facultad Real, y se declara en ella que se ha de poder imponer tal pena por alguno de dichos delitos, de nada servirá la prohibicion del fundador (*b*).

49 El que funda mayorazgo con facultad Real ó sin ella, puede revocarle, añadir, variar y mudar sus llamamientos, ó poner el gravámen de incompatibilidad ú otro qualquiera, excepto que habiéndose instituido en contrato, haya dado la posesion de sus bienes al primer llamado, ó á quien le represente; pues por este acto es visto darla á todos los llamados, y así se les transfiere ipsojure la civil y natural, como diré en el núm. 54: ó que le haya entregado su fun-

(*a*) Ley 6 al fin. tit. 27 Partid. 2.

(1) La ley 2 t. 2. P. 7 que impone á los hijos varones de los traydores la pena de infamia y la de no poder heredar ni percibir mandas, debe entenderse solamente de los que vivian al tiempo de la traycion, si se consideran estas palabras. » Pero las fijas de los traydores bien pueden heredar fasta la quarta parte de los bienes de sus madres. Esto es, porque non deve ome asmar (*juzgar ó pensar*) que las mugeres ficiessen traycion, nin se metiessen á esto tan de ligero á ayudar á su padre como los varones. E por ende (*por tanto*) non deven sofrir tan gran pena como ellos. » Así que, parece hay una inconsequencia entre esta ley y la citada ley 6; pero háyala ó no, lo cierto es que ámbas leyes son injustas ó rigurosas con los hijos de los traydores, vivan ó no al tiempo del crimen.

(*b*) Villadieg. Polit. y forma de libelar. ñn. 182, 183 y 184.

dacion ante Escribano, ó que le haya instituido por causa onerosa con tercero, v. gr. de casamiento, ú otras semejantes, en cuyos casos no puede hacer lo dicho, á ménos que se hubiese reservado en la fundacion la facultad para ello, como puede y conviene lo haga, ó que se le permita en la licencia Real (*a*). Lo mismo debe decirse del último poseedor que por la fundacion tiene facultad para nombrar sucesores en el mayorazgo, vínculo ó patronato; pues una vez hecha irrevocable la eleccion, no podrá revocarla, variar, añadir, ni mudar los llamamientos, si no se lo permite la fundacion, á ménos que por ignorancia nombre al indigno, ó que el nombrado se constituya tal despues; y para evitar dudas y pleytos se expresará en la fundacion lo que deberá hacer el último poseedor, teniendo presente lo explicado y la cláusula puesta en el núm. 12 de este capítulo. Ademas habiéndose hecho irrevocable el mayorazgo al principio, puede el fundador imponerle en otro instrumento la incompatibilidad; como quando manda que los poseedores usen precisamente de su apellido, armas, &c. y despues dice por declaracion, *que quando lo hizo, fué su ánimo que llevasen sus armas al lado derecho, ó solas sin mezcla de otras*, y que á él se le olvidó expresarlo, ó el Escribano ponerlo; pues valdrá esta declaracion, y siendo verosímil se deberá estar á ella, aunque se haga sin juramento, porque el que hace un acto irrevocable puede declararle despues (*b*).

50 Se hace irrevocable el mayorazgo por el juramento de no revocarle, aunque la escritura no tenga la cláusula de constituto (1), ni se haya entregado al primer llamado la posesion del mayorazgo por acto verdadero ó ficto, ni la escritura de su institucion; y una vez hecho irrevocable no puede su fundador variar, mudar, ni adicionar sus llamamientos ni condiciones, ni imponerle el gravámen de incompatibilidad ni otro alguno sino en la forma expuesta, aun quando reserve para sí el usufructo de sus bienes por toda su vida (*c*).

(*a*) Ley 4 tit. 7 lib. 5. R. Mieres de Majorat. part. 1 quæst. 54 55. Molin. de Hisp. prim. lib. 1 cap. 9. (*b*) Roxas de Almans. disp. 1 quæst. 10 nn. 13, &c. y 24.

(1) Vease qué es constituto en el num. 38 cap. 9.

(*c*) Villad. lug. cit. nn. 187 y 188. Roxas Alman. dich. q. 10 nn. 6 y sig.

51 Corresponden al mayorazgo todas las fortalezas, cercas y edificios que se hicieren en las ciudades, villas, lugares y heredamientos de él, por lo qual ha de suceder en todo el llamado á su goce, sin que se le pueda compeler á dar parte del valor de lo expresado ni de las expensas hechas en ello á las mugeres, hijos, herederos, ni sucesores del que lo hizo, si el fundador no lo mandó (a) (1).

52 El poseedor del mayorazgo que deterioró, ó dexa perderse alguna ó algunas de sus fincas, no puede compensar en todo ni en parte la pérdida, ó deterioracion con las mejoras hechas en otras de él; pues la compensacion debe hacerse de crédito con crédito, y por las mejoras no tiene ninguno contra las fincas, porque ceden al suelo y las disfrutó. Así pues, el sucesor tendrá accion personal contra sus bienes para conseguir dicha indemnizacion, á ménos que el poseedor hubiese constituido obligacion hipotecaria de resarcirlos, pues entónces será graduado en el concurso de acreedores en el lugar que como hipotecario le corresponda (2).

53 Puede probarse que los bienes son de mayorazgo por la escritura de su institucion, y la licencia ó facultad impetrada para ella, ó por testigos idóneos y fidedignos que depongan contestes de su tenor, ó de costumbre inmemorial é inconcusa que acredite los obtuvieron los poseedores como de mayorazgo; esto es, que los hijos mayores de legítimo matrimonio y sus descendientes legítimos sucedian

(a) Ley 46 de Toro que es la 6 tit. 7 lib. 5 Rec. Molin. de Primog. lib. 1 cap. 26 nn. 14., 15 y 16.

(1) Discuerdan los intérpretes sobre si de las mejoras hechas en las demas cosas del mayorazgo fuera de las expresadas en la ley 46 de Toro deberá decirse lo mismo que de estas; pero yo no hallo razon poderosa para que haya de extenderse la disposicion de la ley con perjuicio de las mugeres, hijos y herederos de los poseedores de los mayorazgos. En órden á los frutos pendientes en las fincas vinculadas al tiempo de la muerte del poseedor está en práctica que sus herederos perciban la parte de frutos correspondiente al tiempo que los hubo, miéntras vivió, y al sucesor la que corresponde al que pasó desde dicho fallecimiento hasta la recoleccion de los frutos.

(2) El poseedor del mayorazgo está obligado á satisfacer las deudas contraidas por el fundador, sino es que las contraxo despues de haberle hecho irrevocable. Las de su antecesor ó antecesores solo debe pagarlas caso que las hubiesen contraido en beneficio del mayorazgo. (Molina de primog. lib. 1 cap. 10. Gom. ley 40 de Toro n. 72).

en ellos como vinculados; y que aunque el poseedor dexase otros hijos legítimos, nada les daban los mayores de dichos bienes, ni su equivalente para lo qual han de jurar los testigos haberlo visto así por espacio de 40 años, oido decir á sus mayores y mas ancianos que así lo habian visto, y oido decir tambien á los suyos sin cosa en contrario, y que todo ello es pública voz y fama entre los vecinos y moradores de la tierra en que estan situados los bienes (*a*). Tendrá esto presente el Escribano, por si se le ofrece hacer probanza de costumbre inmemorial, pues el buen Letrado debe articular en la forma expuesta con arreglo á la ley sin mas prosa ni confusion. Pero es de advertir en primer lugar, que lo dicho no prueba la pertenencia de la propiedad de los bienes vinculados al mayorazgo sino tan solo su vinculacion para que sean indivisibles, (pues la propiedad se ha de acreditar con otros títulos de adquisicion) y que la ley 14 de Toro que se ha citado, no excluye otros géneros de probanzas que se puedan hacer para calificar que los bienes son de mayorazgo; y en segundo lugar que para probar la costumbre inmemorial sobre otra qualquiera cosa se ha de articular y han de deponer los testigos del propio modo (*b*).

54 Aunque la posesion natural se adquiere por la tenencia de la cosa y la civil por ministerio de la ley, precediendo haber tomado la corporal y teniendo ánimo de conservarla, no sucede así en los mayorazgos; pues en ellos luego que fallece el poseedor, sin ningun acto de aprehension ni necesidad de aceptacion se transfieren en el siguiente en grado ambas posesiones con arreglo á los llamamientos de su fundacion, aun quando otro haya tomado en vida del poseedor, ó este le haya dado la posesion *real ó corporal* (*c*); por manera que aunque despues nazca otro que por ser de mejor línea y grado obtendria el mayorazgo viviendo al tiempo de la vacante, no puede privar de él al que le tiene adquirido legítimamente ni á su posteridad legítima, y así no retrocede á otra línea, miéntras no se extinga la su-

(*a*) Ley 40 de Toro que es la 1 tit. 7 lib. 5 Rec. (*b*) Sobre si la costumbre que tiene fuerza de ley debe extenderse á otros casos en que milite igual razon, véase á Vela disert. 3 n. 53 que defiende la afirmativa. (*c*) Ley 45 de Toro que es la 8 t. 7 lib. 5 de la Recop.

ya (a), excepto que el fundador mande expresamente lo contrario. Así pues, en el mayorazgo basta la posesion real que toma el primer llamado, para que se transfieran en los siguientes sin acto alguno de aprehension la civil y la natural, porque la ley presume que nunca está vacante, mediante á saberse que personas inciertas de líneas ciertas han de suceder precisamente en él segun la fundacion, y á poseerle todos en nombre del fundador cuyos son los bienes y no del último poseedor. Mas no obstante, para que sea tenido por poseedor legítimo y se le contribuya con sus rentas, debe tomar la real, actual, ó corporal, ó quasi, porque como acto personal no le suple la ley, y ademas no acredita ser de los llamados hasta que la toma.

55 Muerto el poseedor del mayorazgo, para que el pariente suyo por la línea del fundador que pretende suceder en él, pueda intentar el remedio posesorio sumario introducido en España para la mas breve execucion de lo mandado en la ley 45 de Toro, y que vulgarmente llaman de *tenuta*, porque quien lo intenta solicita que se le mantenga en la posesion que se le ha transferido por ministerio de dicha ley (b); deben concurrir precisamente quatro requisitos: el primero, que sea llamado á su obtencion: el segundo, que tenga la qualidad del llamamiento: el tercero, que haya llegado el caso de este (c); y el quarto, que ocurra al Consejo como único tribunal privativo para conocer de esta clase de negocios á poner la demanda dentro de los seis meses siguientes al dia de la vacante, segun lo ordena una ley recopilada (d), cuyo término es perentorio en tanto grado que corre contra menores y ausentes, contra el ignorante, el furioso, el infante, y el que aun no ha nacido, sin que puedan intentar el remedio de la restitucion (e), mayormente quando se les reserva su derecho sobre la propiedad con arreglo á lo que dispone otra ley recopilada (f); pues aunque la pose-

(a) Molin. de Primog. lib. 3 cap. 10 nn. 4, &c. y 14, y n. 38. Roxas Almans. disp. 3 quæst. 6 nn. 27 y 31. Roxas de Incomp. part. 3 cap. 4 n. 33. (b) Paz de Tenuta, cap. 2 nn. 12 y 13, cap. 5 n. 14 y cap. 24 n. 14 tract 1. (c) Molin. de Primg. lib. 3 cap. 5 num. 6. Paz lug. cit. cap. 30 desde el n. 12 hasta el fin. (d) La 9 tit. 7. lib. 5 Recop. (e) Molin. de Prim. lib. 3 cap. 13 nn. 60 y 61. Gutierr. lib. 2 Pract. quæst. 91 nn. 2 y 3. Paz lug. cit. cap. 17 n. 1. (f) La 10 tit. 7. lib. 5 Rec.

sion y propiedad se pueden ventilar en un mismo juicio (*a*); no sucede así en las causas de mayorazgo, en que ante todas cosas se trata de la tenuta en el consejo (*b*); y si alguno intenta dentro de los seis meses en la chancillería el juicio de propiedad, se inhibirá á aquella del conocimiento, y hará que remita los autos al consejo, como lo he visto practicar.

56 Sobre los bienes de mayorazgo no se puede imponer censo ni otro gravámen sin Real permiso, como consta del cap. 17 de las cortes celebradas en el año de 1602, y publicadas en el de 1610, por manera que quien dé dinero sobre ellos sin preceder este requisito, solo podrá repetir contra el que le recibe y sus propios bienes. Tampoco pueden darse en enfitéusis, trocarse, venderse, ni enagenarse por el poseedor sin el mismo requisito y aprobacion.

57 Habiendo tratado aunque ligeramente de los mayorazgos paso á tratar tambien con brevedad de la agregacion de bienes á los mismos mayorazgos, para que quando se le ofrezca el caso al Escribano, no dude de lo que puede hacer. En nuestra legislacion castellana no hay ley que hable de intento de dicha agregacion ó incorporacion, y así los AA. (*c*) que hablaron de ella, se gobernaron por las disposiciones canónicas relativas á la union de obispados, prebendas, dignidades y beneficios eclesiásticos, fundándose en que quando un caso, qüestion ó artículo no se halla decidido en ninguna ley, debe arreglarse el Juez á las que en otros semejantes determinan lo que se ha de practicar.

58 La agregacion de bienes á un mayorazgo puede hacerse de tres maneras: la primera es por incorporacion, ó union de uno con otro, y entónces se considera como uno solo, y como una sola la fundacion ó disposicion: la segunda es accesoriamente, en cuyo caso los bienes que se le agregan, siguen la naturaleza de los de la fundacion principal y se estiman como incluidos en ella; y la tercera es igual y principalmente, y entónces el mayorazgo unido retiene su propia naturaleza y permanece en su primitivo esta-

(*a*) Ley 4 tit. 2 lib. 4 Rec. (*b*) Ley 10 tit. 7 lib. 5 R. (*c*) Aguil. ad Rox. part. 1 cap. 7 num. 27. Card. de Luc. de Fideicomis. in adiction. ad disc. 12. Roxas de Almans. de Incomp. disp. 1 q. 11 n. 1.

do (*a*). Ademas la agregacion puede ser perpetua, y limitada ó temporal como otras agregaciones (*b*), extenderse hasta ciertas líneas solamente, por excluir expresamente á las demas quien la hace, hacerla este con condiciones compatibles con la fundacion, ó contrarias y repugnantes á ella, y verificarse por tres títulos ó de tres modos. El primero es el de la ley, como por exemplo en el aluvion (1) pues lo que por este medio se agrega á una finca vinculada, pertenece al mayorazgo (*c*). El segundo título ó modo es de la costumbre, quando la hay de que una cosa se tenga y posea como parte de otra; v. gr. si alguno compra una heredad y despues otra contigua á ella, las cultiva, arrienda y posee como una sola, dándolas un solo nombre, y luego lega la primera y principal; pues se entiende legar tambien la accesoria y unida (*d*). Y el tercero es el que motiva la disposicion del hombre, cuya agregacion puede ser *voluntaria ó necesaria y coactiva*. Se llama voluntaria quando el mismo fundador, ó algun poseedor, ú otro pariente, ó amigo hace la agregacion de su libre voluntad; y necesaria, quando el fundador manda á algunos, ó á todos los llamados que la hagan (*e*); y de esta paso á tratar.

59 Como la intencion de los fundadores de mayorazgos es que sus poseedores conserven su memoria (2) y el esplendor de sus familias con la opulencia, pues si falta, decae su lustre y se eclipsa su nobleza; suelen agregar á las fundaciones despues de hechas algunos bienes para su incremento, en cuyo caso su agregacion como cosa accesoria se ha

(*a*) Roxas de Incomp. part. 1 cap. 5 num. 34. Roxas Almans. disp. 11 cit. num. 2. (*b*) Concil. Trid. ses. 21 de Reformat. cap. Ut etiam 4. Roxas dicha disp. 11 n. 6 y 11.

(1) Aluvion es aumento paulatino que hace el rio en algun predio quitando á otro.

(*c*) Roxas Almans. disp. 1 y q. 11 cit. nn. 59 y 60. (*d*) Castill. tom. 5 Controv. cap. 62 nn. 3, &c. y 50, y de Usufruct. lib. 1 cap. 22. (*e*) Adicionadores del Molina lib. 1 cap. 8 nn. 35 y sig. Mostaz. de Cras. pits lib 3 cap. 5 nn. 49 y 50.

(2) Es cosa de la mayor importancia para el estado y para los mismos fundadores de mayorazgos que se conserve su memoria hasta la mas remota posteridad por la grande hazaña y heroyca accion de haber vinculado sus riquezas, y motivado, como regularmente sucede, muchos y dilatados pleytos, tan conducentes para el bien estar y tranquilidad de las familias.

de hacer baxo de las condiciones y reglas de la fundacion sin innovar ni alterar su naturaleza, modo, qualidades, ni llamamientos, y de lo contrario no será agregacion pura ó simple sino fundacion diversa. Lo mismo procede, quando otro la hace voluntariamente, y por tanto si el que funda mayorazgo irrevocable sin gravámen de incompatibilidad, le agrega luego algunos bienes por otra escritura, no puede por sí solo imponerle tal gravámen, á ménos que lo haga con beneplácito del primer llamado, quien sino tiene otro mayorazgo ni le espera, deberá aceptar el aumento con el gravámen para no perjudicar á su posteridad ni familia, y sus sucesores no podrán impugnar su aceptacion, aunque posean otro ú otros mayorazgos; pero si posee otro, ó es inmediato sucesor á él, no está obligado á admitirle, porque se le causa perjuicio (*a*).

6o. Tocante á la agregacion necesaria digo que el fundador puede mandar que el primer llamado agregue al mayorazgo cierto fondo suyo y deberá agregarle. Tambien le puede mandar que agregue el ageno, y deberá comprarle y agregarle; pero si su dueño no quiere vendérsele, ó le pide un precio exôrbitante por él, ó no puede ser vendido por alguna causa, queda libre de la obligacion de comprarle y cumple con comprar otro de igual valor para su agregacion (*b*). Asimismo puede imponer á todos los poseedores ó á alguno ó algunos el gravámen de agregar al mayorazgo sus legítimas, ó el tercio ó quinto, ó ámbos, ó de que con las rentas de tantos años compren hasta en cierta cantidad fincas raices y las incorporen á él: en cuyos casos y otros semejantes permitidos por derecho si cada poseedor acepta simplemente y toma posesion del mayorazgo, manifiesta con su silencio y admision haber consentido en el gravámen, por lo que está obligado, y puede ser compelido á efectuar la agregacion mandada por el fundador sin la mas leve alteracion ni imposicion de grávamen ni condicion; bien que su obligacion no llega hasta el dia de su muerte, porque de lo contrario seria privarle del uso de sus bienes, y precisarle á dividirlos y desprenderse de ellos en vida, á cuya conse-

(*a*) Roxas disp. 1 q. 10 nn. 25, &c. y 44. (*b*) Roxas disp. 2 quæst. 7 nn. 2, &c. y 8.

qüencia deberán hacerla sus herederos deduciéndose el importe de sus bienes como deuda contra la herencia (*a*). Pero al modo que el donante no puede hacer donacion de todos sus bienes, aunque sea solo de los presentes, tampoco puede imponer el fundador á los poseedores el gravámen de que agreguen al mayorazgo todos los suyos (*b*). Y si el poseedor de varios mayorazgos hace voluntariamente agregacion á alguno de ellos, debe especificarse á qual y no decir solamente *al mayorazgo que poseo*, para que no se originen dudas y pleytos.

61 La agregacion á mayorazgo así como á patronato ó capellanía se puede calificar y probar en juicio en primer lugar: con instrumento público de alguna disposicion entre vivos ó por temor de muerte en que conste que el mismo fundador despues de formalizada la fundacion, ó algun poseedor, ú otra persona la hizo (*c*): en segundo lugar habiéndose perdido ó quemado el instrumento, con testigos fidedignos que depongan contestes haberle visto y leido, y que contenia la agregacion (*d*): en tercer lugar no habiendo instrumento ni testigos, con otras escrituras otorgadas por quien hizo la agregacion, en que se exprese haber agregado al mayorazgo tales bienes, ú otorgadas por sus poseedores en las que se hable de la agregacion, y se diga que poseyeron aquellos como agregados y vinculados (*e*); y en quarto lugar, á falta de los tres medios expuestos, con la justificacion de que los poseedores del mayorazgo los tuvieron por agregados y vinculados, aunque no sea por tiempo inmemorial, y que por esta causa no se dividieron nunca entre los herederos de cada uno (*f*).

62 Siempre que por alguno de estos medios se pruebe la agregacion de bienes al mayorazgo, surtirá los efectos siguientes: el primero, que los bienes agregados sean parte del mayorazgo á que se agregan, y sigan regularmente su

(*a*) Surd. de Alim. tit. 2 q. 15 num. 181. Rox. disp. 1 q. 11 num. 31 y disp. 2 q. 7 nn. 2. &c. y 36 (*b*) Roxas disp. 2 y q. 7 dich. nn. 22 y 41. (*c*) García de Benefic. tom. 2 part. 12 cap. 2. §. 3 n. 224. Albar. Pegas de Majorat. tom. 1 cap. 3 n. 83. (*d*) Cap. 12 de Priv. y ley 1 tit. 7 lib. 5 R. (*e*) Larrea tom. 2 decis. 56 nn. 4, 5, 8 y 10. Albar. Pegas lug. cit. n. 11. Mier. de Mayorat part. 1 quæst. 64. n. 78. (*f*) Dicha ley 1. Rox. disp. 1 quæst. 11 nn. 33 y 34.

naturaleza, órden, modo y forma (*a*): segundo, que para vindicarlos competa al poseedor la misma accion que para la recuperacion y obtencion del mayorazgo (*b*): el tercero, que si alguno mueve pleyto sobre la sucesion ó posesion del mayorazgo y obtiene sentencia favorable, aunque nada se exprese en esta acerca de los bienes agregados por distintos poseedores ú otros, se puede executar respecto á ellos del mismo modo que con respecto á los demas (*c*): el quarto, que así como por muerte del poseedor se transfiere ipsojure en el siguiente en grado la posesion civil y natural de estos, así tambien la de aquellos (*d*); y el quinto, que si el poseedor impone censo con Real permiso sobre los bienes del mayorazgo, quedan tambien obligados los agregados, aunque no los hipoteque expresamente ni haga mencion de ellos (*e*).

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

FUNDACION DE MAYORAZGO REGULAR CON FACULTAD REAL.

63 Don Francisco Solis vecino de esta villa digo: que he resuelto erigir mayorazgo perpetuo de todos los bienes que me pertenecen, y para su mayor estabilidad he impetrado facultad de S. M. (que Dios guarde) firmada de su Real mano en tal parte á tantos de tal mes y año, y refrendada de *D.* F. su Secretario, cuyo literal tenor dice así. (*La facultad Real en §. aparte*).

Y usando de esta facultad y de la que me conceden las leyes de estos reynos, en la forma que mas haya lugar en derecho = Fundo mayorazgo perpetuo de todos los bienes raices, juros, censos, efectos y derechos que poseo, y son los siguientes (*Se pondrán por menor en §. aparte los bienes con sus linderos, cabida, sitio, valor y demas señales por*

(*a*) Roxas Almans. lug. cit. nn. 28 y 61. (*b*) Ley 8 Cod. de jure dot. y en ella Barbos. n. 4. (*c*) Sal. de Reg. prot. part. 4 cap. 10 nn. 88 y sig. Mier. de major. part. 1 q. 10 n. 124. (*d*) Alv. Peg. tom. 4. Ordenam. lib. 1 tit. 50 gl. 1 nn. 10 y 14. (*e*) Ley 15 tit. 13 P. 5. verb. Otrosi decimos, y su gl. 6 Mier. q. 10 cit. nn. 36, 47 y 91.

donde sean conocidos, con relacion clara y especifica de sus títulos, para que conste de su vinculacion en lo sucesivo, y proseguirá la escritura.)

Declaro que estos bienes me pertenecen en posesion y propiedad, y que estan libres de tributo, memoria, capellanía, patronato, censo, y de toda especie de gravámen y responsabilidad, (*si tuvieren algunas, se expresarán, y dirá que no tiene mas*) y con ellos instituyo mayorazgo con las condiciones y llamamientos siguientes.

1 Despues de mis dias han de poseer y gozar perpetuamente este mayorazgo Don F. mi hijo mayor y sus descendientes legítimos, sean procreados nacidos constante el matrimonio, ó legitimados por el subseqüente, prefiriendo el mayor al menor y el varon á la hembra, aunque esta sea mayor de edad, la línea del último poseedor á todas las otras, y la hembra de mejor línea y grado á los varones mas remotos, con arreglo á las leyes segunda título decimoquinto de la Partida segunda, y quinta, trece y catorce título séptimo libro quinto de la Recopilacion; y si fueren hijos de parientes en grado prohibido y nacieren ántes de casarse sus padres, entrarán á su obtencion, con tal que al tiempo de nacer se hubiese removido el impedimento canónico y no de otra suerte, sino es que carezcan de hermano varon, en cuyo caso los tales hijos incestuosos han de ser tenidos por naturales legitimados y preferirse á las hembras legítimas y á su posteridad, aun quando en el expresado tiempo esté por remover dicho impedimento, si despues se quitare y no en otros términos. Pero si concurrieren un hijo legitimado por el subseqüente matrimonio, ó por rescripto del Príncipe; mayor en edad, y otro nacido de matrimonio legítimo menor, se han de preferir este y su posteridad legítima no obstante su menoría al primero y á la suya en todos tiempos, casos y líneas indistintamente, lo qual ha de observarse tambien en el legitimado por el subseqüente matrimonio respecto al que lo fuese por rescripto.

2 Faltando la descendencia legítima varonil y femenina del citado mi hijo mayor, han de suceder en este mayorazgo Don F. mi hijo segundo y la suya baxo de los mismos términos y reglas sin diferencia: por su extincion Doña F.

mi hija y la suya segun el órden expuesto: en defecto de todos Don F. mi hijo natural y los suyos de legítimo matrimonio; y á falta de legítimos los naturales, y los legítimos y naturales de estos y de los otros nombrados, mas no los naturales de los demas que se nombrarán, pues los excluyo expresamente á ellos y á su posteridad, habiendo de guardarse en todos el propio órden y preferencia sin alteracion ni tergiversacion.

3 Acabados todos los referidos y sus líneas ha de suceder en este mayorazgo el pariente legítimo transversal mas propincuo que hubiere á la sazon por el mismo órden, considerándose siempre así en los legítimos como en los naturales é incestuosos que quedan expresamente llamados, la proximidad respecto del último poseedor, y representando el hijo ó descendiente legítimo del hijo mayor la persona de su padre, ó ascendiente muerto en vida, ó despues de la muerte del poseedor, sea descendiente ó transversal, aunque esté fuera de los grados en que el derecho permite la representacion en los transversales: previniendo que si hubiere dos transversales en igual grado, y el uno tuviere parentesco doble conmigo, ha de ser preferido como mas pariente mio al que le tenga por una línea sola, aun quando lo sea por la de hijo mayor y tenga mas edad; y hasta extinguirse la descendencia legítima de aquel no ha de entrar al goce la de este.

4 Si faltaren descendientes legítimos, y los incestuosos y naturales llamados, y todos los parientes transversales mios, doy facultad al último poseedor para que llame al mayorazgo á quien quisiere con arreglo y segun el órden de esta fundacion, y no de otra suerte ni con nuevas condiciones, siempre que no sea á comunidad eclesiástica ni secular, ni á otra mano muerta semejante, ni á dos personas para que le gocen á un mismo tiempo; y al último de todos los que elija concedo igual facultad, y así sucesivamente á los demas últimos poseedores en su caso y lugar, de modo que este mayorazgo sea perpetuo, y sus bienes esten siempre unidos en un poseedor lego; pero despues de hecho el llamamiento ó llamamientos ningun elector los ha de poder revocar, variar, ni añadir otros, aunque los llamados los ignoren y el nombramiento no sea jurado. Y si

alguno en el concepto de ser último poseedor hiciere la eleccion, y despues de entrar el electo al goce del mayorazgo apareciere algun pariente mio, ha de ser preferido este, por poco parentesco que pruebe, y desposeer al electo enteramente extraño y á su posteridad, anulándose para siempre dicha eleccion.

5 Como por ignorar las vacantes algunos parientes á quienes toque este mayorazgo, no ocurrirán á pretenderle, y le obtendrán otros remotos que vejarán á aquellos, si despues le pretenden, con pleytos, artículos, dilatorias maliciosas y gastos crecidos para que desistan, y aun quando sean condenados á la restitucion de frutos desde la contestacion, no tendrán tal vez con que reintegrarlos: para evitar todos estos daños que no se deben permitir, mando que con sola la presentacion de la demanda del que se diga sucesor legítimo sin otra diligencia alguna, proceda de oficio ante todas cosas el Juez ante quien se ponga, á seqüestrar todas las rentas de este mayorazgo, y á nombrar administrador enteramente extraño, lego, seguro y abonado con fianzas seguras y quantiosas, pues no ha de serlo el poseedor, aunque las dé, ni el pretendiente; y el tal administrador ha de cuidar de su cobranza y las há de retener hasta que se concluya el pleyto y se entreguen sin desfalco alguno á quien se declare pertenecer, en lo qual quiero no haya tolerancia ni interpretacion.

6 Los poseedores de este mayorazgo no han de tener obligacion con ningun motivo de dar alimentos á los sucesores inmediatos, excepto que sean hijos ó descendientes suyos legítimos ó naturales; pero sí han de tenerla de alimentar á sus hermanos legítimos y naturales con la decencia posible, atendidos el producto líquido de los bienes de este mayorazgo y familia precisa de sus poseedores, como asimismo de ponerlos en estado; pero llegado el caso de que por dignidad, empleo, casamiento, ú otro motivo tengan los varones lo necesario para su manutencion regular y decente, ha de cesar la obligacion alimentaria; y si las hembras se casaren, les han de dar en dote tantos mil ducados de las rentas de este mayorazgo en una ó mas partidas, segun se convengan; y si entraren en religion, cumplirán con entregarles la competente: previniendo que si por no

desembolsar dicha cantidad (que será el verdadero motivo, aunque aparenten otro) intentaren los poseedores impedirles tomar estado á su eleccion, mando que en pena les entreguen otro tanto mas, y que sean compelidos á ello por todo rigor de derecho.

7 Igualmente han de tener obligacion de dar á las viudas pobres de los poseedores de este mayorazgo, aun quando no hayan tenido sucesion, tanta cantidad anual de sus rentas por razon de alimentos, miéntras lo esten y no mas, aunque en las capitulaciones matrimoniales lo pacten y obtengan para ello facultad Real; y no lo haciendo han de poder dichas viudas seqüestrarles la renta correspondiente á su importe, y al de las costas y daños que se les ocasionen en su exâccion: á no ser que gocen otra tanta renta de bienes suyos libres ó vinculados, en cuyo caso no han de tener derecho á pretenderla de los de este mayorazgo: y no teniendo tanta líquida solo podrán pedir que se les complete de la de ellos lo que falte al cumplimiento del total que les dexo asignado; pero si fueren dos, ó mas viudas de uno ó mas poseedores, no han de tener derecho todas mas que á la tercera parte líquida de la renta de este mayorazgo, aunque sean pobres, y toque á cada una enteramente la asignacion anual que queda hecha á una sola; y la tal tercera parte se ha de distribuir entre ellas segun su mayor ó menor indigencia, con arreglo á lo que se ha prevenido. Si sobrare algo, sea porque alguna fallezca, ó se case, ó por otro motivo, pertenecerá al poseedor de este mayorazgo, de modo que con ningun pretexto se le ha de precisar dar mas que dicha tercera parte aun en caso que no sufrague á la asignacion hecha en los términos propuestos, ni aun esta íntegra, en el de que exceda á ella por qualquier causa ó razon; y la viuda que se vuelva á casar, perderá para siempre el derecho á pedirla.

8 Si alguno de los llamados á la obtencion de este mayorazgo naciere loco, mentecato ó mudo y sordo juntamente, ó despues de nacido y ántes de entrar á poseerle le sobreviniere alguna de estas fatalidades, y segun declaracion judicial de Médicos y personas prácticas fueren perpétuas, no pueda suceder en él y pase al siguiente en grado, quien ha de estar obligado á alimentarle decentemente;

bien que para ello ha de ser tambien preciso que tenga cumplidos los veinticinco años, hasta los quales careciendo de padre ó madre que cuide de la administracion de sus fincas, ha de nombrar la Justicia Ordinaria de esta villa sugeto lego, llano y abonado con fianzas raices saneadas y suficientes que las administre y vaya depositando anualmente el sobrante para su aumento. Si despues de haber sucedido en este mayorazgo le sobreviniese alguna de dichas desgracias y estuviere casado, continuará en su goce, como tenga descendientes legítimos, y si no lo estuviese, ó se hallase en edad y estado de no poder tenerlos, pasará al siguiente en grado, el qual en este caso ha de tener obligacion de contribuirle con la mitad de la renta para sus alimentos y no ménos.

9 Tampoco ha de poder suceder en este mayorazgo Clérigo de órden sacro, Canónigo Reglar, Monja, ni Fraile profesos, ni sus hijos, ni descendientes, ni tampoco Religioso de órden militar, si segun el instituto de su religion no pudiese ser casado; pero si este tuviere dispensa para casarse, podrá poseerle, con tal que contraiga matrimonio ántes de entrar en su goce, no de otra manera; y miéntras que lo hace, se han de depositar las rentas que produzca, y emplear con intervencion judicial en aumento de sus fincas y no en sus reparos: previniendo que en caso de poseerle y no en otros términos han de gozarle tambien sus hijos y descendientes legítimos y naturales por el órden prefinido.

10 Si los sucesores en este mayorazgo tuvieren veinticinco años cumplidos al tiempo de la vacante y no estuviesen casados, han de casarse precisamente dentro de los cinco primeros siguientes, de modo que á los treinta de su edad han de estarlo, sin que se les pueda prorogar este término, y no lo haciendo pase al siguiente en grado. En el mismo término y baxo de la propia pena han de estar obligados á hacerlo: si enviudaren una ó mas veces sin sucesion, ó si el hijo ó hija que tuviesen, falleciere sin ella, habiendo de contarse los cinco años desde el dia del fallecimiento de sus mugeres ó hijos: todo lo qual se ha de entender, á ménos que esten imposibilitados por enfermedad, ó en guerra contra infieles, ó el mayorazgo en litigio, en

cuyos casos ha de empezar á correr el término desde que cese la causa, ó impedimento, porque mi ánimo es que todos tengan sucesion legítima, y que este mayorazgo se perpetúe en ellos y en su posteridad.

11 Antes de tomar posesion de este mayorazgo han de hacer juramento en manos de la Justicia que se la diere, de observar inviolablemente sus condiciones teniéndose presente para ello esta fundacion; y no haciéndolo así perderán por el mismo hecho su goce y pasará al siguiente en grado sin mas sentencia ni declaracion, en lo qual no ha de haber ninguna dispensa, aunque aleguen y justifiquen haber ignorado esta condicion, excepto que tengan alguno de los impedimentos expresados en la condicion anterior y no otro.

12 Los bienes de este mayorazgo no se han de poder dividir, vender, donar, legar, acensuar, dar en enfitéusis, empeñar, enagenar en ninguna manera, ni gravar en todo ni en parte, ni los capitales de los censos han de invertirse en reparos ó aumentos de ellos con pretexto de utilidad del mayorazgo, ó de reparar sus fincas arruinadas por terremoto, ú otro accidente muy contingente, ó de dote, arras, alimentos, redencion de cautivos, ú obra pia ó pública, ni por otra necesaria ó voluntaria de qualquiera calidad, aunque sea inopinada y aquí no se exprese; pero no prohibo se permuten alguna, ó algunas de sus fincas por otras, con tal que preceda facultad Real, por seguirse un beneficio conocido á este mayorazgo y á sus poseedores acreditado en forma con la debida intervencion y consentimiento del inmediato sucesor.

13 Los sucesores de este mayorazgo han de inventariar precisamente á costa de sus rentas ante Escribano dentro de los dos meses siguientes al dia en que tomen posesion de él, todos los papeles y bienes que le corresponden, y han de hacer apeo de estos dentro del año, y luego cada diez, todo con autoridad judicial; y no lo haciendo pase al siguiente en grado, sin que sea necesaria otra interpelacion, ni diligencia judicial ni extrajudicial; pues por el mismo hecho y omision los excluyo de su goce, á ménos que sean menores, en cuyo caso no ha de correr el término, hasta que cumplan los veinticinco de su edad, aunque deberán hacerlo sus tutores.

14 Los poseedores de este mayorazgo han de tener

obligacion de reparar con sus rentas todos los bienes de él, y de levantar y poner en el estado actual las fincas que se arruinaren ó quemaren, aunque sea por caso fortuito y muy contingente, sin que con este pretexto puedan gravarlas en manera alguna; pues han de hacerlo todo á costa de su producto, y no de los censos referidos ni de parte de sus capitales; y si hicieren lo contrario, pierdan su posesion y pase al siguiente en grado, quien no necesitará para despojarlos mas declaracion ni sentencia que la manifestacion del decremento, ruina, ó gravámen, aun quando justifiquen mejora ó aumento en ellas por otra razon, porque no ha de haber ni admitírseles compensacion en esta parte; mas para que pierdan la posesion y goce del mayorazgo, se les ha de requerir primero judicialmente, y han de pasar seis meses despues del requerimiento sin haberlo cumplido, cuyo término ha de ser perentorio.

15 Si se redimiere algun censo de los afectos á este mayorazgo, se ha de depositar su capital íntegro con intervencion judicial, y con la misma precediendo informacion de utilidad y demas requisitos precisos, ha de volverse á imponer sin dividirse en ninguna manera sobre fincas raices, libres, seguras y enteramente saneadas, de suerte que no pueda extinguirse ni en todo ni en parte, ni entre con ningun pretexto ni motivo en poder del poseedor ni del inmediato sucesor; y los gastos que ocurran en las diligencias y toque pagar al poseedor, han de hacerse á costa de los réditos y no de su capital, pues este ha de conservarse sin el menor desfalco.

16 Si dicho Don Francisco mi hijo llegare á poseer este mayorazgo, y sus hermanos no estuviesen colocados, de modo que Don F. tenga tanto de renta vitalicia para su manutencion, y Doña F. sea Religiosa ó casada, ha de tener obligacion de dar á cada uno tantos reales diarios para sus alimentos hasta que su hermano goce la expresada renta, y su hermana tome uno de los dos estados, en cuyo caso ha de cesar esta obligacion; y para poder tomar qualquiera de ellos la Doña F. le ha de dar en dote tantos mil ducados por una vez de las rentas de este mayorazgo; y para si quedare y se mantuviere viuda una ó

mas veces sin tener renta fixa para su decente manutencion, le consigno durante su viudedad la misma renta diaria que le he señalado para miéntras esté soltera; á mas de la expresada dote, y no satisfaciéndosela puntualmente su hermano por mesadas, tercios ó medios años á lo mas, le concedo ámplia facultad para seqüestrar las rentas de este mayorazgo y reintegrarse con ellas de su importe; pero aunque se vuelva á casar, no se le dé mas dote, ni tenga derecho á pedirla.

17 Miéntras yo viva, he de disfrutar enteramente la renta de los bienes de este mayorazgo, reservándome el poderlo revocar, gravar y alterar en todo ó en parte á mi arbitrio sin limitacion, siempre que me parezca conveniente.

Con estos llamamientos, condiciones y reserva fundo este mayorazgo á favor del referido Don Francisco mi hijo mayor, de sus descendientes legítimos y demas llamados á su goce por el órden prescripto, para que cada uno en su tiempo tome judicial ó extrajudicialmente la posesion real, actual, corporal ó quasi de él en todas, ó cada una de sus fincas á nombre de las restantes, ó en su fundacion, ó qualquiera escritura de su pertenencia; como tambien para que administre y disfrute aquellas, segun se ha prevenido; y mando que ninguno contravenga á lo que va expresado, y que en caso de hacerlo quede excluido de todo remedio legal que esté introducido en su favor y pueda concedérsele. Por tanto yo el citado Don Francisco primer llamado habiendo oido toda á la letra y entendido esta escritura con sus condiciones, digo: que estimo la merced que mi padre me ha hecho, y sin perjuicio de la expresada reserva por mí y en nombre de los poseedores que fueren de este mayorazgo, le acepto y me obligo á observar en forma literal y específica todo su contenido pena de incurrir en las aquí impuestas. Así pues al cumplimiento de todo lo expuesto obligamos todos nuestros bienes, &c. (*Aquí se pondrá la toma de razon en la oficina de hipotecas por el gravámen de vinculacion de las fincas raices con arreglo á la pragmática que trata de ella*) (1).

(1) Se han omitido en esta fundacion algunas cláusulas, y abrevia-

64 En la extension de la escritura de agregacion perpétua voluntaria, ó necesaria de bienes á mayorazgo siendo pura y simple, lo que debe hacer el Escribano es: *relacionar la de la fundacion, especificar los bienes que se agregan con sus sitios y demas señales, poner las expresiones de que quien los agrega, los incorpora en el mayorazgo, para que esten siempre unidos é incorporados con los de él, sean inseparables, inagenables, indivisibles é imprescriptibles; y de que en su sucesion se observen enteramente el modo, reglas, condiciones y llamamientos que en los del mayorazgo sin la mas leve diferencia ni alteracion.* Despues poniendo las cláusulas que contiene el pie de la escritura de fundacion extendida, quedará firme; y solo siendo necesaria, ó coactiva hay que añadir, *que la hace el que agrega en cumplimiento del mandato del fundador.* Si la agregacion es temporal ó limitada á ciertas líneas, tampoco hay que hacer mas hasta ellas; y para despues que se extingan, puede quien agrega constituir fundacion nueva, excluyendo expresamente á los demas parientes llamados en la fundacion y mandando sucedan los que elija, ó alguna memoria ó comunidad, ó que el último de los llamados haga suyos los bienes y pueda disponer de ellos libremente como si nunca se hubiese vinculado, ó segun le parezca como dueño. Por ser fácil ordenar la escritura de agregacion y tener bastante luz el Escribano con lo explicado, omito extenderla. Lo mismo se observará con otras agregaciones á patronatos y memorias.

Fundacion de vínculo de mejora de tercio y quinto hecha en contrato.

65 Don Antonio de tal vecino de esta villa digo: que habiéndome hecho ver la experiencia que de los crecidos caudales que los hombres mas opulentos han adquirido á expensas de muchas fatigas y afanes, solo se conserva la porcion que vincularon, y que el poseedor de ella y sus sucesores se han mantenido y mantienen con el esplendor

do otras, dexando lo mas preciso y substancial, por parecer demasiado extensa y que no era necesario lo fuese tanto, para que sirviese de modelo.

y decencia propia de su esfera y distinguido nacimiento: que se perpetuan sus casas y linages, y sirven mejor á Dios y al Rey sin envilecerse con exercicios indecorosos ni exponerse á mendigar, y tal vez por falta de subsistencias á cometer excesos muy vituperables y agenos de personas ilustres que originan las mas infaustas conseqüencias: he resuelto para evitarlas vincular el tercio y remanente del quinto de mis bienes, y nombrar por primer sucesor de este vínculo á mi hijo Don F. para manifestarle el paternal amor que le profeso, y mi deseo de proporcionarle una cómoda subsistencia por el medio mas lícito y oportuno; y poniéndolo en execucion y usando de la facultad que las leyes 18, 19 y 27 de Toro me conceden, de mi libre voluntad en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete = Otorgo: que mejoro en el tercio y remanente del quinto de todos mis bienes muebles, raices, efectos, derechos y acciones presentes y futuras al citado Don F. (*si se los consignare, dirá* cuya mejora le consigno en los siguientes: *y se expresarán como en la fundacion de mayorazgo, y no consignándolos proseguirá de esta suerte*) cuya consignacion reservo en mí para hacerla quando y como tuviere por conveniente; y aunque por olvido natural ú otro motivo no la haga, no por eso ha de dexar de ser válida y subsistente esta mejora y fundacion, ni de usar el referido mi hijo de sus bienes despues de mi fallecimiento del mismo modo que si la consignara: en cuya atencion de lo que importe, fundo vínculo á título de mayorazgo perpétuo é irrevocable con las condiciones y llamamientos siguientes.

Todos los bienes que se aplicaren á esta mejora y fundacion, sean raices, y de los mejores y mas saneados que yo dexare, y si estos no bastasen, ó fueren muebles ó semovientes, véndanse é inviértase su producto con intervencion judicial en otros raices de la calidad y bondad expresadas, sin que por ninguna causa entre en poder del mencionado mi hijo ni sucesores de este vínculo, y miéntras no se emplee, subsista depositado en la depositaría pública (*ó tabla numularia*) á disposicion del Señor Juez que de esto conozca: haciéndose, invertido que sea, la correspondiente adjudicacion de to-

de los bienes que se compraren con él, la qual se protocolice en los registros del Escribano Numerario ante quien se execute; y satisfaciéndose todos los gastos que se ocasionen y toque pagar á dicho mi hijo por los motivos expuestos, de la renta que produxeren los bienes comprados, no del importe de los vendidos, y hasta que esten satisfechos, nada de ella ha de percibir él ni otro sucesor.

66 Esta condicion se ha puesto en la suposicion de no consignar el mejorante los bienes; pues si los consigna, no viene al caso, y entónces se gobernará el Escribano por la escritura de fundacion de mayorazgo, poniendo tambien en esta las condiciones 12, 13 y 14, y de las demas las que el mejorante quisiere, y observando precisamente en los llamamientos el órden expuesto en el cap. 1. n. 106, si se hace la mejora entre descendientes. Despues de extendidas las condiciones ordenará el pie de la escritura como el de la de mayorazgo, haya de ser revocable ó irrevocable, y prevendrá el Escribano la toma de razon en la oficina de hipotecas.

67 Las copias de las escrituras de fundaciones de mayorazgos y vínculos, ya se instituyan en testamento ú otra última disposicion, y ya en contrato, se han de vacar en pliego del sello mayor y en el intermedio comun.

Apendice de las Reales órdenes modernas tocantes á mayorazgos.

Cédula de 14 de mayo de 1789. = Don Cárlos, &c. Sabed que para evitar los daños que causa al estado el abandono de casas y tierras vinculadas, y otras cuya enagenacion está prohibida, he tomado la resolucion que me ha parecido oportuna, encargando al mi consejo me proponga radicalmente lo que se le ofreciese sobre este y otros puntos. Y teniendo presente que el orígen principal de estos males dimana de la facilidad que ha habido de vincular toda clase de bienes perpétuamente, abusando de la permision de las leyes, con otros perjuicios de mucha mayor consideracion, como son los de fomentar la ociosidad y la soberbia de los vasallos poseedores de pequeños

vínculos ó patronatos, y de sus hijos y parientes, y privar de muchos brazos al exército, marina, agricultura, comercio, artes y oficios; por Real decreto que he dirigido al mi consejo en veinte y ocho de abril próximo, he resuelto: que desde ahora en adelante no se puedan fundar mayorazgos, aunque sea por via de agregacion, ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpétuamente la enagenacion de bienes raices ó estables por medios directos ó indirectos sin preceder licencia mia ó de los Reyes mis sucesores, la qual se concederá á consulta de la Cámara precediendo conocimiento de si el mayorazgo, ó mejora, llega, ó excede, como deberá ser á tres mil ducados de renta: si la familia del fundador por su situacion puede aspirar á esta distincion para emplearse en las carreras militar, ó política con utilidad del estado; y si el todo, ó la mayor parte de los bienes consisten en raices, lo que se deberá moderar, disponiendo que las dotaciones perpétuas se hagan y situen principalmente sobre efectos de rédito fixo como censos, juros, efectos de villa, acciones de Banco ú otros semejantes, de modo que quede libre la circulacion de bienes estables para evitar su pérdida ó deterioracion, y solo se permita lo contrario en alguna parte muy necesaria, ó de mucha utilidad pública, declarando, como declaro, nulas y de ningun valor ni efecto las vinculaciones, mejoras y prohibiciones de enagenar que en adelante se hicieren sin Real facultad, y con derecho á los parientes inmediatos del fundador ó testador para reclamarlas y suceder libremente, sin que por esto sea mi ánimo prohibir dichas mejoras de tercio y quinto, con tal que sea sin vinculacion perpétua, miéntras no concurra licencia mia, á cuyo fin derogo todas las leyes y costumbres en contrario. (*Febrero insertó en su obra este Real decreto, pues aun vivia, quando se publicó. Poco despues falleció.*)

Cédula de 24 de agosto de 1795. = Don Cárlos, &c. Sabed, &c. En conseqüencia mando que de todos los bienes raices ó estables, derechos ó acciones reales que en adelante se vinculen, ó que de qualquier modo se prohiba su enagenacion con licencia mia ó de los Reyes mis sucesores, precedida la consulta de la Cámara . . . se pague

el quince por ciento de su total importe, no despachando nunca la Cámara la licencia respectiva, sin que se haya satisfecho ántes este derecho, segun y como se practica en las gracias al sacar; y aunque por mi Real cédula de 3 de julio próximo pasado (1) he venido en declarar que no esten comprehendidas en la prohibicion del decreto de 1789 las vinculaciones ó mejoras de tercio y quinto con cláusula de no enagenar hechas por última voluntad ó testamento otorgado ántes de la publicacion de aquella providencia por testador que hubiese muerto posteriormente á ella, mi Real voluntad es que esta declaracion se entienda solo y únicamente para que valgan y subsistan las vinculaciones ó mejoras con prohibicion de enagenar que se hubieren hecho y confirmado en tales actos y circunstancias, pero no para eximirse del pago del 15 por 100, el qual se ha de exigir sin distincion alguna de todos estos bienes: de manera que solo deberán exceptuarse de esta contribucion con la calidad de por ahora los fondos que se impongan, aunque sea con estos destinos sobre mi Real hacienda, ó que se empleen en vales Reales: declarando como declaro, para el exâcto y debido cumplimiento de esta mi Real determinacion, que á fin de que tengan efecto y valimiento estable semejantes vinculaciones ó mejoras anteriores á mi Real decreto de 28 de abril de 1789, el primer llamado á la sucesion ha de presentar dentro de dos meses despues de la muerte del testador el testamento ó codicilo original, ó sea la primera copia, en la intendencia de exército de la provincia y pagar el importe de este derecho, para que en la contaduría respectiva se tome la razon, y ponga á continuacion del original ó traslado la nota correspondiente de haberse así executado y pagado el importe de la imposicion ó derecho del 15 por 100, sin lo qual no ha de tener efecto ni valor la tal vinculacion ó mejora á favor del primer llamado, &c.

Cédula de 24 de septiembre de 1798 en que se incluye el Real decreto siguiente. = Para atender á los inmen-

(1) No se ha insertado aquí, por ser suficiente lo que en esta se dice acerca de ella, puesto que no contienen otra cosa substancial.

sos gastos que ocasiona la guerra actual con la Nacion Británica sin gravar la industria de mis amados vasallos con la pesada carga de contribuciones generales extraordinarias á manera de las adoptadas por todas las demas naciones beligerantes, preferí por mi Real decreto de 27 de mayo del presente año el suave medio de abrir dos subscripciones, la una á un donativo voluntario y la otra á un préstamo patriótico por acciones de á mil reales de vellon sin interes reintegrables por suerte en los diez años siguientes á los dos primeros de paz contados desde el dia de su publicacion. La experiencia ha comprobado quan justa era mi confianza en la lealtad y amor de mis vasallos, pues á pesar de la interrupcion del comercio de estos mis dominios con los de Indias y de la escasez de las cosechas del año anterior han concurrido y continuan concurriendo á una y otra subscripcion los individuos de todas las clases del estado, llegando á tanto el zelo patriótico de algunos de ellos que careciendo de dinero, alhajas y bienes raices de que disponer, han extendido sus ofertas á los de los vínculos que poseen, á fin de que enagenándose entre sus productos en mis Reales tesorerías. Han merecido desde luego mi soberano aprecio estos nobles sentimientos de honor á mi Real servicio, en el que interesan la defensa y felicidad de mis pueblos, y el decoro y seguridad de la monarquía; y para hermanarlos con los principios de justicia indeleblemente impresos en mi corazon paternal que no permiten se irrogue perjuicio á las personas llamadas á poseer algun dia el usufructo de dichos bienes, he venido en resolver que puedan venderse con la precisa condicion de haber de subrogarse su valor líquido sobre mi Real hacienda, de un modo que se haga compatible el cumplimiento de las generosas ofertas de los actuales poseedores con la inviolabilidad de los derechos de los sucesores, quedando al mismo tiempo atendidos los dos importantes objetos de conservarse íntegras las vinculaciones y con ellas el lustre de las familias á que pertenezcan, y de restituirse las haciendas al cultivo de propietarios activos y laboriosos con trascendental influxo en los progresos de la opulencia y felicidad de la Nacion. Así que, concedo por punto general á todos los poseedores

de mayorazgos, vínculos ó patronatos de legos, y de qualesquiera otras fundaciones con qualquiera título que se denominen, y en que se suceda por el órden que se observa en los mayorazgos de España, mi Real facultad y permiso para que sin embargo de qualesquiera cláusulas prohibitivas de enagenar los bienes de sus dotaciones (que por mas especiales que sean, las derogo desde luego) puedan efectuar las ofertas que hayan hecho ó desearen hacer de los productos líquidos de las ventas de los mismos bienes; pero solamente les serán admitidas con aplicacion al empréstito patriótico baxo la condicion expresa de que á medida que tocase la suerte de ser reintegradas las acciones que cupieren en aquellos productos, se recibirá é impondrá su valor sobre mi Real hacienda en la caxa de amortizacion al rédito de tres por ciento al año; bien entendido que á efecto de no perjudicar á los sucesores que no hubieren prestado su consentimiento para tales ofertas, se les abonará y satisfará con puntualidad en la propia Real caxa el rédito asignado desde el dia inmediato siguiente al del fallecimiento de los poseedores que las hicieren, sin embargo de que no hayan transcursado los plazos prescriptos en mi citado Real decreto de 27 de mayo. Las ventas de los bienes referidos se executarán ante las respectivas Justicias ordinarias de los pueblos donde se hallaren sitos con absoluta dispensa de todas las diligencias, informaciones y demas solemnidades relativas á justificar la utilidad del mayorazgo ó vínculo por ser notoria; pero con el fin de precaver todo abuso quiero y mando que dichas ventas se verifiquen en pública subhasta con prévia tasacion de los bienes y fixacion de carteles con asignacion del término preciso de treinta dias en las cabezas del partido y pueblos del contorno de aquel donde se hallaren; y con la prevencion de no haberse de admitir puja ni mejora alguna despues del remate, y de que luego que se realice el depósito del precio de él en mi tesorería mas inmediata, se otorgará por el poseedor á favor del comprador la correspondiente escritura de venta, con la intervencion judicial, en el concepto de que con presencia del testimonio de esta escritura y de la carta de pago de mi

Tesorero mayor en exercicio se otorgará por el Director de la caxa de amortizacion la de imposicion de la cantidad líquida que deducidas cargas y gastos inexcusables restare á favor del vínculo ó mayorazgo á que hubieren pertenecido las fincas; y á fin de proporcionar las posibles ventajas á sus poseedores y sucesores concedo libertad absoluta de los derechos de alcabalas y cientos á estas primeras ventas. Considerando ademas que muchos de mis vasallos con la mira á su propia utilidad y á la mejora de los mayorazgos, vínculos y patronatos de legos que poseen, tendrán la voluntad de enagenar sus fincas ahorrándose los dispendios, las contingencias y las incomodidades de su administracion, pero que tal vez no se hallarán en estado de desprenderse ni un solo dia de sus réditos; les concedo igual facultad y licencia que á los subscriptores al préstamo patriótico, á efecto de que en los mismos términos y con las mismas gracias puedan verificar la enagenacion, imponiendo precisamente su producto en mi Real caxa de amortizacion al rédito anual de tres por ciento que se les pagará por tercios, semestres ó años enteros, segun mejor les acomode, y empezará á correrles desde el dia en que entregaren el dinero en la Tesorería mas inmediata, por la qual se darán en este caso los recibos de cargo á favor del Director de la caxa misma, quien otorgará inmediatamente la escritura de imposicion á favor del vínculo, sin cuyo requisito será nulo y de ningun valor todo lo actuado.

Decreto de 11 de enero de 1799. Para que los poseedores de mayorazgos, vínculos, patronatos de legos y qualesquiera otras fundaciones con qualquier título que se denominaran, y en que se sucediera por el órden de los mayorazgos de España, pudiesen subscribir al préstamo patriótico sin interes, mandado abrir por mi Real decreto de 27 de mayo próximo pasado, les concedí por otro decreto de 19 de septiembre mi Real facultad y licencia para enagenar los bienes de sus respectivas dotaciones, habiendo de quedar los productos de sus ventas impuestos sobre mi Real hacienda en la caxa de amortizacion, de modo que ningun perjuicio se irrogase á los sucesores en los vínculos mismos. Considerando ademas que muchos de mis vasallos con la mira á su propia utilidad y á la mejora de las fundaciones ten-

drian la voluntad de enagenar sus fincas, ahorrándose los dispendios, las contingencias y las incomodidades de su administracion, pero que tal vez no se hallarian en estado de desprenderse ni un solo dia de sus réditos, como los subscriptores á dicho préstamo patriótico; les dispensé igual facultad y licencia que á estos, á efecto de que en los mismos términos y con las mismas gracias pudiesen verificar la enagenacion, imponiendo precisamente su producto líquido, despues de deducidas cargas y gastos inexcusables, en la propia Real caxa de amortizacion al rédito anual de tres por ciento que empezaria á correrles desde el dia de la entrega del dinero. Desde que se publicaron estas mis soberanas resoluciones, me han representado varios poseedores de bienes vinculados el deseo de concurrir á los útiles y paternales fines que me he propuesto en su enagenacion, manifestándose dispuestos á executarla desde luego, siempre que obtuviesen el correspondiente permiso para retener parte del precio con objeto á pagar sus deudas contraidas las mas veces por una consequiencia necesaria de los cortos rendimientos y particular constitucion de las mismas vinculaciones. Y queriendo yo que estos individuos gocen el beneficio posible, dexando ileso el derecho de sus sucesores á la totalidad de los capitales procedentes de tales ventas, y á la de sus réditos; y atendiendo igualmente á las urgencias de la monarquía, he venido en conceder por punto general á todos los poseedores de qualesquiera bienes y efectos vinculados que por su espontanea voluntad los enagenaren en el presente año de 1799 con arreglo á lo prevenido en mi citado Real decreto de 19 de septiembre, la gracia de que entregándose por el Director de la expresada Real caxa la escritura de la imposicion de toda la cantidad líquida que deducidas cargas y gastos resultare á favor de los vínculos, se devuelva y entregue á los mismos poseedores por via de premio la octava parte de la propia cantidad en igual especie de moneda en que se hubiere percibido. (*En Real cédula de 3 de febrero de 1803 se da permiso á los poseedores de mayorazgos, vínculos y patronatos de legos para enagenar las fincas vinculadas, sitas en pueblos distantes de los de sus domicilios, y subrogar su importe en otros de obras pias, asegurando en estas las cargas de aquellas, aunque sin el premio de la octava parte y solo con la exencion de alcabales en esta primera venta*).

CAPITULO VIII.

De los patronatos y capellanias.

§. I.

De los patronatos.

1 EL patronazgo ó patronato en el presente capítulo es un derecho ó facultad *de nombrar y presentar algun Clérigo para que se le confiera algun beneficio eclesiástico: ó un derecho honorífico, oneroso y útil que compete á alguno en alguna iglesia, por haberla construido, dotado, ó fundado con consentimiento del Obispo, ó heredádole de sus predecesores que lo hiciéron* (a): pues el patrono tiene honor, gravámen y utilidad: honor en la regalía de presentar ó proveer el beneficio, y preceder en la iglesia excepto al Señor territorial, porque este tiene jurisdiccion sobre él: gravámen en cuidar del patronato, iglesia, ó capilla, zelar la conservacion de sus fincas, y cumplir las obligaciones que le impuso el fundador; y utilidad en percibir los emolumentos que este le señaló y en ser alimentado por la iglesia, quando está indigente (b). Pero no tiene jurisdiccion ni facultad para imponer, ni exigir de la iglesia, ni beneficiado pension ni gabela alguna fuera de la que al tiempo de la fundacion se haya impuesto con consentimiento del Obispo (c): ni tampoco para apropiarse, ni disponer de los bienes de la iglesia, ni para mezclarse en visitarlos sino en quanto la fundacion se lo permita (d).

2 Divídese en *hereditario*, *gentilicio* y *mixto*: el *here-*

(a) Ley 11 t. 15 part. 1. Ferraris Biblioth. verb. Jus Patronatus art. 1 n. 2. (b) Reinfest. lib. 3 t. 38 §. 5 nn. 110 &c. y 119. (c) Reinfest. lug. cit. nn. 120 y 121. (d) Concil. Trid. Sess. 22 de Reform. cap. 11, Sess. 24 cap. 3 y Sess. 25 cap. 9. Reinfest. lug. cit. nn. 122, 123 y 124.

ditario es el que se transfiere á los herederos, aunque sean extraños: *el gentilicio* ó *familiar* es el que compete y se deja solamente á la familia; y el *mixto* es el que pertenece á los que son herederos y de la familia del fundador. Subdivídese en *activo y pasivo*: el *activo* es el derecho que tiene el patrono de presentar á alguien para algun beneficio eclesiástico, y es de dos maneras, *real y personal*: el real es el que está anexo á cierta cosa, ó lugar determinado, v. gr. á una heredad, viña, &c. en qualquiera parte que se halle, y pasa al que le compra, ó se le dona, aunque no sea heredero; y el personal es el que compete á alguna persona sin conexion ni dependencia de casa ó lugar. El *pasivo* es el que tienen algunos de cierta familia ó lugar de ser presentados para algun beneficio siendo idóneos, sin que ningun otro pueda obtenerle.

3 Se subdivide asimismo en *eclesiástico, laical y mixto*. El *eclesiástico* es el que se erige de bienes eclesiásticos, ó aunque se erija de laicales, se transfiere al principio á la iglesia, cabildo, colegio, ó persona eclesiástica por razon de la iglesia, dignidad, ó beneficio; ó despues por testamento, donacion, fundacion ó de otro modo. El *laical* es el que compete al lego ó clérigo no por razon de la iglesia, dignidad, ó beneficio sino por la de patrimonio. Y el *mixto* es el que se compone del eclesiástico y laical (*a*).

4 El derecho de patronato es individuo, por lo qual aunque los patronos sean muchos, le tienen igual para presentar; y se adquiere para fundacion, edificacion, dotacion, privilegio y prescripcion (*b*).

5 No puede el patrono presentarse á sí mismo, por idóneo que sea, y qualesquiera estudios y méritos que tenga, aunque lo haga por procurador; pues entre el que presenta y el presentado ha de haber distincion de personas, y lo que uno hace por Procurador, se entiende hacerlo por sí propio; pero bien puede presentar á su hijo siendo idóneo; y si los patronos son muchos, pueden presentarse unos á otros no habiéndolo prohibido el fundador del patrono (*c*).

(*a*) Ferr. lug. cit. nn. 3 y sig. (*b*) Ley 12 t. 15 P. 1. Ferr. lug cit. nn. 19, &c. y 41. (*c*) Ley 7 t. 15 part. 1 cap. fin. de Instit. cap. 26 de Jure Patron. y cap. 72 de Reg. jur. in 6. Fras. de Regio Patron. Indiar. cap. 33.

6 Patronos son los que tienen derecho concedido por los sagrados cánones de presentar, ó nombrar á algun sugeto para alguna iglesia ó beneficio eclesiástico, como se ha expuesto. Pueden serlo Clérigos y legos (a), hombres y mugeres (b), adultos y pupilos (c), aunque teniendo estos ménos de 7 años han de presentar en su nombre sus tutores (d). Siendo mayores de dicha edad pueden hacer la presentacion ó nombramiento, mayormente quando tambien pueden comparecer en juicio sobre asuntos beneficiales y espirituales sin autoridad de ellos (e); bien que conviene concurran á ella ó la aprueben. Si han entrado en la pubertad, no tienen facultad los tutores para presentar sin su consentimiento, porque estos no se dan á los menores para lo espiritual y eclesiástico, en lo qual no dependen de ellos (f).

7 Los patronos legos tienen quatro meses, y los Eclesiástico seis para hacer la presentacion, si el fundador no limita este término, como puede hacerlo. Si dentro de ellos no la hacen, ó discuerdan en la eleccion, y por esta causa, ó sobre el derecho de patronato se mueve pleyto y no se decide en dicho tiempo, espira por aquella vez su facultad de presentar, y pasa al Ordinario Diocesano (g), quien se ha de arreglar á la fundacion, y puede prorogársele, aunque no restringírsele despues de prorogado, ni nombrar á los que carecen de las qualidades que exigió el fundador (h). Siendo mixto el patronato se permite á todos los patronos hacer la presentacion dentro de los seis meses, aunque la menor parte sea de Clérigos, pues el patronato mixto goza del privilegio de patronato eclesiástico, porque lo mas digno debe prevalecer sobre lo ménos digno (i). El término prefinido no corre hasta el dia en que los patronos

(a) Cap. 3, cap. 24 de Jure Patronat. y cap. Decernimus 32 caus. 16 quæst. 7 (b) Cap. 7 de Jur. Patronat. argum. cap. 16 de Conces. Prabend. (c) Argum. cap. 26, 27, 30, 31, 32, 33 y 33 caus. 16 quæst. 7 (d) Garcia de Benef. part. 5 cap. 9 n. 193. Reinfest. lib. 3 t. 38 n. 38. (e) Cap. fin. de Judic. 16. Garcia lug. cit. n. 186. (f) Cap. 3. de Judic. in. 16. Reinfest. lug. cit. n. 41 (g) Cap. 3 y 27 de Jur. Patron. cap. único. §. 1 de Jur. Patronat. in 6, cap. 3 de Supplend. neglig. Prael. Leyes 6 y 11 tit. 15 P. 1. Garcia de Benef. part. 10 cap. 3 n. 9. Lara de Capell. lib. 2 cap. 9 y 10. (h) Lara lug. cit. cap. 10 nn. 27 y 28. (i) Rota recent. part. 12 decis. 290 n. 13.

saben la vacante (a), aunque algunos dicen lo contrario; y si el presentado no acepta la presentacion, ó muere, se deben empezar los quatro y seis meses desde este tiempo no interviniendo dolo ni fraude (b).

8 Si el patrono eclesiástico elige ó presenta algun sugeto idóneo, no puede variar ni presentar otro por aquella vez, aunque sea cumulativamente, y si lo hace, debe el Obispo instituir al primer presentado. Si con cierta ciencia presenta al indigno ó inhábil, pierde por entonces el derecho de volver á presentar, mas no, si lo ignora (c). El lego puede variar presentando otros cumulativamente, excepto que jure no hacerlo y acepte la presentacion el presentado; pero no privativa ó exclusivamente: quiero decir, que tiene facultad de presentar á muchos de una vez, y despues dentro de los quatro meses añadir al presentado ó presentados otro ú otros, para que el Obispo elija al que quisiere; mas no excluir á los que primero lo fueron (d); y aun muchos dicen que el patrono lego la tiene de variar cumulativamente dentro de dicho término todas las veces que lo parezca (e). Pero si con cierta ciencia presenta al indigno y dentro de los quatro meses no varia la presentacion, puede el Obispo, pasados que sean y no ántes, conferir el beneficio á quien quisiese, porque el presentar al indigno es lo mismo que no hacer presentacion (f) (1).

9 Si los patronos forman cuerpo, v. gr. cabildo, colegio, ó comunidad, deben ser convocados todos los que tienen voto para hacer la presentacion, por manera que uno que falte por no haber sido citado, basta para anularla, aunque todos los demas concuerden en un sugeto. Si el derecho de presentar compete á muchos no como cuerpo

(a) Garcia de Benef. part. 10 cap. 3 nn. 15 y sig. (b) Arg. cap. 36 de Election. in 6. Lambertin. de Jur. Patron. lib. 2 part. 2 cap. 4 n. 38. (c) Cap. 5, 24 y 29 de Jur. Patronat. y ley 7 tit. 15 P. 1. Reinf. lib 3 tit. 38 §. 4 nn. 83 y 84. (d) Ley 6 tit. 15 P. 1 cap. 28 y 29 de Jure Patronat. Lara lib. 2 de Capell. cap. 9. (e) Ferrar. Biblioth. verb. Jus Patron. art. 4 nn. 44 y sig. (f) Reinfest. lib. 3 tit. 38 §. 4 n. 90.

(1) Quando la indignidad del presentado consiste en no tener literatura, se presume que el Patrono no era sabedor de aquella, puesto que muchas veces nos parecen doctos los ignorantes. (Card. de Luca de Jure patron. disc. 47 n. 4).

sino separadamente á cada uno, será preferido siendo digno aquel de los presentados que tenga á su favor mayor número de votos aunque no mas de la mitad de los votos de los patronos; v. gr. hay ocho patronos, de los quales tres presentan á Juan, dos á Diego, y de los tres restantes cada uno presenta el suyo; en este caso Juan como con mayor número obtendrá, aun quando todos los coopositores sean mas dignos que él. Pero si es indigno sabiéndolo los patronos, serán preferidos los otros. Si dos patronos presentan cada uno el suyo, ninguno de ellos se deberá preferir, por lo que el Ordinario ha de presentar al mas digno, y si en ámbos concurren iguales méritos, puede elegir á su arbitrio al que mejor le parezca, con la diferencia, que siendo legos los patronos ha de aguardar á que pasen los quatro meses en que se les permite variar la presentacion, y siendo eclesiásticos no tiene que esperar, porque como no se les permite la variacion, se le transfiere inmediatamente el derecho que ellos tenian (*a*). Y si aparecen dos instrumentos hechos en un mismo dia á favor de dos sugetos sobre la presentacion de algun beneficio por un patrono, de los quales el uno contiene la hora de su formacion y el otro no, se deberá estar al que la contiene como mas perfecto que el que carece de ella (*b*), sino es que se prueba haberse otorgado primero este; pues de que no contenga la hora, no se deduce que se hizo posteriormente, ni es requisito preciso el ponerla en los instrumentos, porque no lo manda la ley.

10 El término que hemos dicho se concede á los patronos para presentar, se entiende en las capellanías colativas y beneficios eclesiásticos, no en las puramente laicales que llaman *cumplideras*, *memorias de misas*, *ó legados pios*; pues para estas no le ha prefinido el derecho, por no militar en ellas las reglas y disposiciones canónicas, no estar sujetos sus bienes á la jurisdiccion eclesiástica, ni deberes mezclar el Obispo en otra cosa que en hacer se cumplan sus cargas segun lo ordenado por el fundador, y en apremiar á ello al capellan ó poseedor de sus bienes: en cuya atencion puede

(*a*) Reinfest. lug. cit. nn. 85, &c. y 90. (*b*) Felin. in cap. 14 de Rescript.

el patrono conferirlas dentro de los quatro ó seis meses, ó despues si la fundacion no lo prohibe, ó dentro del termino que esta prescriba.

11 Nada deben recibir los patronos del presentado, á no ser que el fundador lo haya dexado dispuesto (*a*); y si se da, ó promete alguna cosa por tener y ganar los votos de ellos, se comete simonía (*b*), aunque el mismo presentado lo ignore (*c*).

12 Los patronos no han de ser judíos, hereges, ni infieles, y siendo Christianos nada les obstará el no haber nacido de legítimo matrimonio (*d*).

13 En el patronato hereditario ó mixto se sucede por estirpe y no por personas, de manera que muchos herederos de un patrono se reputan por uno y tienen una voz (*e*); pero en el patronato gentilicio ó familiar se sucede por personas, y así los descendientes deben presentar en esta forma (*f*).

14 Por quatro causas pasa el patronato de una persona á otra: la primera por herencia ó sucesion así como los demas bienes: la segunda por donacion hecha con consentimiento del Obispo ó iglesia de donde es patrono, dese ántes ó despues de la donacion: la tercera por venta; no porque el derecho de patronato puede ser vendido separadamente, sino porque si se vende toda la herencia ó parte de ella, por razon de la qual el vendedor es patrono, entrará en ella el derecho de patronato, aunque en la escritura no se mencione; y la quarta, por trueque de un patronato con otro (*g*). Tambien pasará, si se arrienda alguna villa ó heredad á que está anexo, como no se pacte lo contrario (*h*).

15 Asimismo se pierde, ó extingue el patronato por once causas: por renunciarle el patrono: por arruinarse la iglesia y no haber esperanza de reedificarla, ó por faltar su dotacion ó rentas: por permitir el patrono que la iglesia

(*a*) Cap. 2 de Supplend. neglig. Prælat. y 23 de Jure Patronat. (*b*) Arg. cap. 19 de Simonia, y ley 3 tit. 17 P. 1. (*c*) Cap. 27 de Simonia y 59 de Elect. (*d*) Ferraris lug. cit. nn. 11 y 12. (*e*) Clement. 2 de Jur. Patron. y ley 2 tit. 15 P. 1. (*f*) Rot. part. 5 tom. 1 decis. 285 n. 10 y part. 7 decis. 180 n. 4. (*g*) Ley 8 tit. 15 P. 1. Ferrar. lug. cit. art. 2 (*h*) Ley 9 tit. 15 P. 1.

se haga colegiata ó monasterio, pues en estos no ha lugar la presentacion sino la eleccion: por acabarse la familia para la qual se fundó únicamente el patronato: por unirse ó incorporarse con consentimiento del patrono la iglesia á otra iglesia ó monasterio, porque por la union se cree extinguida y de consiguiente acabado el derecho de patronato: por no hacer uso del patronato en el tiempo que puede prescribirse, si en su intermedio fue instituido dos veces á lo ménos su Rector ó Párroco sin intervenir presentacion del patrono, no hallándose este impedido legítimamente de hacerla: por intentar el patrono matar ó mutilar alevosamente al Rector ó á otro Clérigo de la misma iglesia, no siendo en defensa propia: por pervertirse haciéndose hereje, cismático, ó apóstata de nuestra santa religion, pues con sus bienes se le confisca el derecho de patronato: por entrometerse en la disposicion ó percepcion de frutos contra lo mandado por el Concilio de Trento (*a*): por vender ó transferir en otro el derecho de patronato de algun modo prohibido por los sagrados cánones: y últimamente por adquirirle con simonía, pues se le debe privar de él (*b*). Consiente la iglesia que los legos tengan el derecho de patronato en reconocimiento del bien que hicieron en dotarla ó fundarla, por lo que el Obispo debe serles grato (*c*).

(*a*) Sess. 22 cap. 11 de Reformat. (*b*) Reinfest. lib. 3 cap. 38 §. 1 n. fine (*c*) Ley ultima tit. 9 P. 1. Lambertin. de Jur. Patron. lib. 2 part. 3 quæst. 5 princip. art. 4 n. 12.

§. II.

De las capellanías.

16 La capellanía es una carga y obligacion de celebrar anualmente una ó muchas misas en cierta capilla, iglesia ó altar (*a*). Divídese en *mercenaria*, *colativa y gentilicia*. De la mercenaria, profana ó laical hay dos especies. Una se llama propia y adequadamente *capellanía laical memoria de misas*, *ó legado pio*, porque se funda sin autoridad del Papa, ni del Obispo ú Ordinario Diocesano, y ninguno puede ordenarse á título de ella, por manera que viene á ser un salario, ó estipendio del Sacerdote que ha de celebrar las misas (*b*). Por otro nombre se llama tambien patronato real de legos á modo de vínculo ó mayorazgo con el gravámen y obligacion de mandar celebrar su poseedor en la iglesia, capilla ó altar que el fundador destina, las misas que señala, con la condicion de que sus bienes esten siempre afectos á su responsabilidad, y con facultad de que el patrono pueda nombrar Sacerdote que las celebre y removerle quando quiera, (por lo qual se llama *amovible ad nutum*) ó mandarlas celebrar sin necesidad de nombramiento, tomando recibo del Colector ó Sacerdote conocido que las diga: en cuya clase de capellanía puede conocer el Obispo, no de sus bienes porque son absolutamente profanos, ni de su presentacion, sino solamente del cumplimiento de las misas que debe acreditarle el patrono ó poseedor de los bienes gravados con ellas; y así no se paga subsidio ni otro derecho por ellas, el patrono aunque sea casado ó hembra, posee sus bienes como de mayorazgo, de su sucesion debe conocer el Juez Real, en ella se observan las mismas reglas que en los mayorazgos, y se llama vínculo ó mayorazgo, quando la fundacion y sucesion es perpetua, y los bienes de su dotacion son indivisibles (*c*).

17 La otra clase es de la misma naturaleza, á diferen-

(*a*) Mostat. de Caus. piis, lib. 3 cap. 1 n. 2 (*b*) Navar. cons. 5 de Præbend. Most. lug cit. n. 7. (*c*) Leyes 13 y 14 tit. 7 lib. 5 R. Roxas de Incompat. part. 1 cap. 7 nn. 34 y sig. y aquí Aguil.

cia de que el Capellan cumplidor (que así se le llaman) administra sus bienes, goza todo su producto, debe hacer constar y no el patrono su cumplimiento, y á costa de las rentas tener sus fincas bien reparadas, de modo que no se destruyan ni deterioren; pero ni en una ni en otra tiene lugar lo dispuesto por los sagrados cánones en órden al término para su presentacion, ni por consiguiente hay colacion, ni institucion canónica, ni tiene que entender en los bienes de ellas el Ordinario Diocesano. Pueden conferirse estas capellanías cumplideras ó memorias de misas á Presbíteros para que las celebren, como tambien á legos de qualquier edad, siempre que el fundador no disponga otra cosa (*a*), debiendo estos mandar complir sus cargas con arreglo á la fundacion. El patrono que tiene la facultad privativa de proveerlas y de conocer de sus bienes, puede por medio del Juez Real compeler al Capellan cumplidor á que cuide de su conservacion, y en su efecto embargarle la renta, y por esta ú otra causa, ó sin ella quitarle la capellanía, mandándolo así el fundador Si el Capellan fallece, y el patrono tarda en nombrar otro, puede el mismo Juez seqüestrar sus fincas, repararlas, cumplir sus cargas y depositar el sobrante á fin de que le perciba el que luego nombre: para todo lo qual como tambien para dentro de qué tiempo se deben proveer, pues no lo determina nuestro derecho, servirá de ley y regla la fundacion.

18 Para gozar estas capellanías laicales basta el título del patronato sin necesidad de tomar posesion de ellas, excepto que lo mande expresamente la fundacion; y si el Capellan que quiere tomarla para que le reconozcan por inquilinos y contribuyentes, y le acudan con sus rentas, ha de ser ante el Juez Real. Pueden hacerse incompatibles absolutamante para todos los Capellanes, ó limitadamente para algunos, de suerte que el que las goce, no obtenga otras colativas, ni laicales, ni beneficios; pero este gravámen de incompatibilidad solo debe imponérseles quando las rentas sean bastantes para mantenerse con la decencia correspondiente; pues de lo contrario se tendrá por no impuesto. Si el fundador manda que se confieran á Presbítero, que lo

(*a*) Mostat. lib. 4 cap. 2 cit. n. 43.

líquidos de las rentas baxados derechos de visita y gastos de cobranza se emplee en misas cierta qüota, v. gr. de 12, 15 ó 20 reales; y que el Capellan celebre por sí mismo en iglesia determinada las que se puedan á razon de aquella; debe expresar, si el Capellan ha de entregar al Sacerdote que las celebre la propia limosna ó la establecida por el sínodo caso que por ausencia, enfermedad ú otra causa no celebre algunas; ó lo que se deberá practicar, pues por no manifestar bastantemente su voluntad los fundadores, suelen suscitarse dudas.

19 Nadie puede ordenarse á título de estas capellanías, ni tampoco pueden hacerse colativas, aunque el patrono y Capellanes lo quieran, excepto que permita la fundacion se ordenen todos ó algunos por vía de patrimonio; y aunque durante la vida de los ordenados se espiritualizan sus bienes, no debe pagarse subsidio ni otro derecho por ellas, ya se dexen á Eclesiásticos, ya á legos; pues para esto es preciso que desde su ereccion se espiritualicen constituyéndose perpetuamente colativas como beneficios eclesiásticos, ó que el fundador mande que sus bienes pasen á la iglesia, que esten baxo de su dominio, que los administre el Capellan y perciba sus frutos por estipendio ó limosna de celebrar las misas. Fuera de estos dos casos es lo mismo que si los Capellanes se ordenasen á título de bienes propios, por los que no se paga nada; y para que no se dude, si son colativas ó laicales, se extenderá la cláusula de la fundacion *permitiendo que los Capellanes se ordenen á título de sus bienes como á título de patrimonio ó hacienda propia*, con la qual se entenderán puramente laicales (*a*). Si se fundan para parientes (1), han de justificar estos su parentesco ante el Juez Real, á no ser que el fundador mande que la goce el que elijan los patronos á su arbitrio sin atender á la proximidad de grado, que es lo mejor para evitar pleytos.

20 Las capellanías colativas ó eclesiásticas son las que se instituyen con intervencion y autoridad del Papa, ó del Obispo (*b*), por la qual se llaman propiamente beneficios

(*a*) Mostaz. cap. 2 cit. nn. 7 y 44 &c. y 48.

(1) Estas se llaman capellanías de sangre.

(*b*) Cap. 4 de Relig domib. Mostaz. de Cans. pils. lib. 3 cap. 1 n. 7 y cap. 3 n. 1.

eclesiásticos, tiene lugar en ellas lo dispuesto en estos y sus bienes se espiritualizan perpetuamente desde que se fundan; bien que con causa puede quitarlos al Capellan el Obispo ó patrono permitiéndolo la fundacion (*a*), sin que por esto dexen de ser perpetuas. Puede tocar á persona lega ó eclesiástica su presentacion ó nombramiento, segun lo disponga el fundador, por la colacion, institucion canónica, ó investidura, el cuidado de la conservacion de sus fincas y del cumplimiento de sus cargas, y el conocimiento de la legitimidad de los pretendientes, si se fundaron para parientes, corresponden privativamente al Ordinario Diocesano en cuyo territorio estan fundadas, de suerte que el patrono tiene tan solo la regalía de nombrar Capellan dentro del término prescripto por derecho canónico, y el nombrado por él será preferido á los colitigantes que no lo esten, si se halla en igual grado con ellos y con las demas qualidades que exigió el fundador, y no de otra manera. Por tanto estas capellanías se llaman así con propiedad, sus bienes son puramente eclesiásticos, y por ellas debe pagarse subsidio; pero aunque se funden en contrato, puede revocarse como las laicales; sino es que intervenga alguna de las causas que constituyen irrevocables las donaciones perfectas, y que el Ordinario las apruebe haciendo la colacion é investidura canónica en el primer nombrado. Asimismo pueden conferirse á Presbiteros, ó á los que no lo sean, para que se ordenen á título de ellas, segun lo disponga el fundador; y para su obtencion siendo colativas simples sin cura de almas: ha de tener el Capellan 14 años (*b*), excepto que el fundador mande conferirlas á los de menor edad expresa ó tacitamente, pues entónces habiendo entrado en los 7, aunque no esten cumplidos, pueden ser admitidos á su goce (*c*); y siendo beneficios con cura de almas ó curados, han de tener 25 años. (*d*) Estas capellanías puede el fundador hacerlas tambien incompatibles como las laicales, poner las condiciones honestas que le parezca, y preferirlos nobles á los plebeyos. Y es de advertir que en las capellanías colativas no adquiere

(*a*) Mostaz. dich. n. 7. (*b*) Concil. Trid. Ses. 23 de Reform. cap. 6 y ley 3 tit. 16 P. 1. (*c*) Mostaz. lib. 3 cap. 3 nn. 21. &c. y 28. (*d*) Cap. 7 § fin. de Election. cap. 14 eod. tit. in 6. Concil. Trid. Ses. 24 de Reform. cap. 12 Mostaz. lug. cit. n. 20.

su posesion el presentado por sola la presentacion sin la institucion; y que el fundador de ellas puede en su fundacion con consentimiento del Obispo limitar y ampliar el término á los patronos para hacer la presentacion, aunque siendo beneficio curado ó parroquial, no puede hacer tal ampliacion, porque de ella se sigue perjuicio á las almas, lo qual no sucede en las simples (*a*).

21 Las capellanías *gentilicias* son como las colativas á diferencia de que el patrono es siempre lego, y por ser colativas, no puede el fundador prohibir al Obispo que haga su colacion é institucion canónica (*b*).

22 No pueden ordenarse á título de las referidas capellanías colativas los que tienen impedimento legal y canónico hasta que se les remueva, y son los siguientes: el que no ha nacido de legítimo matrimonio, el bígamo, esté viudo, ó viva su primera muger, el homicida voluntario, el siervo, el que hizo penitencia pública, el bautizado dos veces con cierta ciencia, los extraños y sugetos no conocidos, como no presenten dimisorias ó testimoniales de sus Prelados, el hermafrodita; el que por razon de mayordomía ó administracion de rentas del Rey ó concejo está obligado á darles cuenta, la muger y el menor de siete años (*c*).

23 Las expresadas capellanías laicales y colativas pueden fundarse en contrato, ó en testamento ú otra última voluntad, y siempre son inagenables, indivisibles é imprescriptibles sus bienes. Tambien pueden ser amovibles á voluntad de los patronos, con causa ó sin ella, si el fundador lo manda, y entónces nadie puede ordenarse con ellas (*d*), porque no son título perpetuo ni suficiente para las órdenes, ni por consiguiente se deben tener por congrua segura (1). Y no es de omitir que en el § 8 de la bula expedida por Inocencio XIII en Roma á 13 de

(*a*) Lara lib. 2 de Capellaniis cap. 9 nn. 31 y 32. (*b*) Véase el cap. 1 § 17 n. 230. (*c*) Leyes 12 &c. y 27 tit. 6 P. 1. (*d*) Mostaz. lib. 3 cap. 1 n. 49.

(1) Aunque se haya colado una capellanía amovible *ad nutum*, puede el patrono quitársela al Capellan, porque la colacion no la hace perder su naturaleza; (García de benef. part. 1 cap. 2 n. 81. Lara de capel. lib. 2 cap. 6 n. 3) bien que consintiéndolo el Ordinario puede el patrono hacerla colativa por una vez, y entónces podrá el Capellan ordenarse con ella de orden sacro sin temor de perderla. (El mismo García part. 7 cap. 1 n. 102).

Mayo de 1723 que empieza, *Apostolici ministerii*, se manda que á ninguno que tenga beneficio ó capellanía cuya renta anual no llegue á la tercera parte de la congrua, se confiera la primera tonsura con motivo de adquirir derecho al beneficio ó capellanía: que los patronos así eclesiásticos como seculares puedan hacer nombramientos para ellos no como para beneficios eclesiásticos sino como para legados pios; y que los nombrados á su goce, aunque no esten tonsurados, los posean como tales legados con la obligacion de cumplir todas las cargas impuestas por los fundadores. Asimismo no es de omitir que el § 13 de la carta encíclica ó circular de la Cámara de 12 de Junio de 1769 dirigida á los Obispos de estos dominios se les encarga, supriman ó extingan dichos beneficios y capellanías convirtiendo estas en legados pios en la forma prescripta por el § 8 de la citada bula. Tendrá presente esto el Escribano y lo prevendrá á los fundadores, para que las doten bien, y puedan los Capellanes órdenarse con ellas; pues poco ó nada importa que quieran instituirlas colativas y que las den este título, si segun la fundacion y sus cláusulas, por la insuficiencia y cortedad de sus rentas desdicen del verdadero concepto de tales. Ademas si tienen poca renta y muchas cargas, reduce esta el Ordinario á instancia de los Capellanes, y mejor es que el fundador imponga pocas que el que dé lugar á que otro interprete á su arbitrio su voluntad, ó á que tal vez no se cumplan.

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capitulo.

FUNDACION DE PATRONATO REAL DE LEGOS.

24 Don Francisco de Andrade, vecino de esta villa de tal digo, que por hallarme sin descendientes ni ascendientes legítimos, y colmado mediante Dios de bienes temporales, he deliberado fundar de todos un patronato real de legos á título de mayorazgo, con cuya intencion he construido en tal iglesia la capilla de tal santo que es la segunda á mano derecha entrando por la puerta principal, y quiero dotarla

con tanta renta, á fin de que esté adornada con la decencia correspondiente y de que acabados mis dias se celebren perpetuamente en ella tantas misas rezadas al año, y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete, instituyo patronato real de legos á título de mayorazgo perpetuo de los bienes siguientes. (*Se podrán los bienes por menor y en § aparte como en la fundacion de mayorazgo*).

Declaro que estos bienes son mios, y que sean libres de toda especie de gravámen y responsabilidad, y como tales los señalo para dotacion de este patronato con las siguientes condiciones y llamamientos.

Elijo y nombro por patrono de la citada capilla á D. F. mi sobrino hijo legítimo de D. F. mi hermano, y á sus hijos y descendientes legítimos, prefiriendo el mayor al menor y el varon á la hembra, y la hembra de mejor línea y grado al varon mas remoto, &c. (*Se pondrán los llamamientos que el fundador quisiere como en la escritura de mayorazgo*).

El citado mi sobrino y demas llamados, cada uno en su tiempo, han de gozar este patronato y usufructo de sus bienes por los dias de su vida, á excepcion de tantos reales anuales que darán de limosna por tantas misas rezadas que ha de celebrar cada semana por mi intencion en tales dias el Sacerdote que elijan á razon de tantos por la de cada una, con cuya cantidad, y con la que importen la cera y oblata, dexo gravados los mencionados bienes, prohibiendo que se pueda redimir este gravámen con pretexto alguno, y mandando que siempre esten afectos á él.

Podrán nombrar Capellan que celebre las expresadas misas en dicha capilla, removerle con causa ó sin ella, habiendo de ser admitido á su celebracion solo en virtud de este nombramiento sin necesidad de posesion ni otra diligencia, y si no quisieren nombrarle, cumplan con entregar dicha limosna al Colector de la citada iglesia, cuyo recibo les sirva de documento justificativo para que se les bonifique. Si el patrono fuere Sacerdote, puede celebrarlas por sí prodio en ella y no en otra parte, recogiendo certificacion del Colector de haberlas celebrado, la qual ha de ser bastante para su abono.

Los patronos han de estar obligados á reparar con las rentas de este patronato la referida capilla de todo lo necesario, á ponerla en el estado actual, si se arruinare, á comprar los ornamentos, vestiduras sacerdotales y demas cosas correspondientes á su decencia, á pagar por la cera y oblata lo que la sinodal de este obispado tiene asignado y asignare, y tanto anualmente al sacristan porque la cuide, tenga limpia y aseada, y mande lavar toda la ropa blanca que se necesite así para el altar como para la celebracion de las misas, pudiendo ser apremiados judicialmete á todo esto.

Esta memoria de misas se ha de entablar entre las de la citada iglesia solo para que en las visitas se tome cuenta de su cumplimiento, y por ella no se ha de pagar subsidio, situado, ni otro derecho. Asimismo ni el Prelado eclesiástico, ni su Vicario, ni visitador se han de entremeter en su provision, ni bienes, ni en otra cosa que en inquirir, si estan, ó no cumplidas sus cargas, y la capilla con la decencia que corresponde; y no estándolo, pueden apremiar al poseedor de este patronato á que lo haga.

Los bienes de este patronato, &c. (*Se pondrán las condiciones* 11. 12, 13 *y* 14 *de la fundacion del mayorazgo, y las demas que el fundador quisiere con reservacion del usufructo, y luego el pie en la forma siguiente*).

Con estas condiciones, cargas y llamamientos fundo este patronato real de legos á título de mayorazgo; y para despues de mi fallecimiento traspasó todo el derecho que me corresponde, en el mencionado mi sobrino y demas nombrados, para que cada uno en su tiempo le posea y disfrute con dicho gravámen, reservándome su usufructo durante mi vida, como igualmente la facultad de revocarle enteramente ó añadir, quitar y enmendar lo que me parezca, por lo que no ha de tener efecto hasta que fallezca, &c. (*Proseguirá como en la fundacion de mayorazgo poniéndose las cláusulas generales y toma de razon en la oficina de hipotecas*).

25 Si el fundador quisiere que el patronato sea irrevocable, se obligará á no revocarle ni alterarle en tiempo ni con pretexto alguno, entregará al primer llamado la escritura de fundacion, omitiendo la reserva de revocar, mudar y alterar á su arbitrio, y en la aceptacion, las palabras,

sin perjuicio de la expresada reserva que contiene la escritura de fundacion de mayorazgo; pero no las de usufructo por los dias de su vida, pues haria una donacion inmensa y prohibida.

Fundacion de capellanía mercenaria é incompatible á título de patronato real de legos con la que nadie puede ordenarse.

26 Don Francisco de tal vecino de esta villa digo: que hallándome mediante la Divina Providencia con abundantes bienes y sin hijos ni otros herederos legítimos á quienes dexarlos, y deseando para corresponder á los favores del Altísimo que el producto de aquellos se convierta en obsequio suyo y en alivio de las benditas ánimas del purgatorio; he deliberado erigir una capellanía mercenaria á título de patronato real de legos; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, instruido del que me compete = Fundo para despues de mi fallecimiento en tal iglesia parroquial y altar de tal Santo que es el tercero á mano izquierda entrando en ella, la expresada capellanía que doto con los bienes siguientes. (*Se pondrán por menor los bienes en § aparte como en la fundacion de mayorazgo.*)

Declaro que estos bienes me pertenecen en posesion y propiedad por las razones expuestas y títulos relacionados: que producen de renta anual seiscientos ducados y estan libres de toda especie de gravámen; y con ellos instituyo la referida capellanía laical con los llamamientos y condiciones siguientes.

Llamo á la obtencion de esta capellanía y goce del producto de sus bienes á Don F. Presbítero mi sobrino hijo de &c. (*llamará á los demas que quisiere*) quienes con solo el título de los patronos han de ser tenidos por Capellanes cumplidores sin mas posesion, ni otro acto, ni documento, y como tales administrarán dichos bienes, percibirán y gozarán sus frutos, á excepcion de seiscientos reales anuales que han de dar por mitad á los patronos que elegiré, por el cuidado que deben tener de que sus fincas se conserven, y de lo que paguen á la fábrica y sacristan de dicha iglesia por la oblata, cera y ornamentos conforme á lo dispues-

to en el sínodo de este obispado y á lo que diré despues.

Ninguno se ha de ordenar á título de esta capellanía, ni aun por razon de patrimonio, y aunque lo consientan los patronos; pues quiero que el Capellan á quien se confiera, sea precisamente Presbítero y pobre, y tenga obligacion de cuidar de sus fincas á costa de sus rentas, y que no lo haciendo, puedan el patrono ó patronos que haya, removerle y elegir otro sin mas juicio, sentencia, declaracion, ni monicion, y hacer que reintegre á su costa el desfalco y deterioro que en su tiempo hayan padecido por su culpa, omision, ó negligencia.

Ha de celebrar en dicho altar tantas misas rezadas cada semana en tales dias que hacen tantas al año sin poder cometer á otro su celebracion, á no ser que esté enfermo y no con otro impedimento; y si la cometiere, mando que no se le abonen, y que el patrono ó patronos que haya á la sazon, le remuevan y elijan otro que las diga por sí: lo qual se ha de observar sin embargo de que sea commensal del Señor Obispo, ó impétre bulas apostólicas que dispensen la locacidad, personalidad y residencia, pues no han de tener efecto alguno mediante á que con sus rentas puede mantenerse decentemente.

Ningun Juez eclesiástico ha de poder presentar esta capellanía, conocer de sus bienes, tomar cuentas al Capellan de lo que produxeren ni removerle, sino tan solo compelerle á que cumpla sus cargas, y no lo haciendo, mandar al patrono ó patronos que le remuevan y elijan otro, lo qual deberán cumplir inmediatamente.

Esta capellanía no ha de erigirse en colativa, aunque los patronos y el Capellan lo consientan solo por la vida de este; y asimismo no ha de pagarse por ella subsidio ni ningun otro derecho, ni ha de gozarla quien tenga quatrocientos ducados líquidos de renta eclesiástica ó patrimonial, excepto que no haya otro pariente mio que pueda obtenerla; pues en aquel caso le han poder remover los patronos y hacer que restituya el sobrante que hubiese percibido desde el dia que tuviere la renta, deducido el importe de la limosna de dichas misas á razon de tanto cada una, para que se emplee con intervencion de los patronos, del Capellan que sucediere en ella, y de la Justicia Ordinaria de esta villa en

aumento y conservacion de las fincas de esta capellanía: porque mi voluntad es que la obtengan Sacerdotes virtuosos y pobres que carezcan de medios para mantenerse con decencia, aunque no habiendo otro pariente mio hábil para su obtencion, pueda gozarla el nombrado sin estar obligado á ninguna restitucion.

Esta capellanía se ha de entablar entre las memorias de misas de la parroquial de esta villa, para que el Ordinario eclesiástico la visite, y sepa si el Capellan cumple ó no sus cargas, no para otro efecto, debiendo el Capellan y no los patronos satisfacer los derechos que se causen en la visita.

Los patronos han de zelar, si los Capellanes tienen, ó no bien reparadas las fincas de esta capellanía, compeliéndoles á ello por medio de su Juez despues de haberles amonestado verbalmente; y si por no hacer caso los Capellanes de la amonestacion necesitaren los patronos de usar del remedio violento del apremio judicial, les han de pagar aquellos todos los gastos procesales y personales que les causen. Ademas si los patronos fueren negligentes en esta parte, pierdan el derecho de este patronato que ha de pasar al siguiente llamado sin mas declaracion.

Para hacer la eleccion de Capellan se han de juntar los patronos en casa del mas condecorado ó mayor en edad, y si al tiempo de la vacante no hubiere mas que un patrono en el lugar por haber muerto el otro, pueda elegirle por sí solo; mas hallándose ausente ha de avisarle incontinente, tomando testimonio de la carta que le escriba á este fin y eche en el correo; y si dentro de los dos meses siguientes al dia de su fecha no le respondiere conformándose con el que este elija, ó diciéndole que no puede asistir á la eleccion, ó enviando poder á alguien para que concurra á ella, pueda hacerla por sí mismo y valga del mismo modo que si ambos la hubiesen hecho. Si ninguno estuviere en el lugar, tenga obligacion la Justicia Mayor de él de avisarles en igual conformidad, y no nombrando en el citado término haga aquella por sí la eleccion y perciba las propinas de ambos patronos. Si estos discordaren en ella, echen suertes con asistencia de la Justicia y del Escribano de ayuntamiento de esta villa, y despachen al Capellan á quien tocare, el título correspon-

diente, en cuyo caso las propinas de los patronos han de dividirse entre ellos, el Juez y el Escribano de ayuntamiento por iguales partes en pena de no haberse conformado. Habiendo litigio sobre el derecho de este patronato, si no se decidiese dentro de tres meses y faltare por esta razon patrono de sangre, como vaque entre tanto esta capellanía, y pasados los tres meses despues de la vacante haga la Justicia el nombramiento, ha de percibir igualmente las propinas de ambos patronos hasta el dia en que alguno de ellos tome posesion de este patronato; pero no haciendo el nombramiento las ha de retener el Capellan para entregarlas al patrono ó patronos que le obtengan; y si no hubiere vacante, no ha de poder la Justicia remover al nombrado por los patronos anteriores.

Miéntras vivan los Capellanes que he nombrado, no han de poder los patronos elegir otros, y despues que fallezcan, han de nombrar precisamente para la obtencion de esta capellanía parientes mios por ambas líneas, habiéndolos en este lugar y en el de tal, donde se halla mi familia paterna, sin atenderse mas prerogativa, predileccion de líneas, grado, ni otra cosa que la mayor pobreza y virtud, sobre lo que les encargo la conciencia; á cuyo fin harán que se fixen edictos en ambos lugares á costa del Capellan que sucediere, debiendo los pretendientes justificar extrajudicialmente su parentesco, vida y conveniencias ó indigencia ante el patrono ó patronos, y con solo su título y nombramiento hecho ante qualquier Escribano Real ha de admitirlos el Cura Párroco á la celebracion de misas sin necesidad de posesion, mandato judicial, ni otro requisito.

Por evitar pleytos, enconos y los pecados que con este motivo se cometen, excluyo de la obtencion de esta capellanía á qualquiera que se opusiere judicialmente al nombramiento hecho en otro, aunque sea mas pobre que este. Si practicadas las diligencias referidas ninguno compareciere dentro de los quatro meses siguientes al dia de la fixacion, elijan al Sacerdote mas pobre y virtuoso que hubiere en esta villa ó en el expresado lugar sin prelacion; y si algun pariente compareciere y por no estar ordenado de Presbitero no pudiese obtener esta capellanía, luego que lo esté, se le confiera y precise al extraño á dexarla; pues mis parientes

han de ser preferidos á los extraños en todos tiempos, aunque estos la esten poseyendo, y aquellos no sean de esta villa ni del lugar mencionado, y aunque los primeros sean pobres y los segundos no.

Si este patronato recayere en el Capellan, pueda por sí mismo celebrar las misas; y concurriendo en un patrono las qualidades expresadas, ha de poder en caso de vacante nombrarle con preferencia á otro pariente el compatrono, y no habiéndole, la Justicia, en cuyo caso ha de gozar de ambos emolumentos; mas porque recaygan en él los dos títulos, no le dispenso la focacidad ni personalidad, ni el que pague anualmente al compatrono su propina; pues todo queda á su cargo, como si no fuera patrono, y á ello se le ha de poder apremiar con todo rigor.

Si hubiere litigio sobre el derecho de este patronato, ha de conocer de él la Justicia de esta villa en cuya jurisdiccion estan sus bienes, y aunque los pretendientes sean de otra, han de seguir su pretension en primera instancia por el oficio del presente Escribano; pues de lo contrario léjos de admitirlos por tales la Justicia ni de darles la posesion, pasará á nombrar Capellan, si no le hubiese, y á usar de este patronato como si se hubieran acabado las líneas de los patronos, hasta que cumplan esta condicion.

Nombro por patronos á Pedro y Juan mis sobrinos hijos de Antonio y Diego mis hermanos, y á sus hijos y descendientes legítimos, prefiriendo el mayor al menor, el varon á la hembra, y la hembra de mejor grado y línea al varon mas remoto. A falta de ellos nombro asimismo á María y Juana mis hermanas, y á los suyos: despues de estos á Eugenio y Alfonso mis primos hermanos, hijos de Josef y Ana mis tios, y á los suyos por el mismo órden; y acabados todos al Juez Mayor que hubiere en esta villa, y no habiéndole á los Alcaldes Ordinarios por ambos estados, y si no hubiese mas que uno, sea patrono, previniendo que miéntras subsistan las líneas de los llamados, ha de haber dos patronos, uno por cada una; pero si llegare el caso de que la una se finalice y la otra no, sea patrono único el que viviere de esta; de modo que para entrar al goce de este patronato las líneas de los llamados en segundo lugar, se han de haber concluido enteramente las del primero, y así

de las demas: todo lo qual mando se observe literalmente sin tergiversacion.

Por el trabajo que los patronos han de tener en zelar que los Capellanes conserven las fincas de este patronato y cumplan sus cargas, y en hacerles el nombramiento, señalo á cada uno de los dos que fueren parientes mios, trescientos reales anuales; y no habiendo mas que uno por haberse concluido la línea del llamado en igual grado y lugar, el importe de ambos, como si vivieran, puesto que ha de hacer las veces de los dos; mas si todos se acabaren, no pueda percibir el Juez Mayor mas que los trescientos reales, y habiendo en lugar de este dos Alcaldes Ordinarios, se dividirán entre ellos por mitad, y si no hubiere mas que uno, los ha de percibir; pues mediante á no ser parientes mios y á nombrarlos por patronos solo porque nunca falten, no quiero que gocen en esta parte iguales emolumentos que los llamados; y en este caso el Capellan deberá depositar anualmente los otros trescientos con intervencion de los patronos por cuenta y riesgo de estos en persona lega, llana y abonada para emplearlos con la misma intervencion en aumento de fincas y conservacion de esta capellanía, á todo lo qual pueda ser compelido con el mayor rigor.

Los patronos, &c. (*Aquí se pondrán las condiciones 19, 22 y 24 de la escritura de mayorazgo mudando lo preciso, y las demas que el fundador quisiere. El pie ha de ser como en la anterior de patronato, á excepcion de que en esta ha de hablar con los patronos y Capellanes juntamente por lo que á cada uno toca, al modo que en aquella habla solamente con el patrono. Tambien se prevendrá la toma de razon en la oficina de hipotecas.*)

Fundacion de capellanía laical para ordenarse á título de ella como de patrimonio.

27 Don Manuel Ximénez vecino de esta villa digo: que Don Alexandro Ximénez mi hermano en el testamento que otorgó en ella á tantos de tal mes y año ante el presente Escribano, y baxo del qual falleció, me instituyó heredero de los bienes muebles, créditos y efectos que tenia, mandando que de los raices fundase una capellanía laical ó colativa,

ú otra obra pia perpétua á mi voluntad, para cuya fundacion y para todo lo demas que ocurriese, me dió comision amplia queriendo valiese del mismo modo que si la formalizára por sí, segun acredita su testamento, del qual para documentar esta escritura se pone con ella copia autorizada que á la letra dice así: (*El testamento en párrafo aparte.*)

Y usando de las facultades inclusas en el testamento inserto, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorgo en nombre del citado mi hermano: que fundo para siempre en la iglesia de tal, donde está sepultado su cadáver, una capellanía puramente laical, ó memoria de misas á título de patronato real de legos, la qual doto con los bienes raices que dexó, cuyo valor, sitios y linderos actuales se especifican en la forma siguiente. (*Se ponen por menor los bienes en párrafo aparte.*)

Asciende el valor de los referidos bienes que son los únicos raices que dexó, á tantos mil reales de capital segun sus valuaciones, y su renta anual á tantos mil, los quales señalo por dotacion de esta capellanía laical fundándola de ellos con las condiciones siguientes.

Los expresados bienes jamas se han de poder enagenar, separar, dividir, acensuar, hipotecar, ni gravar en todo ni en parte, aunque lo intenten los Capellanes y lo consientan los patronos, pretextando mayor aumento de renta de la capellanía ú otra causa, por grave y urgente que sea.

Los Capellanes de la enunciada capellanía han de tener bien labrados, cuidados y reparados de todo lo necesario á costa de sus rentas los bienes con que queda dotada, de suerte que no se deterioren, y siempre vayan en aumento, para que los sucesores no tengan que lastar cosa alguna de lo que no se deterioró, ni perdió en su tiempo; y si no lo hicieren, han de compelerles á ello el patrono y Capellan sucesor, quienes podrán acudir á la Justicia Real Ordinaria para el embargo de rentas, y bienes del poseedor y de sus herederos, sin que para eximirse de su reintégro les sufrague el necesitar para los reparos de ellos la renta de un año, dos ó mas; pues con esta consideracion y con la de su decencia les impongo muy leve carga atendido su producto líquido que por un quinquenio es el de seiscientos ducados, en cuya atencion prohibo que aquella se minore con

pretexto alguno por ningun Señor Juez eclesiástico, aunque se le pida muchas veces su reduccion y minoracion, y sobre ello le encargo la conciencia.

Cada uno de los Capellanes ha de celebrar por sí mismo anualmente cien misas rezadas, dos cada semana en la referida iglesia de tal precisamente por el alma é intencion de dicho Don Alexandro mi hermano y demas de su obligacion; y en caso de hallarse enfermos, ausentes, ó sin ordenar de Presbíteros cumplan con mandarlas decir á otro Sacerdote, dándole la limosna en que se convengon, ó la que por la sinodal está señalada ó se señale, satisfaciendo ademas en uno y otro caso los derechos de cera, oblata y colecturía á la iglesia ó persona que deba percibirlos, y recogiendo la correspondiente certificacion para hacer constar su cumplimiento en la visita.

Ningun Juez eclesiástico ha de poder conferir esta capellanía, conocer de sus fincas, tomar cuentas á los Capellanes de lo que estas produzcan, removerlos, ni mezclarse en otra cosa que en compelerlos á que cumplan sus cargas, aunque pasen los quatro meses que para la presentacion de las capellanías colativas y beneficios eclesiásticos prescribe el derecho canónico, y mucho mas; puesto que como puramente laical no militan en ella las disposiciones canónicas; y no haciendo el patrono el nombramiento dentro del año que le concedo, ha de poder hacerle el Juez Real en pena de su descuido.

Jamas se ha de erigir en colativa esta capellanía, aunque los patronos y Capellanes lo consientan, ni tampoco ha de pagarse por ella subsidio ni otro derecho alguno; pero sin perjuicio de poder yo como tal patrono, y los que me sucedan en este patronato, nombrar para su goce á personas de qualquier calidad y edad sin limitacion, siendo honradas y de buenas costumbres, permito que se puedan nombrar estudiantes pobres, hijos de padres honrados, para que con su producto sigan sus estudios y la carrera eclesiástica, y se ordenen á título de los bienes de ella como á título de patrimonio y hacienda suya, mandando miéntras se ordenan, cumplir sus cargas; y por su muerte han de quedar seculárizados sus bienes como de patronato de legos, sin que por el hecho de ordenarse con su renta muchísimos ó todos, se

entienda colativa ni eclesiástica, ni extinguida la qualidad de laical y cumplidera como propiamente memoria de misas, ó bienes profanos con carga de estas.

Todos los Capellanes que sin ser Sacerdotes fueren nombrados á la obtencion de esta capellanía, han de estar precisamente ordenados de órden sacro á los veintiquatro años de su edad, y de lo contrario se les privará de su goce: á cuyo fin prohibo que se les conceda próroga y doy amplia facultad á los patronos para que la tengan y declaren por vacante: en cuya atencion sin necesidad de monicion ni interpelacion la proveerán en estudiante pobre hijo de padres honrados, y no habiéndole, en Sacerdote igualmente pobre, y no en el que no lo sea, ni en Religioso profeso, aunque por los estatutos de su religion, ó por dispensa se le permita obtener rentas eclesiásticas graciosas ó patrimoniales. Tambien les doy igual facultad para que acudan al Juez eclesiástico á efecto de que apremie á los Capellanes ordenados de órden sacro á ordenarse de Presbíteros, de modo que á los veintiseis años de su edad lo sean indispensablemente.

Esta capellanía ó memoria de misas se ha de entablar precisamente entre las de la mencionada iglesia, para que el Ordinario eclesiástico la visite, y sepa si los Capellanes cumplen ó no sus cargas, y no para otro efecto, debiendo aquellos satisfacer los derechos que se causen en la visita.

Para el nombramiento de esta capellanía, y para todo lo demas ya expuesto me nombro por primer patrono único, y para despues de mis dias nombro á mis hijos y decendientes legítimos que sucedan en el mayorazgo que poseo y fundó mi tercer abuelo Pedro Ximénez. Acabados estos sucederán en el patronato mi primo Francisco de tal y los suyos á quienes debe pasar dicho mayorazgo, y á falta de ellos todos los que estan llamados para su goce; pues agrego á él la regalía de nombrar y el derecho activo de este patronato con los vínculos, cláusulas y llamamientos con que está erigido sin alteracion; y á todos y á cada uno doy amplia facultad para que en su tiempo nombren sugetos dignos de obtener la expresada capellanía ó lo mas dentro del año siguiente al de la vacante, para que cuiden y zelen de que los Capellanes cumplan con su obligacion así en celebrar las

misas como en conservar las fincas de su dotacion, y para que hagan todo lo demas que se ha dicho y lo que haria mi difunto hermano, si viviera.

Con estos llamamientos, cláusulas, condiciones, bienes y reserva instituyo la expresada capellanía laical y memoria de misas á título de patronato real de legos; y para su goce nombro por primer Capellan á Diego de tal hijo de Andres sin perjuicio de hacerle á mayor abundamiento nombramiento separado, á fin de que con él pida y se le dé su posesion, confiriéndole ámplias facultades para que la solicite y tome ante la Justicia Real en qualquiera copia autorizada de esta fundacion, ó en una de sus fincas, ó en todas á su arbitrio, y para que desde hoy perciba sus rentas, cuide de sus bienes, y cumpla sus cargas, y todo lo dispuesto en esta fundacion sin faltar en cosa alguna: cuyas facultades concedo igualmente á todos los Capellanes sucesores. Asimismo doy facultad á los patronos que lo fueren de ella, para que nombren Capellanes en la conformidad prevenida, cuyo solo nombramiento ha de ser bastante para que en su virtud se le dé la posesion de esta capellanía y para gozarla, aunque no la pidan ni tomen: para que hagan todo lo demas sin alterar esta fundacion ni faltar en cosa alguna; y asimismo para que tomen posesion de este patronato al tiempo que del mayorazgo ó con separacion, segun estimen oportuno. Así pues, para todo lo dicho y para todo lo demas que ocurra, formalizo esta fundacion con todas las estabilidades que sean necesarias, de la qual ha de haber siempre una copia en el archivo del poseedor del mayorazgo y otra en poder del que sea Capellan; y me obligo á tenerla por firme y no revocarla con todos mis bienes, &c. (*aquí las cláusulas generales*) previniendo que ni yo, ni la herencia de mi hermano quedamos obligados á la eviccion, y que si alguna de las fincas saliere fallida, se ha de minorar la carga á proporcion, pidiéndolo el Capellan al Juez competente. Así lo otorgo y firmo ante el presente Escribano de S. M. en esta villa, &c. (*Se prevendrá la toma de razon en la oficina de hipotecas*).

Fundacion de capellanía colativa.

28 En nombre de Dios todo poderoso. Amen. Yo Don N. vecino de esta villa digo: que por quanto la Providencia divina me ha colmado de bienes temporales y carezco de herederos legítimos que los hereden, correspondiendo en algun modo á tan grandes favores, y deseando que las benditas ánimas del purgatorio, con especialidad las de mis parientes, amigos y bienhechores gocen de algun alivio, y logren quanto antes la vision beatífica, único fin para que todos fuimos criados, como tambien que los vecinos de esta villa tengan una misa mas los dias de precepto para encomendarse á Dios, y sus hijos que se inclinen al estado sacerdotal, puedan conseguirlo y vivir con la decencia correspondiente; he deliberado fundar una capellanía colativa á título de la qual se ordenen, y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete = Otorgo: que fundo la referida capellanía colativa en la Iglesia parroquial de esta villa y altar de San Antonio de Padua, para cuya dotacion consigno los bienes siguientes. (*Se expresarán los bienes en la forma prevenida en las escrituras anteriores*).

Importa el valor de los bienes expresados tantos mil ducados, y su renta anual tantos, y declaro que me pertenecen en posesion y propiedad, que estan libres de toda especie de gravámen, y que con ellos sin quedar obligados á eviccion ni yo ni mis herederos ni sucesores en ningun tiempo, instituyo la citada capellanía con las condiciones siguientes.

Los mencionados bienes jamas se puedan enagenar, separar, dividir, ni gravar en todo ni en parte, aunque para ello intervenga autoridad pontificia, ocurra la causa mas grave y urgente, y sea para mayor incremento de esta capellanía.

Los Capellanes han de tener bien labrados, cuidados y reparados de todo lo necesario los bienes de esta capellanía á costa de su renta para que vayan siempre en aumento; y no lo haciendo, ha de poder apremiarles á ello el Visitador eclesiástico de esta diócesi, como tambien si amonestándoles no lo cumplieren, nombrar persona que lo haga á

sus expensas, y embargarles la renta: previniendo que aunque se consuma la de un año ó mas en su beneficio y reparo, no por esto han de minorar ni reducir sus cargas en él ni en otro alguno; pues teniendo con la que dan para vivir decentemente y cuidar de su conservacion y aumento, prohibo su reduccion, y encargo la conciencia al Juez eclesiástico á quien se pidiere.

Han de celebrar por sí mismos en dicho altar todos los dias de fiesta del año y el del Santo tutelar de esta villa misa rezada con su responso á las doce en punto de cada uno, aplicándola por mi alma, las de mis parientes, amigos, bienhechores y demas del purgatorio, y para que puedan oirla los que quisiesen, se han de tocar tres veces las campanas, y la última un quarto de hora ántes de las doce. Si estuviesen enfermos, les doy facultad para elegir Sacerdote que las celebre por ellos, dándoles precisamente tanto de limosna por cada una y no ménos; pero con ningun otro pretexto ni motivo, por grave que sea han de poder nombrarle, aunque esten ocupados en servicio del Señor Obispo de esta diocesi ó de su iglesia, y para ello obtengan licencia de S. S.

Por las tardes de todos los dichos dias han de enseñar la doctrina christiana en la iglesia parroquial de esta villa á los muchachos y adultos de ámbos sexôs que quisieren ir á prehenderla, ocupándose en esta christiana diligencia dos horas completas, rezando despues el rosario á coros con todos, y la letanía y salve cantadas, y teniendo á su costa dos velas encendidas en el altar de la Vírgen, sin que puedan excusarse á ello; y no haciéndolo, pierdan la mitad de la renta de aquel dia que deberán entregar al Cura Párroco, quien ha de distribuirla entre los mas necesitados de su parroquia. Lo mismo ha de practicar el que celebrare la misa durante su ausencia y ocupacion baxo de la propia pena, al qual en este caso ha de nombrar el Cura Párroco, y le encargo que sea de los mas pobres y virtuosos; mas en caso de enfermedad relevo de esta obligacion á los Capellanes y á los que elijan para que celebren por ellos las misas.

Los que se ordenaren á título de esta capellanía, han de celebrar misa á los veintiseis años cumplidos de su edad

á lo ménos, y si entónces no estuvieren capaces ó tuviesen otro impedimento que no sea enfermedad, han de perderla, sin que pueda prorogárseles este término: de suerte que por el mismo hecho sin preceder mas diligencia ni monicion han de pasar los patronos á nombrar otro que se tendrá por el Capellan legítimo; y para que si estan ordenados de órden sacro, no pretexten que no se les puede quitar ni remover, prohibo que se ordenen ántes de veinticinco años, y quiero que en el restante reciban precisamente las órdenes de Diácono, Subdiácono y Presbítero.

Los Capellanes que obtuvieren esta capellanía, han de ser precisamente Confesores, y no estando capaces para ello á los veintiquatro años de su edad, no se ordenen á título de ella; pues los excluyo de su obtencion, y quiero que pase inmediatamente al que elijan los patronos, á cuyo fin para que en la eleccion se proceda con madurez y justificacion, harán se les requiera judicialmente exhiban la aprobacion del Ordinario, y no exhibiéndola, hagan el nombramiento en otro; y ordenados que sean de Presbíteros á título de ella, tengan obligacion de asistir al confesonario todos los dias de fiesta, especialmente los de la Virgen, S. Joseph y demas en que los vecinos de esta villa acostumbran confesar y comulgar, y no lo haciendo puedan ser corregidos por su Prelado á instancia del Cura Párroco; pero ántes de delatarlos ha de amonestarles tres veces sobre el cumplimiento de esta condicion.

Para la obtencion de esta capellanía nombro por primer Capellan á E. mi sobrino hijo de F. y por su fallecimiento á F. tambien mi sobrino: si ámbos fallecieren ó no quisieren seguir el estado sacerdotal, me reservo el nombrar á los que me parezca durante mi vida; y despues de todos llamo á mis parientes pobres y virtuosos sin predileccion alguna de líneas, grados, ni sexô, de modo que justificando serlo queda al arbitrio de los patronos nombrar al que mas pobre y virtuoso les parezca, para evitar de esta suerte pleytos y discordias, sobre lo que les encargo la conciencia; y no habiéndolos en esta villa ni fuera de ella, ó no inclinándose al sacerdocio, puedan gozarla los hijos de vecinos de esta villa, cuyos padres y abuelos paternos y maternos no hayan exercido, ni exerzan oficios viles de he-

cho ni de derecho, ni cometido crimen de lesa magestad divina ó humana ni otro de los exceptuados, ni incurrido en infamia, ni tampoco descienda de judíos, moros, hereges, nuevamente convertidos, ni penitenciados; debiendo atender igualmente los patronos en la eleccion de estos á su pobreza y virtud; y para que no se dude, qual debe llamarse pobre en este caso, mando que se estime y tenga por tal el que no tuviere de renta patrimonial ó eclesiastica segura cien ducados libres, fuera de la limosna de la misa y demas cargas anuales que deben excluirse para el cómputo. Y porque puede suceder que en algunas vacantes pretendan esta capellanía dos ó mas parientes mios, para que los patronos no tengan escrúpulo en su provision, mando que si son iguales en pobreza y virtud, la confieran al mayor en edad; pero si no es tan pobre y virtuoso como el menor, sea este preferido, habiendo de observarse lo mismo con los llamados á falta de parientes. Si sucediere que por no comparecer mis parientes al tiempo de la vacante, se proveyese en extraño, quiero que en este caso si el extraño no estuviere ordenado de órden sacro á título de ella, la lleve el pariente; pero estándolo no se le puede quitar, aunque alegue que no llegó á su noticia la vacante; y para que mis parientes sepan, quando está vacante esta capellanía, y la obtengan con preferencia á los extraños, mando que luego que fallezcan los poseedores, hagan los patronos fixar edictos en esta villa, y en tal y tal, en donde tengo mi familia, y que hasta que pasen los tres meses siguientes á los dias de su fixacion, no la provean, pues les prorogo el término legal.

Habiendo en esta villa estudiantes hijos de padres pobres honrados, no pueda conferirse esta capellanía á Presbítero, excepto que sea pariente mio, y no haya estudiantes que lo sean; pues mi ánimo es preferir mis parientes estudiantes á los Presbíteros, aunque tambien lo sean, y estos á los extraños, para que con la esperanza de obtenerla se dediquen á la virtud y apliquen al estudio; como tambien que con el residuo de su renta lo prosigan y se habiliten hasta que cumplan los veintiquatro años; y si aunque al tiempo de la vacante no haya estudiantes parientes mios, los hubiere despues que el Presbítero, sea ó no mi parien-

te, la poseyere, mando que este la dexe; y la confieran los patronos al estudiante pariente mio mas pobre y virtuoso que hubiese entre los pretendientes; pero los extraños nunca han de ser preferidos á mis parientes aun en el caso de que estos sean Presbíteros y aquellos no. Si no hubiese estudiantes parientes ni extraños, elegirán los patronos por Capellan cumplidor interino hasta que los haya capaces de ordenarse de prima tonsura á título de ella, al Sacerdote mas pobre y virtuoso que ha de ser precisamente Confesor y percibir enteramente su renta; y despues que haya estudiante ordenado, ha de continuar cumpliendo sus cargas, miéntras este no sea Presbítero, y percibir únicamente en este caso la renta correspondiente á ellas, y no mas ni ménos, pues el sobrante deberá entregarse al Capellan para que prosiga sus estudios; y para que se tenga por estudiante, baste que se halle estudiando con qualquier maestro de latinidad, aunque no vaya á universidad ni se matricule en ella.

Esta capellanía se ha de entablar entre las de dicha iglesia parroquial, para que el Ordinario eclesiástico la visite, y compela al cumplimiento de sus cargas y conservacion de sus bienes al Capellan, quien ha de satisfacer los derechos de visita y subsidio, y los que por la sinodal de este obispado estan señalados, y se señalaren para la fábrica y sacristan por su asistencia y por suministrar los ornamentos, cera, oblata y demas que sean de su cargo; y no estando señalados, mando que los consigne el Señor Visitador que primero la visite, y que despues no se aumenten ni minoren. Asimismo los títulos de sus fincas y una copia de esta fundacion se han de archivar en el ayuntamiento de esta villa, y no han de sacarse sin intervencion de los patronos sino para cosa indispensable, en cuyo caso se han de volver luego á él; y no han de estar en poder de estos ni del Capellan con ningun pretexto.

Para hacer los nombramientos de Capellanes elijo por Patronos á los dos Alcaldes Ordinarios y Regidores por ámbos estados de esta villa, y si al tiempo de la vacante no hubiere mas que un Alcalde y un Regidor, podrán estos hacerlos; y les confiero amplia facultad para que en todas las vacantes hagan dichos nombramientos atendiendo solo al cum-

plimiento de mi voluntad y sin cometer simonía, pues si la hubiere, los privo de volver á nombrar por aquella vez, como asimismo al Capellan de obtener la capellanía, aunque esté hecha la colacion, y quiero que pase al que nombre el Ordinario con arreglo á esta fundacion, y que los patronos en pena de la simonía restituyan las propinas que hubieren percibido, entregándolas al Párroco de la referida iglesia para que las distribuya entre los mas pobres de su parroquia; y no habiéndolas percibido, no puedan pretenderlas, ni el Capellan que elija el Ordinario, esté obligado á darselas. Para hacer con mas acierto los nombramientos han de juntarse los patronos en casa del Alcalde mayor en edad y enterarse por menor de esta fundacion que les leerá el Escribano de Ayuntamiento, ante quien han de pasar con los edictos y todo lo demas que ocurra; y por el trabajo de esta eleccion ha de dar el Capellan tantos reales por una vez á cada patrono y tantos al Escribano y no mas: y si estuviesen discordes, sea el tercero el Párroco, á quien deberán entregar tanta parte de propina como cada uno lleve, de modo que las que habian de percibir los quatro, se repartan igualmente entre los cinco, sin que el Capellan sea por esto mas gravado, ni el Escribano perjudicado en la suya, observándose lo mismo en caso que no haya mas que un Alcalde y un Regidor. Asimismo confiero ámplia facultad á mis dos sobrinos y demas Capellanes que elija, como tambien á todos los que nombren los patronos para que obtengan y gocen esta capellanía, se ordenen á título de ella y cumplan sus cargas; y pido al presente Escribano que de esta escritura saque dos copias autorizadas, una para archivarla con los títulos de propiedad de las mencionadas fincas que estoy pronto á entregar, y otra para los Capellanes que entregará al primer llamado, y todos deberán conservar, con la qual sin otro acto de aprehension ni aceptacion ha de ser visto haber tomado la posesion de dichos bienes. Por tanto consiento en que desde hoy se conviertan en eclesiásticos, y suplico al Ilustrísimo Señor Obispo de esta diócesi, á su Provisor y Vicario General, y á sus sucesores tengan por fundada con las solemnidades necesarias esta capellanía, supliendo, como doy por suplido, qualquier defecto substancial que contenga, y á los referidos Capellanes

por legítimos, haciéndoles en su conseqüencia la colacion é institucion canónica que se requiere; en cuya atencion, prometo no revocarla con pretexto alguno: declaro y aun siendo necesario juro en forma solemne que no necesito los bienes de su dotacion, por quedarme los suficientes para mantenerme con decencia segun mi calidad, aunque no quedo obligado á la eviccion; y al cumplimiento de todo lo expuesto obligo mis bienes, &c. (*Se pondrán las clausulas generales, la aceptacion del primer Capellan como en la fundacion de mayorazgo, si se quisiere, y la toma de razon en la oficina de hipotecas.*)

Nombramiento de Capellan.

29 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don N. vecino de ella poseedor del mayorazgo que erigió N. y como tal patrono único de la capellanía colativa que instituyó en la parroquia de Santa Maria de tal lugar, dixo: que la referida capellanía está vacante por fallecimiento de Don N. su último poseedor en tantos de este mes, y para que no falte persona que cumpla sus cargas, usando de las facultades que el fundador le confirió, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorga: que nombra por Capellan de la mencionada capellanía á Don N. natural del mismo lugar, Presbítero benemérito, en quien concurren todas las circunstancias que exigió el Fundador para que la obtenga, cumpla sus cargas desde el dia siguiente al de la vacante y comparezca ante el Ilustrísimo Señor Obispo de esta diócesi, ó su Vicario General, pretendiendo que le haga la colacion é institucion canónica, y mande dar la posesion de ella con recudimiento de frutos y obligacion á cumplir las cargas, á que estan afectos sus bienes desde el citado dia; pues el otorgante jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho que para hacer este nombramiento y presentacion no ha intervenido, interviene, ni intervendrá directa, ni indirectamente dolo, dádiva, ni otra especie de simonía, ni pacto ilícito reprobado por los sagrados cánones y disposiciones pontificias; y se obliga á no revocarle ni variarle á ménos que el Señor Provisor no quiera hacer la colacion al

nombrado por justas y legítimas causas que tenga, y el otorgante ignora, para cuyo caso se reserva la facultad de nombrar luego que se las haga saber, al que sea digno, y entre tanto protesta no le corra término, ni se le perjudique en el derecho de presentar, mediante á no constarle que en el nombrado haya defectos para no ser admitidos á la obtencion de esta capellanía. Por tanto á tener por firme este nombramiento en los términos propuestos obliga todos sus bienes y derechos presentes y futuros, &c.

30 Si se hiciese el nombramiento á favor de algun lego para que se ordene á título de la capellanía, se expresará en él. Si la fundacion le prefiniese término, se mencionará en el nombramiento, previniendo que si en él no estuviere ordenado de órden sacro, procederá el patrono á elegir otro con arreglo á la fundacion. Si fuere capellanía mercenaria á título de patronato real de legos ó eclesiástica que llaman memoria de misas, ya sea perpetua, ya amovible á voluntad del patrono, se dará al Capellan en el nombramiento el título de *cumplidor*, y facultad para que durante la voluntad del patrono, ó por toda su vida, segun lo prescriba la fundacion, cumpla las cargas de ella, omitiéndose la cláusula de colacion, porque no viene al intento, y expresando que con solo el nombramiento sea admitido á la celebracion de misas por el Prelado en cuya iglesia se han de decir, si es que la señala la fundacion, pues si no, no es del caso hablar de ella. El juramento de no haber intervenido simonía es necesario así en los nombramientos de capellanías colativas como en los de las mercenarias ó memorias de misas; pues aunque los bienes de estas no son eclesiásticos, son anexos á cosas eclesiásticas por haberse de convertir todas sus rentas en las misas, y la simonía del mismo modo se comete en lo eclesiástico que en lo anexo á él, sin embargo de que algunos afirman lo contrario. En las presentaciones de beneficios, prebendas y otras dignidades eclesiásticas se requiere la misma forma que en las de capellanías colativas. Y es de advertir que si el fundador dexa á la capellanía algun capital de censo redimible, se ha de poner en la escritura de su institucion, „que quando se redima, no entre en poder del Capellan ni patrono, sino que se deposite por la Justicia, á quien competa su conoci-

miento, y con su intervencion y la de aquellos se vuelva á imponer ó emplear en fincas seguras; ,, segun se ha expuesto en la condicion 15 de la fundacion de mayorazgo.

Donacion de capilla.

31 En el nombre de Dios todo poderoso. Amen. Estando en la sala de profundis (*ó como se llame*) del convento de nuestra Señora del Carmen de Observancia de esta villa de tal á tantos de tal mes y año y ante mí el Escribano y testigo el R. P. Fr. Francisco de tal Prior, Fr. Pedro Subprior, y Fr. F. F. y F. (*se podrán todos los que concurran*) todos Religiosos profesos que declaran ser la mayor parte de los que tienen voto de comunidad en él, juntos y convocados á són de campana, segun acostumbran, siempre que tienen que tratar alguna cosa útil á este convento, por sí, y en nombre de los ausentes é imposibilitados de concurrir á este acto, y de sus sucesores, por quienes prestan caucion de que aprobarán el contenido de esta escritura, dixeron: que de las diferentes capillas que hay en las dos naves de su iglesia, les ha pedido Don Carlos de tal vecino de esta villa, le hagan donacion perpetua de la segunda á mano derecha entrando por la puerta principal, para que él, su posteridad y las personas que cada uno de sus sucesores quisiere, puedan enterrarse en ella, estando pronto á dar incontinente de limosna por una vez no solo lo que costó á este convento su fábrica, sino tambien tanta cantidad mas, como asimismo á adornarla á sus expensas con todo lo correspondiente á la decencia y culto divino; y para deliberar dicho P. Prior sobre esta pretension convocó en tres dias y la propuso á los Religiosos expresados, quienes habiéndola reflexionado y conferido entre sí, resolviéron unánimes que se efectuase, y que el P. Prior impetrase licencia del R. P. Mro. Fr. Juan de tal Provincial de esta provincia que se sirvió concedérsela en tal parte tal dia mes y año, firmada de su mano, sellada con el sello mayor de esta provincia, refrendada del P. Mro. Fr. F. Secretario de ella, que original con los tratados canónicos que precedieron, se une á este instrumento para documentarle é insertar en sus traslados, y cuyo literal tenor es el siguiente. (*Se pondrán en párrafos aparte la licencia y tratados por su órden.*)

Y usando los Padres otorgantes de la licencia inserta, de su libre voluntad en la mejor forma que haya lugar en derecho cerciorados del que les compete= Otorgan: que hacen donacion pura, perfecta irrevocable con todos los requisitos precisos para su subsistencia al expresado D. Cárlos de tal, sus hijos, herederos y sucesores de la mencionada capilla con su entrada, segun hoy la tiene, renunciando el derecho de patronato, otro qualquiera que les pertenéce y puede pertenecer en ella, traspasándole para siempre en ellos, y confiriéndoles amplia facultad para que sin licencia ni intervencion de los otorgantes y Religiosos que fueren de este convento la puedan dar y ceder, disponer de ella á su voluntad como de capilla suya adquirida con legítimo y justo título, usarla, hacer en ella sus exêquias, cabos de año, y otros sufragios y fiestas, oir misas y sermones, asistir á los divinos oficios, tener asiento en lugar preeminente, poner sus armas, fundar capellanías, enterrarse y permitir se entierren otras personas, adornarla de retablo, rexa y losa, y hacer todo quanto este convento podia haber hecho hasta ahora y podria hacer en adelante sin limitacion; asimismo tomar cómo y quando quisieren la posesion de ella y de su patronato; y para que no necesiten tomarla judicialmente, formalizan á su favor esta escritura y me piden que dé de ella el citado Don Cárlos copia autorizada, con la qual sin otro acto de aprehension ni aceptacion ha de ser visto haberla tomado; á cuya conseqüencia reciben en este acto del expresado Don Cárlos á presencia mia, de que doy fé, tantos reales por via de limosna que ofreció, en tales monedas que sumadas y suplidas sus faltas, los importaron, y como satisfechos de ellos á su voluntad, formalizan á su favor el mas eficaz resguardo que conduzca á su seguridad. Ademas declaran que la referida capilla está libre absolutamente de todo gravámen y responsabilidad, y se obligan á no donarla, gravarla, ni disponer de ella con ningun motivo ni pretexto, ni revocar, ni exponerse á esta donacion en todo ni en parte, queriendo que en caso de hacerlo se les condene en las costas y daños que por esta contravencion se ocasionen á sus dueños, y que no se les admita en juicio. En esta atencion el expresado Don Cárlos que se halla presente, ha-

biendo oido á la letra y enterádose de esta escritura y donacion; dixo: que la acepta, y en su conseqüencia se obliha por sí y por sus herederos, sucesores y poseedores que fueren de dicha capilla, á tenerla bien cuidada, reparada y adornada de retablo, rexa y de todo lo demas que sea necesario para su aseo, limpieza y decencia, dentro de tanto tiempo contado desde hoy, y si en él no lo cumpliere, ha de poder este convento apremiarle á ello por todo rigor de derecho, é igualmente á la satisfaccion de las costas y perjuicios que se le causen, deferida la liquidacion de todo en su relacion jurada sin otra prueba de que le releva. Por tanto, al cumplimiento de todo lo expuesto obligan dichos Religiosos todos los bienes, rentas, y derechos presentes y futuros de este convento, y el mencionado D. Cárlos los suyos, y los de sus herederos y sucesores: renuncian todas las leyes, fueros y derechos que les favorezcan; y ademas los expresados Religiosos juran por el santo hábito que visten conforme á su estado, observar inviolable y puntualmente todo lo pactado: que no se opondrán á ello en todo ni en parte, ni pedirán la restitucion por entero que, como á comunidad les compete, ni la relaxacion de este juramento; y que aunque de motu propio se la conceda S. S. ú otro Prelado eclesiástico, no usarán de ella pena de perjuros, puesto que este contrato es útil para este convento. En cuyo testimonio así lo otorgan y firman los referidos, á quienes, doy fe, conozco, siendo testigos F. F. y F. residentes en esta villa.

Fundacion de escuela de primeras letras.

132 Don Juan de tal natural de tal parte y vecino de esta villa de tal digo: que habiéndome colmado la Divina Providencia de bienes temporales, y no habiendo por otra parte en el expresado lugar de mi naturaleza ni en otros contiguos á su término como aldeas pobres ninguna escuela de primeras letras, proviniendo de esto que los hijos de sus vecinos se crien y vivan sumergidos en la obscuridad é ignorancia sin poder ser útiles á Dios, á la república, á sus parientes, ni aun á sí propios; para evitar en quanto está en mi mano los daños que pade-

cer, y para manifestar de algun modo mi gratitud á tantos beneficios como su Divina Magestad se ha servido hacerme sin mérito alguno, he deliberado, puesto que carézco de herederos forzosos, fundar dicha escuela, á cuyo fin he construido de planta una casa de cal y canto, firme y muy capaz en el citado lugar con una huerta que le he agregado y cercado, y que ha de habitar y disfrutar el Maestro que fuere de ella; y para que tenga efecto, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorgo: que fundo para despues de mi fallecimiento una escuela perpetua de primeras letras en el mencionado lugar de tal con las condiciones y dotacion siguiente.

El Maestro que hubiere de regentar la mencionada escuela, ha de ser precisamente Christiano Católico, de buena vida y costumbres, y ha de saber leer letra antigua y moderna manuscrita, escribir y contar perfectamente; y para poder obtenerla ha de ser exâminado rigorosamente en todo lo referido y tambien en la doctrina christiana por el Maestro de primeras letras del colegio de tal ciudad y obispado, quien ante Escribano ha de jurar en forma de derecho que ésta hábil y capáz en todo, sobre lo que le encargo la conciencia; y en vista de su aprobacion se le ha de expedir el título de tal por el Señor Alcalde mayor de la expresada ciudad, ó por quien en su nombre regente la jurisdiccion ante Escribano Real ó del Número á su arbitrio: con cuyo título y sin otro documento alguno la han de admitir al uso y exercicio de su ministerio los patronos que elegiré, siendo de su cargo la satisfaccion de los derechos de aprobacion y expedicion del título, por deber acreditar su idoneidad y suficiencia á los patronos para su admision; previniendo que se ha de hacer dicho exámen, aunque haya sido Maestro en otro pueblo, excepto que fuese aprobado para serlo por el de dicho colegio, ó que tenga título del consejo, en cuyos dos casos le relevo de nuevo exámen.

Ha de admitir en su escuela á todos los niños y adultos así del referido lugar como de los de sus inmediaciones y de otras partes que vayan á ella, sin excusa alguna, y enseñarles con amor y perfeccion la doctrina christiana, á leer las letras referidas y la impresa, á escribir y

contar, y á ayudar á misa, ocupándose indispensablemente en su enseñanza seis horas cada dia de trabajo en los meses de octubre y siguientes hasta abril, las quatro por la mañana de ocho á doce, y las dos por la tarde de dos á quatro; y ocho horas desde primero de mayo hasta fin de septiembre de cada año, las cinco por la mañana de siete á doce, y las tres por la tarde de tres á seis, para que de esta suerte los discípulos de los lugares vecinos puedan tener una hora de dia á lo ménos para volverse á sus casas, y se eviten las funestas resultas que de lo contrário podria haber.

Podrá tener pupilos en su casa, como tambien labranza y todo lo demas que qualquiera vecino del pueblo, con tal que por cuidar de esta no falte al cumplimiento de su ministerio; pues si se le impidiere, le han de privar de tenerla los patronos, sin que de la providencia que den en este particular, tenga recurso ni apelacion á Juez alguno, por ser puramente económica y gubernativa, y asimismo mi deliberada voluntad que lo que acerca de esto ordenen, ú ordene el que haya de ellos en el pueblo, si los demas estuviesen ausentes, se execute inviolablemente, á cuyo fin prohibo á todo Juez que tome conocimiento y se mezcle en ello: advirtiendo que los discípulos han de poder ir á la escuela todo el tiempo que quieran sus padres, tios, tutores ó personas baxo cuyo poder se hallen, sin que el Maestro pueda oponerse á ello con el pretexto de que tardan en aprender, puesto que no da Dios á todos iguales talentos.

A mas de lo referido ha de rezar con sus discípulos de rodillas todos los dias por las tardes en la escuela un terccio del rosario, la letanía de la Vírgen, un credo al Espíritu Santo, una salve, y un padre nuestro al Señor San Josef, aplicándolo todo por mi alma, las de mi obligacion, y las del purgatorio: cuyo rezo se anticipará media hora en los meses de noviembre, diciembre, enero y febrero, para que los niños de las otras parroquias puedan regresar á sus casas con tiempo suficiente, y no se priven de esta devocion christiana tan útil que conviene se les infunda y radique diariamente en el alma, á fin de que adquiriendo el hábito desde su infancia, no le pierdan jamas.

Todos los sábados y vísperas de las fiestas principales de nuestra Señora no siendo lluviosos ó frios, ha de ir á rezar con sus discípulos las devociones referidas á la iglesia parroquial, habiendo de tocarse un quarto de hora ántes la campana, por si algun devoto quiere concurrir á ellas; y en dichos sábados en lugar de leccion por la tarde les ha de enseñar solamente la doctrina christiana ántes del rezo, admitiendo indistintamente á qualesquiera personas que quieran ir á oirla y aprenderla, y disolviendo con amor y agrado todas las dudas que les ocurran y le propongan, sin que se pueda excusar á ello, ni pretender le den estipendio ni gratificacion por esta razon.

Ha de enseñar gratuitamente á todos los hijos de vecinos del referido lugar de tal, sin que aunque sean ricos, pueda pedirles judicial ni extrajudicialmente por su enseñanza cosa ni cantidad alguna; pues debe contentarse con la asignacion anual que le hago, sin ocuparlos, servirse de ellos, ni dexar de tener para que aprendan, la misma aplicacion, cuidado y vigilancia que con los que le paguen mensualmente. Pero á todos los de las demas parroquias podrá pedir y llevar el estipendio correspondiente á su trabajo con arreglo al estilo del pais, ó segun se convenga con sus padres, y si no se le satisfacen puntualmente, no estará obligado, ni se le compelerá con ningun motivo á recibirlos en su escuela; como ni tampoco lo estará á dar graciosamente ni á unos ni á otros papel, tinta, ni plumas, pues deberán llevarlo todo de sus casas ó comprarlo no ménos que los libros y procesos en que han de leer y aprender. Y le encargo y ruego encarecidamente que siendo verdaderos pobres y con especialidad hijos de viudas miserables los de las otras parroquias, les trate con la mayor caridad, y no les prive del beneficio de la enseñanza por no pagarle, pues bastante trabajo tiene en serlo, y Dios se lo premiará, como de véras se lo pido.

Siendo justo permitir á los Maestros algun alivio y desahogo de la fatiga que causa la enseñanza, mayormente de niños, quiero que no haya escuela en las vacaciones de Navidad y Pasqua de resurreccion; á saber: desde la víspera de Navidad exclusive hasta el dia de la

Adoracion de los Santos Reyes inclusive, que son trece dias, y desde el Miércoles Santo hasta el dia siguiente al Domingo de Quasimodo que son once dias; ni tampoco en los tres dias de Carnabal y Ceniza. Ademas doy facultad al Cura Párroco y demas patronos para que en el discurso de cada año dispensen al Maestro por via de recreo quince dias mas juntos ó separados, segun le acomode; y mando que si los pidiere, no se le denieguen, ni se le descuente nada de su estipendio, para que en el resto del año trabaje con mayor esmero y aplicacion; pero le prohibo usar de ellos de propia autoridad sin pedirlos, y si lo hiciere, ha de descontársele lo que se dirá en la cláusula siguiente: previniendo que por no pedirlos ni disfrutarlos en un año no ha de tener accion á que se le concedan duplicados en el siguiente, ni aunque los pretenda, se le han de poder conceder; pues todos los demas dias de trabajo del año los ha de emplear indispensablemente en la escuela las horas prefinidas, sin que en ningun otro, aunque sea en el del Santo de su nombre, haya dispensa con pretexto ni motivo alguno, por urgente que sea, á fin de que los discípulos no se atrasen, pierdan el tiempo, ni malgasten sus padres el dinero con ellos.

Si el maestro necesitare hacer alguna ausencia del pueblo por mas tiempo que el de ocho dias continuados fuera de los quince de recreo, sea para negocio propio, sea para recobrar su salud, ó para otro efecto, tenga obligacion de dexar á sus expensas substituto idóneo y de buenas propiedades que evacue su encargo á satisfaccion de los patronos y no dexándole, se le descontarán de su asignacion todo el tiempo que estuviere ausente del pueblo, por cada dia de trabajo seis reales: cuyo descuento ha de ceder en beneficio privativo de la fábrica de la iglesia parroquial del citado lugar; pero no excediendo de ocho dias una vez al año no se le hará ningun descuento, dexe ó no substituto: advirtiendo que no ha poder salir del pueblo, ni estar ausente este tiempo ni otro menor útil sin pedir y obtener licencia por escrito de los patronos, ó del patrono que se halle en él manifestándoles la urgencia; y si se ausentare sin este requisito, ha de hacérsele el des-

cuento de todos los dias que falte, aunque sean festivos, y dexe substituto.

Si cayere enfermo de enfermedad aguda, no se le descontará nada, aunque no haya escuela en un mes; pues siendo bastante grave este trabajo, no quiero se le aumente, sino que goce entera la asignacion para que pueda conseguir mejor su alivio; mas pasado el mes en que la enfermedad puede quitarle la vida ó ceder en un todo, si no hubiese convalecido perfectamente, tenga obligacion de poner substituto, como se ha prevenido; y en el año en que esto sucediere, no pueda pretender los quince dias de recreo, pues quiero que se entiendan inclusos en el mes; bien que los patronos no han de denegarle todo el tiempo que pida y necesite para el recobro de su salud.

Si por ceguera, accidente ó enfermedad crónica se imposibilitare para siempre algun Maestro de continuar en la enseñanza, podrá substituirle un pasante propuesto por los patronos, aprobado como el Maestro, y de iguales circunstancias y suficiencia en su ministerio, vida y costumbres, pagándole aquel la cantidad en que se convengan; y no conviniéndose los dos, han de poder los patronos señalar al pasante lo que estimen correspondiente á su trabajo, procurando siempre que quede al Maestro con que alimentarse. Si el pasante no se conformare con dicho señalamiento, prohibo que se le proponga jamas para Maestro en vacante alguna; pero si se conforma, puesto que es justo se le atienda y remunere, quiero y mando que cumpliendo con su obligacion en todo, sea admitido por Maestro en propiedad por fallecimiento del propietario expidiéndosele título sin que con pretexto alguno pueda contravenirse á esta disposicion, ni pasarse á hacer ninguna propuesta, aunque sea de pariente mio.

Ningun Maestro podrá ser despojado ni removido de la escuela, excepto por abandonar y no cuidar de sus discípulos, ó por no hacer lo que queda expresado, ó aunque lo haga y cumpla en esta parte con su obligacion, por embriagarse, ser blasfemo, ó incontinente, ó tener otro vicio capital que cause escándalo, y dé mal exemplo á los niños y personas timoratas, por cuyas causas ó qualquiera de ellas le han de poder remover de la escuela los patronos, ó

el que haya de estos en el pueblo, aunque sea Sacerdote; mas para ello han de preceder quatro amonestaciones que deberán hacerle, la primera sigilosamente, y las demas á presencia de tres sugetos vecinos del pueblo cada uno; y si aun despues de la quarta amonestacion y conminacion insistiere obstinado en sus excesos, ó en qualquiera de ellos, les concedo ámplia facultad para que le echen de la casa y despojen de la escuela por medio de la Justicia, mandando que no se le permita volver á ella, ni se le oiga ni admita recurso; pues constituyo á los patronos Jueces privativos y únicos sin apelacion, ni Superior que les mande en este caso como puramente económico, gubernativo y respectivo al bien comun.

Para regentar la escuela han de poder los patronos proponer Clérigo de órden sacro, ó secular casado ó soltero, sin que aunque concurran á pretenderla de las tres clases, haya predileccion por razon del estado ó carácter, pues solo se ha de atender á que tenga las circunstancias ántes especificadas; pero si alguno de los pretendientes fuere pariente mio en qualquiera grado, por remoto que sea, obtenga la preferencia á todos, concurriendo en él dichas circunstancias y no en otros términos, á cuya consequencia deberán los patronos admitirle y proponerle, expresando serlo en la propuesta que hagan al Señor Alcalde mayor, sin embargo de que no conste sino por fama pública á los vecinos del mencionado lugar para que se le expida el título; y si no le propusieren, podrá hacer el competente recurso á dicho Señor Juez.

Elijo y nombro por patronos de esta memoria y obra pia, ó patronato real de legos al Señor Cura Párroco que es y fuere del expresado lugar, al pariente mio, ó extraño que posea el mayorazgo que tengo fundado, y al Regidor mayor en edad que hubiese al tiempo de las vacantes en dicho pueblo, y si fuere pariente mio y poseedor del expresado mayorazgo, tenga dos votos: en cuya atencion les confiero ámplias facultades para que juntándose en casa del Señor Cura como persona mas digna por su ministerio y carácter, acuerden hacer las proposiciones de Maestro y substituto en dos ó mas sugetos de las calidades expuestas, á fin de que el Alcalde mayor los remita á exámen, y siendo todos ido-

neos elija al que le parezca sin prelacion. Si todos los propuestos saliesen reprobados, ó despues de la propuesta se descubriere en ellos algun vicio ó defecto capital, han de volver los patronos á proponer todas las veces necesarias hasta que alguno sea aprobado, (pues ninguno ha de ser examinado ni admitido sino á proposicion suya, ni el Alcalde mayor ha de elegir nunca de propia autoridad) y le expida el título competente el Alcalde mayor, ó quien ocupe su lugar en caso de no haberle, ó de estar ausente ó enfermo; desde el dia que tome posesion inclusive, ha de percibir su asignacion y emolumentos, quedando los correspondientes al tiempo en que estuviese vacante la escuela por no haber substituto, á beneficio de la fábrica de la iglesia parroquial del mencionado lugar; y habiéndole como que en este caso es y debe ser conceptuado por Maestro, los percibirá desde el dia siguiente al de la vacante sin desfalco, y con el título del Alcalde mayor y sin otro requisito han de poner los patronos al Maestro en posesion de la escuela y casa en que ha de vivir.

Si al tiempo de la vacante no hubiere patrono de sangre en el pueblo ni apoderado suyo, ni se espera pronto su venida, puedan el Cura Párroco, ó en su defecto el Ecónomo, ó interino, y el dicho Regidor hacer la proposicion, sin que por ausencia ni otro motivo se suspenda mas de un mes; aunque si viviere donde puedan noticiarle la vacante, y enviar él su poder ó venir ántes del mes, deberán participársela inmediatamente, para que acuda ó le remita, y se estimará al apoderado por persona legítima como al patrono mismo.

En remuneracion y paga del trabajo que el Maestro ha de tener en enseñar gratuitamente y sin el menor interes á los niños del expresado lugar, le señalo y mando se le den todos los años doscientos ducados en dinero que le ha de satisfacer íntegros por tercios ó medios años, segun lo pida, la persona que cuide de los caudales de la fábrica de la iglesia, entregándola con órden por escrito de los patronos, ó del que allí hubiere, no de otra suerte, y sino paga con puntualidad, ha de poder apremiársele executivamente. Ademas quiero que viva en la casa que tengo construida, y prohibo que otro alguno pueda habitarla, ni distru-

tar la huerta sino él, y en vacante el interino ó substituto; como asimismo que se pueda destinar para taberna, meson, posada ni otro uso.

La fábrica de la citada iglesia y no los Maestros ha de tener obligacion de hacer los reparos necesarios en la casa y cerca de la huerta con el sobrante de la renta que señalaré para todo; y los patronos han de cuidar de que en tiempo oportuno se hagan, sin dar lugar á que por su retardacion se ocasione alguna ruina y se frusten mis justas ideas; como tambien de que el Maestro la tenga limpia, y de que por su culpa ó omision no padezca decremento ni deterioro, amonestándole sobre ello y apercibiéndole será de su cuenta qualquiera quebranto que por dichas razones suceda en ella.

Si en la expresada casa, ó cerca, ó en ámbas sucediere ruina ó incendio por caso fortuito, mando que la fábrica de la iglesia las reedifique y levante incontinente con intervencion de los patronos; y para que no falte la escuela ni enseñanza, se acomodará el Maestro, miéntras dura la obra y se seca, en la casa mas cómoda que haya en la parroquia, sin que se le suspenda el pago anual de los doscientos ducados por este acaso: habiendo de pagar tambien la fábrica el alquiler que entre tanto devengue, y haciéndose todo con acuerdo é intervencion de los patronos, pues el sobrante de la renta es para este efecto y no otro.

Mediante á que anualmente sobran de la renta que en la actualidad producen los bienes de esta fundacion, ochocientos reales, y que la casa y cerca de la huerta, por estar construidas á toda costa, no necesitarán reparos de consideracion en muchos años, por lo que habrá caudal que poder imponer á censo; mando que el sobrante anual se deposite en un arca de tres llaves que tengo hecha, de las quales ha de tener una el Párroco, otra el Regidor, y la otra el patrono de sangre ó su apoderado: que todos los años dé su cuenta á los patronos el que los administre con apronto efectivo del alcance, sin que en esto haya disimulo; pues los hago responsables á todos y á cada uno insolidum de qualquiera desfalco que por su tolerancia, culpa ó negligencia padezcan las rentas y bienes de esta fundacion: y que el arca se coloque en la iglesia en la pieza en que se hallan las de los

caudales de esta. Asimismo mando que en la propia arca se pongan los títulos y papeles que correspondan á esta obra pia, y que cada diez años ó ántes se emplee el sobrante líquido en bienes raices, ó se imponga á censo en beneficio y aumento de ella. Ademas prohibo que dicho caudal se preste, que se haga de él otro uso fuera del expresado, y que en esto se pueda dispensar.

Atendiendo á que los patronos que he nombrado, y el administrador de los bienes de esta fundacion que ha de ser el de los de la fábrica, son dignos de recompensa por su trabajo, señalo á este el cinco por ciento de lo que anualmente cobre, y á cada patrono sesenta reales anuales que deberán percibir al tiempo que tomen la cuenta al Administrador, quien ha de dotárselos en ella para que el sobrante se deposite en el propio acto con la cuenta en el arca; pues de ningun modo permito se quede en poder del Administrador, al qual han de poder apremiar á darla y á aprontarle para dicho efecto por todo rigor de derecho y via executiva, y de su omision en esto los constituyo responsables.

Por quanto pueden ocurrir algunas cosas que yo no haya tenido presentes ni de consiguiente prevenido, doy amplia facultad á los patronos para que resuelvan sobre ellas como fieles intérpretes de mi voluntad lo que yo resolveria y sea mas conveniente para el servicio de Dios, incremento y permanencia de esta obra pia y sus bienes, y utilidad de los parroquianos del mencionado lugar de tal y sus confinantes, tomando consejo de hombres doctos y timoratos en lo que el suyo no baste, y procediendo con su acuerdo; aunque acerca de lo especificado aquí les prohibo toda alteracion, interpretacion y tergiversacion.

Con estas calidades, condiciones y dotacion anual fundo la expresada escuela de primeras letras en dicho lugar de tal, y para su dotacion aplico tales bienes (*se especificarán por menor con sus títulos y linderos*) con cuyo producto que actualmente es tanto cada año, se han de satisfacer los doscientos ducados al Maestro, los ciento y ochenta reales á los patronos, y al Administrador su trabajo, y asimismo hacer los reparos en la casa y cerca. En esta atencion renuncio para siempre por mí, y por mis herederos y sucesores el dominio, posesion y demas derechos que me com-

peten en los referidos bienes, cediéndolo todo en favor de esta memoria y fundacion, á cuyo fin le hago una donacion pura y perfecta de ellos obligándome á no revocarla, y si lo hiciere, sea nulo, puesto que no es inmensa, por quedarme bienes bastantes para mi manutencion. Declaro que los mencionados bienes son libres, y estan exêntos de toda carga perpetua y redimible, y prohibo que se puedan dividir, gravar, trocar, hipotecar, ni enagenar de ninguna manera, y si lo contrario se hiciese, aunque sea con la mira de mejorar y aumentar esta fundacion, sea de ningun valor como hecho contra esta prohibicion y por personas que carecen de facultades para ello. Asimismo prohibo que sus rentas se empleen en otros usos que los expresados. Doy amplias facultades á los patronos para que tomen posesion de este patronato y empiecen desde hoy á exercer las funciones de su ministerio sin mi intervencion, á fin de que en mi vida tenga yo el gozo de ver sus progresos, y puestas en execucion mis piadosas ideas é intenciones: reservándome como me resesvo declararles y disolverles las dudas que les ocurran y me propongan sobre su contenido, y añadir, corregir y alterar las condiciones con que se ha fundado esta memoria, y poner otras á mi arbitrio en contrato ó última voluntad. Y mando que de esta escritura se ponga una copia en el arca de tres llaves, otra en el archivo de papeles del ayuntamiento del citado pueblo, y que los patronos tengan otra para observar lo ordenado en ella, segun ocurra el caso. Por tanto á la observancia de lo expuesto obligo mis bienes, &c. (*Aquí las cláusulas generales y la toma de razon en la oficina de hipotecas.*)

Fundacion de memoria para casar huerfanas.

33 Don Alexandro de tal natural y vecino de esta villa digo: que mi hermano Don Pedro me instituyó único y universal heredero en el testamento que otorgó en esta villa á tantos de tal mes y año ante tal Escribano, baxo del qual falleció; y mediante á que para mantenerme decentemente no necesito de su herencia, por haberme colmado la Providencia divina de bienes temporales; como asimismo á que en esta villa y lugares de su jurisdiccion hay muchas

doncellas huérfanas hijas de padres honrados y pobres que por falta de dote no toman estado, y se hallan expuestas á las contingencias que traen la indigencia y miseria; he deliberado con maduro acuerdo y sano consejo, puesto que carezco de herederos forzosos, desprenderme enteramente de todos los bienes raices que dexó mi hermano, y fundar con ellos una memoria para dotar dichas huérfanas, considerando que así se evitarán muchas ofensas á Dios, se redimirá su infelicidad, se aliviarán las ánimas de mis mayores, las de mi hermano y las demas del purgatorio, se fomentará la propagacion en que tanto se interesa el Estado; como tambien que esta obra pia será mas acepta á los divinos ojos que otra alguna por las mayores utilidades espirituales y temporales que resultarán de ella; y poniéndolo en execucion, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete = Otorgo: que desde hoy para siempre fundo á título de patronato real de legos una memoria y obra pia puramente laical para dotar doncellas huérfanas pobres hijas de padres honrados vecinos de esta villa y lugares de su jurisdiccion; y para su dotacion consigno los bienes raices que heredé de mi hermano y son los siguientes. (*Se especifican los bienes en §. aparte como en la fundacion de mayorazgo.*)

Estos bienes son los que dexó el referido mi hermano y que como á su único heredero me pertenecen en posesion y propiedad. Declaro estan libres de toda especie de carga, responsabilidad y gravámen, y que producen tantos mil reales al año: prohibo que se puedan acensuar, hipotecar, dividir, vender, ni enagenar en ninguna manera ni con motivo alguno, por grave y urgente que sea; y mando que esten unidos perpetuamente y que su renta se distribuya con arreglo á las condiciones siguientes.

Las huérfanas que pretendan ser nombradas para la obtencion de estas prebendas ó dotaciones, han de acreditar á los patronos que elegiré, que son hijas de vecinos de esta villa, ó de alguno de los lugares de su jurisdiccion, hayan nacido ó no en ellos: que su padre ha fallecido, que tienen quince años á lo ménos de edad, y que estan solteras; pues prohibo se las nombre careciendo de alguna de estas qualidades. Para hacer constar su edad, celibato y orfandad han de presentar con el memorial en que soliciten el nombra-

miento, las certificaciones ó documentos correspondientes, sin cuya presentacion mando que no se les admita; aunque á las parientas mias en qualquiera grado de consanguinidad dispenso la qualidad de hijas de vecino.

Para dar las dotes no se han de dexar llevar nunca los patronos de empeños, distinciones aereas, ni respetos mundanos, en cuya atencion si concurriesen á un tiempo huerfanas nobles y plebeyas, y la renta de aquel año no alcanzare para dotar á todas, mando que echen suertes; pues prohibo expresamente toda preferencia por razon de nobleza. Si de las dos clases concurrieren de varias edades, entresaquen de ambas las mayores en edad y sorteen entre estas las prebendas que por aquella vez haya segun la renta líquida existente.

En concurso de muchas pretendientas sean preferidas las mayores en edad como mas cercanas á tomar estado, y las que pretendan ser Religiosas á las que quieran casarse; pero siendo parientas mias se han de preferir á todas las extrañas indistintamente, quieran entrar en religion, ó casarse, y entre ellas se observará tambien la prelacion de edad y estado prevenida respecto á las extrañas sin diferencia.

Si varias hermanas hijas de vecino ó vecinos de esta villa, ó de alguno de los lugares de su jurisdiccion huerfanas y pobres, parientas mias ó extrañas, pretendieren ser nombradas para el goce de estas prebendas, mando que se admita á todas, acudan á un tiempo ó en diversos; pero prohibo que si alguna falleciere sin tomar estado, se aplique su dotacion á sus hermanas, pues mi ánimo es que ninguna parienta ni extraña obtenga mas que una prebenda.

Aunque algunas pretendan la dotacion para tomar estado determinado, y luego por haberlo reflexionado mejor ó por otro motivo tomen otro, no por esto ha de dexar de pagárseles una vez nombradas, como si la hubieran pretendido para ambos.

Quando por la concurrencia de muchas pretendientas en un año quedaren algunas de esta villa, sean ó no parientas mias, sin ser nombradas á causa de faltar caudal para todas, guardará el Secretario de esta obra pia sus memoriales y papeles para el siguiente, expresándose así con sus nombres en el acuerdo; y en la primera junta que se celebre, se

las nombrará con preferencia á otras, aunque en el intermedio hayan tomado estado, puesto que acudieron en tiempo á solicitar las prebendas; pero de este privilegio no han de gozar las hijas de los pueblos confinantes á quienes no tocáre la suerte en el caso que se expresará en la cláusula y condicion que tratará de ellas.

Queriendo evitar todo escrúpulo y duda que podrian tener los patronos sobre quales huerfanas se han de reputar por pobres para tener derecho á las prebendas de esta memoria, mando se estimen por tales todas las que en bienes raices, ó en censos, alhajas, ó dinero no tengan tanto quanto importe la prebenda que soliciten, aunque el valor de la ropa de su casa y uso lo valga; pues no obstante que las mas pobres deben ser preferidas siempre á las que lo son ménos, no limito tan estrechamente á los patronos las facultades; y aunque en esta parte no procedan con rigoroso exâmen, siempre que las mas pobres sean atendidas primero, los relevo en quanto á las demas fuera de este caso de toda responsabilidad, por preponderar mas el acomodo de las huerfanas, que el que se den las prebendas á las que no son tan necesitadas, sin perjuicio de las mas pobres.

Si en algun año ó años no acudieren hijas de vecinos de esta villa y pueblos de su jurisdiccion huérfanas y pobres, ni parientas mias á solicitar nombramientos, quiero que el producto de los bienes de esta memoria se emplee en su reparo ó aumento; y no habiendo reparos que hacer, podrán nombrar huerfanas pobres hijas de los pueblos confinantes á los de esta jurisdiccion y no á otras, excepto que no las haya en ellos; para lo qual el Secretario de esta memoria, precedido acuerdo de los patronos é informe del administrador en quanto á si hay ó no reparos que hacer, y no de propia autoridad, deberá pasar papeles de aviso á los Curas Párrocos de ellos, encargándoles lo hagan saber á las huerfanas de sus feligreses y les señalen el término de un mes perentorio para que por su mano acudan á pretender las prebendas con certificaciones de pobreza, partidas de bautismo y orfandad. Siendo tantas las pretendientas que no haya caudal para todas, harán los nombramientos en las mayores en edad; y si no hubiere ni aun para estas, las sortearán y se devolverán sus papeles á las que haya exclui-

do la suerte; pues no les concedo el privilegio de que sean atendidas para el año siguiente como las hijas de vecino y parientas mias; y para proceder á este nombramiento elegirán los patronos el dia que les acomode despues de pasado el mes siguiente á la junta que por Pentecostés, ó en su octava han de celebrar indispensablemente para el de las hijas de vecino y parientas mias, como se dirá.

En ningun año han de poder nombrar los patronos mas huerfanas que las que correspondan á la renta líquida que hayan producido en él los bienes de esta memoria y se halle existente; en cuya atencion se tendrán por nulos los nombramientos que se hagan de mas, sin embargo de que en el arca haya caudal perteneciente á otras nombradas anteriormente que todavía no hayan tomado estado, ni despues de su nombramiento pasados diez años; pero si algunas de las pretendientas que hayan quedado excluidas, estuvieren próximas á tomarle, permito se las nombre, y que á su tiempo se les haga pago del referido caudal depositado, reemplazándole ó reintegrándole en el año siguiente, y dexando de nombrar otras hasta que se verifique el reintegro total del extraido del arca ó depósito; pues las que esten próximas á casarse ó á profesar, han de ser preferidas á las demas no solo en el nombramiento sino tambien en el pago de sus dotaciones; y si hubieren pasado los diez años, podrán nombrar sin calidad de reintegro tantas quantas sean las que en ellos no hubiesen tomado estado, y á quienes hubiera pertenecido el caudal depositado.

La renta líquida que produzcan en cada un año los bienes de esta memoria, deducidas las propinas de los patronos y del secretario, el salario del administrador, y demas gastos y derechos que se expresarán, se ha de emplear indispensablemente en prebendas ó dotaciones de á doscientos ducados por una vez y no ménos para cada huerfana soltera hija de vecino de esta villa ó de alguno de los pueblos de su jurisdiccion: de á trescientos para parientas mias tambien por una vez y nada ménos, y de ciento únicamente en todas ocasiones á cada hija de los pueblos confinantes; cuya cantidad se deberá entregar á todas en dinero efectivo y no en otra especie sin demora alguna, otorgando quien tenga su poder ante el Secretario de esta memoria carta de pago á

favor de ella y de su administrador, y entregando el nombramiento y certificacion del estado que eligieron sin otro documento, mediante á que al tiempo que se las nombró, presentaron los demas; y para que se les mande pagar, han de presentar memorial á los patronos con la certificacion del estado que tomaron, solicitando el pago, al que se deferirá incontinente, y sin cuyo requisito no deberá hacerlo el administrador, aunque tenga caudal en su poder.

Si en alguno ó mas años despues de baxados los derechos, propinas, prebendas y demas gastos que ocurran, quedare algun residuo que no llegue á cien ducados, se distribuirá la mitad en misas por mi alma, la de mi hermano, las de mi obligacion y del purgatorio que incontinente mandarán celebrar los patronos á Sacerdotes pobres seculares de esta villa, dándoles por la limosna de cada una doble estipendio que el asignado por la sinodal ó costumbre; y la otra mitad se dará al hospital de ella, recogiendo el administrador los correspondientes recibos de todo, y expresándose su distribucion en el libro de acuerdos; mas si el sobrante llegare á cien ducados, se reservará para la mitad de una dotacion en el año siguiente.

Por quanto los bienes de esta fundacion producen actualmente tantos mil reales al año, y con arreglo á este producto quedan señaladas las dotaciones, quiero que si se menoscabare su renta, se baxen á proporcion en el solo caso de que por acudir varias pretendientas á un tiempo no haya para todas; pues si hubiese para las que ocurran, nada se les ha de descontar no obstante la minoracion de renta: á cuyo efecto ántes de hacer los nombramientos se verá por la cuenta del administrador que ha de preceder, qué caudal hay existente y vencido sin cobrar.

Para que el caudal distribuido no esté detenido infructuosamente sin servir de utilidad á las huerfanas, ni la tardanza de las nombradas en tomar estado perjudique á las que tal vez por no haberle quando pretendieron su dotacion, no lo fueron; mando que si dentro de los diez años siguientes al dia de su nombramiento no se hubiesen casado ó entrado en religion, se tengan por excluidas, sean ó no parientas mias, y que aunque soliciten reeleccion, no se las reelija, excepto que acrediten entónces estar tratadas de ca-

sarse, y con quién, ó ser novicias en algun convento, en cuyo caso, hayan pasado pocos ó muchos años, no solo se las ha de reelegir sino tambien pagar sus dotaciones con preferencia á otras posteriores indistintamente, como si no hubieran pasado los diez años ni los posteriores á ellos; y para que no sean perjudicadas ni aleguen ignorancia, deberá el Secretario expresarlo así en los nombramientos ó acuerdos, como tambien en las certificaciones que les dé; á cuya conseqüencia si lo omitiere, le constituyo responsable á reintegrarlas con su propio caudal del importe de las prebendas á que fueron nombradas, para lo qual ha de poder apremiársele por todo rigor; y sin hacer dicha prevencion en los acuerdos no los han de firmar los patronos. Por tanto para evitar confusion y dudas, y para que se sepa quales hán tomado ó no estado, ó muerto sin tomarle, pondrá el Secretario en el libro de acuerdos al márgen del nombramiento de cada una la competente nota de las que le tomaron, ó se sepa que fallecieron solteras.

Para el nombramiento de huerfanas se han de juntar los patronos una vez por lo ménos al año en la celda del R. P. Prior que fuere de tal convento órden de tal Santo de esta villa en uno de los dias de Pasqua de Pentecostés ó dentro de su octava precisamente, sino es que por enfermedad, ausencia ú otro motivo grave no pueda ser, en cuyo caso deberá hacerse inmediatamente que haya cesado; pues la eleccion ó nombramiento se ha de hacer indispensablemente por todos en junta y no por uno ó dos solos, ni fuera de ella, exâminándose entónces los papeles de las pretendientas que debe llevar inspeccionados el Secretario de esta memoria para dar cuenta á los patronos de lo que resulte de ellos sin añadir, quitar, omitir, ni disimular cosa alguna, procediéndose en todo con pureza y justificacion, y atendiéndose tan solo al cumplimiento literal de mi voluntad, de lo que hago responsables á los patronos y al Secretario en la parte que les toca. Si ocurre duda acerca del derecho de las pretendientas y sus papeles, mando se esté al voto de dos de los tres patronos que elegiré, quienes en esta parte mas bien han de mostrarse siempre piadosos que proceder con rigor.

Ademas de dicha junta deberán los patronos celebrar las que se ofrezcan para tomar cuentas al Administrador y

otras cosas que ocurran, segun lo exîjan la necesidad, utilidad, conservacion y aumento de esta obra pia; y si á algunas no pudieren concurrir alguno de los patronos por sí ni por su apoderado, valga lo que resuelvan los otros dos y no el uno solo. Tendranse estas juntas, quando parezca oportuno á los patronos, con tal que en cada año se tomen cuentas al Administrador, quien dos meses ántes que se celebren las de dotar huerfanas, las ha de presentar al secretario para que este como fiscal que le constituyo suyo, tenga tiempo de exâminarlas, instruya á los patronos de lo que resulte de ellas, oponiendo los reparos que advierta, y se sepa qué caudal exîste y se puede distribuir entre las huerfanas.

Los nombramientos de huerfanas que se hagan se sentarán en un libro de á folio en pergamino y foliado que ha de haber para este único objeto, con expresion de sus nombres y apellidos, los de sus padres, su edad y vecindario que resulten por los documentos que al tiempo de pretender presenten para su admision, debiendo firmar los patronos y autorizar el secretario los nombramientos, juntas y acuerdos que se celebren para ellos y lo demás que se ofrezca. Para la aprobacion de cuentas del Administrador y otras resoluciones que acerca de lo que ocurra convenga tomar, habrá otro libro igual en que se extenderán del mismo modo para evitar confusiones. Ambos libros han de estar en poder del Secretario, quien siempre que los patronos ó qualquiera de ellos quieran verlos, se los entregará, recogiéndolos luego que se cercioren de lo que intentan saber; y lo mismo digo de las cuentas del Administrador y otros papeles que le pidan con el propio fin, pues no deberá excusarse á su manifestacion con ningun pretexto.

Como es indispensable que haya persona que administre, arriende y cuide de los bienes de esta fundacion, cobre sus productos y siga los pleytos que ocurran, doy ámplias facultades á los patronos para que elijan Administrador que sea precisamente vecino de esta villa, lego, llano y abonado, y no pariente por afinidad ni consanguinidad de ellos, ni del Secretario de esta memoria, y le conferirán poder bastante para todo lo referido ante el expresado Secretario; pero ántes ha de asegurar la administracion con

bienes raices libres de toda carga y gravámen que se hipotequen especialmente á su responsabilidad, y cuyo valor en venta ascienda á tantos mil ducados, acreditando esto ante la Justicia Real de ella que con su anuencia apruebe la fianza; despues de cuya aprobacion que les ha de hacer constar, y no ántes ni de otra suerte, procederán á conferirle dicho poder y por su trabajo le señalarán el diez por ciento de lo que en cada año cobre de sus rentas.

En el nombramiento de administrador mando se conformen los patronos, y si discordaren, doy facultad al de sangre ó á su apoderado para que proponga tres de las calidades expuestas, de los quales deberán los compatronos elegir uno, y admitirle la Justicia, dando la referida fianza á su satisfaccion; y si por carecer de dichas circunstancias fuesen excluidos, propondrá otros. Mas una vez electo y aprobada su fianza no podrán removerle sino por mala versacion de caudales, por negligencia ó malicia en la cobranza, por no cuidar de los bienes de esta fundacion, por resistirse á dar su cuenta al tiempo prefinido, ó por no aprontar el alcance para depositarle en el arca al tiempo de su aprobacion.

El administrador no podrá hacer ningunos pagos sin expresa órden de los patronos acordada en junta que celebren, ni tampoco reparos mayores que excedan de cien reales, y si los hiciere, no se le han de abonar, siendo ademas preciso para esto que presente los documentos justificativos. Si por estar corrientes sus cuentas se las aprobaren, mandarán al Secretario le dé la correspondiente certificacion de solvencia en cada año; y siempre que los patronos le llamen á junta para instruirse de alguna cosa, deberá asistir sin excusa y dar razon de lo que se le pregunte, é informar por escrito si se lo mandaren; pues si no lo hiciere sin estar enfermo ó impedido, podrán removerle tambien por esta causa.

Si los patronos no quisieren tomar las cuentas al administrador ó aprobarlas estando arregladas, ha de poder presentarlas para su aprobacion á la Justicia Real de esta villa, la qual y no la Eclesiástica ha de conocer de todos los negocios de esta memoria como puramente laical.

El caudal líquido que cada año produzcan las rentas de

esta memoria, no ha de estar en poder del administrador, sino depositado en el arca que dexaré hecha con quatro llaves para que le tengan pronto las dotadas, y no se las perjudique con la dilacion en la entrega: de cuyas llaves tendrán tres los patronos y otra el secretario, y siempre se juntarán para meter ó sacar dinero notándose y poniéndose esto por acuerdo: de manera que solo permito dexen en poder del administrador lo que sea preciso para emplear inmediatamente en algunos reparos, ó en pagos de prebendas que se deban y esten mandadas pagar, dando salida justificada de ello en la cuenta primera del año siguiente en que se deberá cargar, y de lo que sea dar resguardo separado en el mismo acto, para que se le haga cargo de su importe.

Si se redimiere algun censo de los pertenecientes á esta memoria, ha de depositarse su capital con intervencion de la Justicia y de los patronos en dicha arca hasta que con la misma se vuelva á imponer ó emplear en la compra de fincas raices útiles; y los patronos, no el administrador, han de otorgar la redencion del censo que de ningun modo entrará en poder de ellos ni del secretario, ni se podrá prestar con intereses ni sin ellos. El arca ha de estar siempre en el archivo del citado convento de tal, á quien se dará anualmente por custodiarla tantos reales. Para la seguridad de la nueva imposicion del censo se han de baxar de todas las cargas perpetuas y redimibles á que esten afectos los bienes que se han de hipotecar, como tambien diez años de sus réditos, el capital del censo, y otros diez años de los de este; y si hechas estas deducciones hubiere de sobrante la mitad, ó al ménos la tercera parte del valor justo de dichos bienes, se otorgará el censo, no de otra manera; y si los patronos le otorgasen y se perdiere, los hago responsables á todos y á cada uno insolidum del importe de su capital, réditos y daños que se sigan á la memoria por su indebida condescendencia.

Como mi intencion es que esta memoria sea perpetua y que en vez de deteriorarse sus bienes vayan en aumento, mando que si necesitaren reparos, se hagan con productos y no con su capital, y que si por los gastos hechos en ellos no hubiere caudal para dotar las huerfanas, no se nombren hasta que le haya, sean ó no parientas mias, y

aunque se hallen próximas á tomar estado. Y asimismo mando que en el caso de no comparecer ningunas huerfanas ni haber reparos que hacer se emplee el producto de los bienes de la memoria en fincas raices para su incremento con las propias condiciones como agregadas á las de su dotacion.

Para nombrar huerfanas, elegir administrador, tomarle cuentas, y para todo lo demas que se ofrezca, me nombro por patrono único durante mi vida, ó por el tiempo de mi voluntad, reservándome el administrar los bienes de esta fundacion; y para despues de mis dias nombro por patrono perpetuo al pariente mio que sucediere en tal mayorazgo, sea varon ó hembra; y si por extincion de los llamados á su goce quedaren libres sus bienes, entrará al de este patronato con las mismas prerogativas el Párroco de esta villa. Por compatronos elijo al Prior que fuere del citado convento y al Regidor por el estado noble, ó sino le hay, al del estado general de ella; y habiendo dos de este, al mayor en edad, y si lo fuere el que posea dicho mayorazgo, tendrá dos votos. Por secretarios perpetuos nombro al presente Escribano del Número y á los que le sucedan en su oficio, donde ha de estar radicada siempre esta memoria: por manera que los nombramientos, acuerdos, imposiciones, fianzas del Administrador, aprobacion de sus cuentas y todo lo demas que ocurra perteneciente á esta memoria, pase ante ellos y no ante otros, habiendo de estar sus libros y papeles juntos, archivados y custodiados con seguridad para que no se pierdan ni deterioren, y para que quando se ofrezcan, se hallen las razones que se necesiten y se evite toda confusion.

Por el trabajo, zelo y cuidado que los patronos y el secretario han de tener en todo lo expresado, señalo de las rentas de esta memoria á cada patrono tanta cantidad anual y al secretario tanta, mandando ademas se paguen á este de dichas rentas tantos reales por cada certificacion que dé á las huerfanas nombradas, y que nada pueda tomar de estas por ellas; pero si las perdieren y pidieren otras, han de pagarle iguales derechos por las que les dé, debiendo asimismo satisfacerle con arreglo al Real arancel los de las cartas de pago que otorgen las que tomen estado; y sin embargo de que

por algun motivo, qualquiera que sea, se minoren las rentas de esta fundacion, quiero que los patronos y el secretario no dexen de percibir íntegra la asignacion anual que les he hecho, puesto que su trabajo ha de ser el mismo; así como si se aumentaren, no han de poder percibir mas tampoco.

Con dichas condiciones fundo esta memoria y obra pia; y para que desde hoy empiezo á tener efecto y las huerfanas principien á experimentar beneficio, le hago gracia y donacion pura é irrevocable de todos los bienes que quedan especificados, renunciando por mí, y por mis herederos y sucesores todo el derecho que tengo en ellos, y confiriéndole ó confiriendo á quien la represente ámplias facultades para que despues de mis dias tome la posesion de ellos que en virtud de esta escritura le corresponde, aunque no quiero quedar obligado en ningun modo á la evicion y saneamiento de los expresados bienes. Ademas reiterando la reserva que he hecho de usar de este patronato por mí solo durante mi vida, y haciéndola tambien de añadir, quitar, enmendar y mudar á mi arbitrio en contrato ó en última voluntad las condiciones con que se ha formalizado esta fundacion, siempre que lo estime útil; me obligo á no revocarla, y si lo hiciere, sea de ningun valor; y mando que en el arca de quatro llaves se ponga una copia de esta escritura con los títulos de pertenencia de los referidos bienes, donde han de estar perpetuamente; y que se saque otra para tenerla siempre presente en las juntas y proceder exâctamente con arreglo á su tenor. Por tanto, á la observancia de lo expuesto obligo todos mis bienes, &c. (*Aquí las cláusulas generales y la toma de razon en la oficina de hipotecas.*)

34 Las copias de las escrituras de fundaciones de patronatos, aniversarios, capellanías y memorias perpetuas, y la de donacion de capilla se han de sacar en pliego del sello mayor y en el intermedio comun: las de nombramiento de Capellan en el del tercero, y si es de alguna prebenda, canonicato, ú otra dignidad, en el del primero, ó mayor.

Apéndice de las Reales órdenes modernas pertenecientes á este capítulo.

Cédula de 25 de Septiembre de 1798. = Don Cárlos, &c. Sabed: que de mi Real órden se remitió al mi Consejo en diez y nueve de este mes... copia del Real decreto.... cuyo tenor es como sigue. = Continuando en procurar por todos los medios posibles el bien de mis amados vasallos en medio de las urgencias presentes de la Corona, he creido necesario disponer un fondo quantioso que sirva al doble objeto de subrogar en lugar de los Vales Reales otra deuda con menor interes é inconvenientes, y de poder aliviar la industria y comercio con la extincion de ellos, aumentando los medios que para el mismo intento estan ya tomados; y siendo indisputable mi autoridad soberana para dirigir á estos y otros fines del Estado los establecimientos públicos, he resuelto despues de un maduro exâmen se enagenen todos los bienes raices pertenecientes á hospitales, hospicios, casas de misericordia, de reclusion y de expósitos, cofradías, memorias, obras pías y patronatos de legos, poniéndose los productos de estas ventas, así como los capitales de censos que se redimiesen, pertenecientes á estos establecimientos y fundaciones, en mi Real Caxa de Amortizacion baxo el interes anual de tres por ciento, y con especial hipoteca de los arbitrios ya destinados, y los que sucesivamente se destinaren al pago de las deudas de mi Corona, y con la general de todas las rentas de ella, con lo que se atenderá á la subsistencia de dichos establecimientos, y á cumplir todas las cargas impuestas sobre los bienes enagenados, sin que por esto se entiendan extinguidas las presentaciones y demas derechos que correspondan á los patronos respectivos, ya sea en dichas presentaciones, ya en percepcion de algunos emolumentos, ó ya en la distribucion y manejo de las rentas que produzcan las enagenaciones, que deberán hacerse por los medios mas sencillos, subdividiéndose las heredades en quanto sea posible para facilitar la concurrencia de compradores y la multiplicacion de propietarios, executándose las ventas que por esta vez serán libres de alcabalas y cientos, en pú-

blica subasta con prévia tasacion. Tambien quiero, que de estas reglas se exceptuen aquellos establecimientos, memorias y demas que va expresado en que hubiere patronato activo ó pasivo por derecho de sangre, en los quales los que por la fundacion se hallaren encargados de la administracion de los bienes, tendrán plenas facultades para disponer la enagenacion de ellos, poniendo el producto en la Caxa de Amortizacion con el rédito anual de tres por ciento, sin que para esto sea necesaria informacion de utilidad, por ser bien evidente la que resulta. Es tambien mi voluntad, que si en algunas de las fundaciones dichas, cuyos bienes se enagenen, hubiesen cesado sus objetos, se lleve razon separada del adeudo de los mismos intereses, que se retendrán en calidad de depósito hasta que Yo tenga por conveniente su aplicacion á los destinos mas análogos á sus primeros fines, y que se invite á los muy Reverendos Arzobispos y Reverendos Obispos, y demas Prelados eclesiásticos, seculares y regulares, á que baxo igual libertad que en los patronatos de sangre y obras pias laicales promuevan espontaneamente por un efecto de su zelo por el bien del Estado la enagenacion de los bienes correspondientes á capellanías colativas ú otras fundaciones eclesiásticas, poniendo su producto en la Caxa de Amortizacion con el tres por ciento de renta anual, y sin perjuicio del derecho del patronato activo y pasivo, y demas que fuese prevenido en las fundaciones y erecciones de dichos beneficios. Ultimamente quiero que este expediente se pase al Ministerio de Hacienda, para que por él se tomen las disposiciones mas sencillas, menos costosas y mas conducentes á la execucion de lo que va mandado.

Cédula de 21 de octubre de 1800.=Don Cárlos, &c. Ya sabeis que entre los arbitrios antiguos y que de nuevo se aplican en el artículo 3.º de la Real pragmática de treinta de agosto de este año para la consolidacion de los Vales Reales, su extincion y pago periódico de intereses, se incluye el producto que rindieren las ventas de los bienes de obras pias, patronatos, cofradías, hermandades, de los colegios mayores, y demas que contienen los Reales decretos de diez y nueve de septiembre de mil setecientos noventa y ocho; previniéndose que estas ventas se continuarán ba-

xo la autoridad del mi Consejo, y con arreglo á las instrucciones que con presencia de las hasta aquí comunicadas prescribiere para que cedan en mayor utilidad del fondo y del Estado. Conociendo la comision gubernativa de consolidacion de Vales la urgente necesidad de publicarse las referidas instrucciones, para que por falta de ellas no se detenga el impulso dado á las ventas en todas las provincias del reyno, combinándose al propio tiempo el interes de los establecimientos piadosos con la comun utilidad que ha de resultar de las extinciones de Vales, hizo presente al mi Consejo en veinte y uno de septiembre lo que le pareció conveniente en el asunto, acompañando un reglamento que en su dictámen aseguraba estos objetos, y removia las dudas y dificultades que habian ocurrido hasta aquí en la execucion de la Real instruccion de veinte y nueve de enero y su Adicional de veinte y siete de diciembre de mil setecientos noventa y nueve, y para cuya decision se habian expedido órdenes y providencias particulares segun la ocurrencia de los casos. Exâminado y reconocido por el mi Consejo el reglamento que se expresa, y teniendo presente lo expuesto por mis Fiscales, le pasó á mis Reales manos en consulta de veinte y ocho del propio mes de septiembre; y por Real resolucion á ella publicada en diez y seis de este mes he venido en conformarme con su parecer, y mandar se observe y guarde el reglamento siguiente.

REGLAMENTO.

1 Todo vasallo, cuerpo ó comunidad que no hubiere dado al respectivo Juez Eclesiástico ó Real de su domicilio razon puntual de los bienes raices de su cuidado y administracion, pertenecientes á los establecimientos pios de que trata el Real decreto de diez y nueve de septiembre de mil setecientos noventa y ocho, inserto en la Real cédula de veinte y cinco del mismo, la presentará inmediatamente, en el concepto de que pasados treinta dias que se contarán desde el de la publicacion por edictos de esta providencia, sin haberlo hecho, procederán los Jueces Reales á la enagenacion de dichos bienes.

2 Al Juez Eclesiástico se dará la de los bienes espiritualizados, de que ha de conocer privativamente, y al Real la de todos los demas; y para asegurarse de la exâctitud de estas manifestaciones, ó por si se omitiere hacer alguna, procurarán adquirir las noticias convenientes por las escribanías y archivos de cada pueblo, por el catastro, equivalente, Real contribucion, y talla en la Corona de Aragon é isla de Mallorca: por los papeles de la única contribucion en las provincias de Castilla y Leon, y en todas por las tablas y libros de memorias: por los Curas Párrocos, Visitadores eclesiásticos y mayordomos de fábrica, y por los administradores y arrendatarios de las mismas fincas pertenecientes á establecimientos piadosos.

3 Estas noticias no se extenderán á los bienes raices de iglesias catedrales, parroquiales, ni colegiatas, ni á los de sus cabildos y comunidades religiosas, cuyo dominio ó propiedad corresponda á los mismos cuerpos ó iglesias, aunque sea con alguna carga piadosa, porque de estos no trata el citado Real decreto; pero sí comprehende todos aquellos que pertenezcan á qualquiera fundacion piadosa de que cuiden, sin embargo de que los tengan incorporados con los suyos propios, distribuyan sus rentas en sufragios, en el culto ú en otras obras de caridad, y perciban alguna porcion por ello ó por administracion, propina de patrono, ó por otra razon semejantes como tambien los que hayan adquirido con capitales procedentes de los mismos establecimientos piadosos; y si alguna finca hubiere que se haya comprado con caudales de estos establecimientos, y de los de dichas iglesias, cuerpos ó comunidades, que no admita cómoda division, se incluirá quando la mayor suma correspondiere á los establecimientos piadosos.

4 Tampoco se extenderán las investigaciones á los bienes de patronatos por derecho de sangre, cuyos poseedores como los de vínculos, tengan la administracion y hagan suyos los frutos, aunque sea con la obligacion de cumplir y pagar las cargas de la fundacion, dexando á los patronos en la libertad de que procedan ó no á su enagenacion; entendidos de que si quieren hacerla, han de solicitarla ante las justicias del territorio donde se hallen sitos, para

que se execute con las solemnidades de la subasta. Los pertenecientes á patronatos en cuyos poseedores no esten reunidas las dos circunstancias de administrar y hacer suyos los frutos, se comprehenderán y venderán, aun quando gocen la octava, décima ú otra quota por administracion, salario, propina ú emolumento anual con lo honorífico.

5 Tambien se comprehenderán y venderán los bienes raices de las órdenes llamadas Tercerás, los de ermitas y santuarios y los de otros establecimientos semejantes, sea qual fuere su nombre, exceptuando solamente las fincas cuya propiedad corresponda á hospitales que se hallen anexos á los mismos establecimientos, ú á otros que los diversifiquen del concepto de obra pia, memoria, cofradía ó patronato de legos.

6 Para que los jueces no se confundan y embaracen en las tasaciones, subastas y remates, se asegure el método y claridad, y no se perjudique á ninguna fundacion ni interesado, se procederá en estas ventas con cierto órden progresivo, empezando por los bienes raices pertenecientes á cofradías, memorias, patronatos de legos, ermitas, santuarios, órdenes terceras y demas obras pias de su clase, y siguiendo por los correspondientes á hospitales, hospicios, casas de misericordia, de reclusion y de expósitos, dando cuenta por medio de los Intendentes á la comision gubernativa del Consejo ántes de executarlo en estos.

7 En la ciudad ó pueblo donde hubiese hospital ó casa de misericordia, con qualquier nombre que sea, en que no se exerza la hospitalidad ni el instituto de la fundacion, se venderán sus fincas desde luego y sin la menor retardacion; y las justicias darán cuenta por medio del Intendente á la comision gubernativa, para que el Consejo disponga lo conveniente al mejor cumplimiento del espíritu de las fundaciones con beneficio del público. Lo propio se executará con las fincas que pertenezcan y sirvan de dotes á otra especie de memorias ú obras pias, aunque su administracion y la distribucion de rentas corra al cuidado de los administradores ó rectores de los mismos hospitales, hospicios y casas de misericordia, hállense ó no en exercicio.

8 Distinguidos por este órden los bienes raices y su calidad, conocerá el Juez eclesiástico privativamente con arreglo al mencionado Real decreto en los pertenecientes á capellanías colativas, ó que por qualquier título esten espiritualizados, inclusa la aprobacion de los remates en los casos de su enagenacion, con tal de que despues de celebrados estos se otorguen las escrituras de venta ante Escribano del número del pueblo, como mandan las leyes, y las de imposicion en los términos que se expresará.

9 En la venta de todas las demas fincas entenderán únicamente los Jueces Reales, y á su consequencia los Conservadores ó Protectores de estos establecimientos piadosos, sea qual fuere su jurisdiccion, dexarán que el Eclesiástico ó Real Ordinario, á quien por dicha regla corresponda la enagenacion de sus fincas, proceda á su execucion, sin perjuicio de que continuen exerciendo la que tuvieren en los mismos establecimientos y sus bienes, subrogándose en lugar de los que se vendan el capital de la imposicion al tres por ciento que causen.

10 Para la formacion de las subastas dispondrán las Justicias que el Mayordomo, Administrador ó Rector, ó la persona con qualquier nombre que tenga, á cuyo cargo esté el gobierno, cuidado ó administracion de las obras pias, cofradías, memorias, patronatos de legos y demas establecimientos piadosos, nombren un perito, el qual junto con el que ha de nombrar el Comisionado de la Real Caxa de Extincion, donde le hubiere, y en su defecto el Procurador Síndico general procedan á tasar las fincas pertenecientes á cada establecimiento ó interesado, explicando el valor que les corresponda en venta y renta.

11 Si no estuvieren conformes estos peritos, nombrará la Justicia tercero en discordia, extendiéndose las declaraciones de todos judicialmente y baxo de juramento que habrán de prestar de hacerlas fiel y legalmente.

12 Hecha la tasacion se pondrán carteles anunciando la venta, no solo en el pueblo donde esten sitos los bienes, sino tambien en los de la circunferencia, especialmente donde se presuma podrá haber personas pudientes, y en las capitales del corregimiento del partido y de la

intendencia respectiva con el término de treinta dias, y la prevencion de que cumplidos al tercero dia siguiente habiendo postores, se procederá al remate con asistencia y citacion de los interesados, celebrándose en las casas consistoriales segun la forma de derecho; y en caso de no haber postores se continuará la subasta por otros quince dias mas anunciándola de nuevo.

13 No se admitirán posturas que no cubran las dos terceras partes á lo ménos del valor en que se hayan apreciado las fincas, y el pago se hará en dinero efectivo ó en vales Reales, segun la obligacion que con expresion de la especie de moneda constituya aquel á cuyo favor se celebre el remate; pero ninguno se concluirá como no llene el precio total de la tasa.

14 Si las posturas y remates se hubieren celebrado con deduccion de gravámenes, se hará por el Escribano que las autorice la liquidacion de su importe con exâmen de los títulos de pertenencia y demas documentos en que consten, de manera que de conformidad de los interesados se fixe la cantidad que real y verdaderamente haya de entregarse al Comisionado de la Real Caxa, como propia del establecimiento pio á cuyo favor haya de otorgarse la escritura de imposicion.

15 Si se executaren sin aquella deduccion, cumplirá el comprador con la entrega del precio total, y quedará libre la finca de toda responsabilidad, dexando á los dueños de las cargas su derecho á salvo con el capital y sus réditos que se subrogan en lugar de ella, y sin accion alguna contra el comprador, como S. M. á mayor abundamiento lo declara y quiere que se guarde y cumpla sin que Juez ni tribunal alguno oiga recurso en contrario.

16 Para mayor satisfaccion de los compradores y ocurrir á qualquier fraude se dará cuenta con remision de los expedientes de subasta al Intendente de provincia dentro de tercero dia preciso siguiente al remate, por quien se deberán aprobar en el de quince dias á lo mas, hallándolos arreglados; y si tuvieren algun defecto notable, los devolverá para que se subsane dando la forma en que haya de practicarse á las Justicias para evitar nulidad y equivocaciones.

17 Luego que se devuelvan dichos expedientes de subasta á las Justicias publicarán la aprobacion del remate, y haciendo el pago de su importe la persona en cuyo favor se hubiese celebrado, se la pondrá inmediatamente en posesion de la finca rematada.

18 Estos contratos así celebrados serán inviolables y contra ellos no se admitirán demandas de lesion, ni otras dirigidas á invalidarlos, pues ántes de que se perfeccionen, pueden los interesados hacer los recursos que les parezcan oportunos; que si fueren fundados, retardarán hasta que se decidan, la celebracion del remate, oyéndolos brevemente.

19 No tendrá lugar en estas ventas recurso alguno de tanteo, retracto, ni otra preferencia que la que se expresará en el artículo veinte y dos, ni se admitirán pujas ni mejoras despues de hecho el remate, á no ser que llegue ó exceda de la quarta parte del valor en que se hayan rematado; en cuyo caso, y siempre que esta mejora del quarto se haga dentro del término que deberán señalar los Intendentes al tiempo de aprobar los remates, el qual queda á su arbitrio, con tal que no baxe de treinta dias, ni exceda de noventa, se admitirá y publicará de nuevo por nueve dias para hacerse en el mejor postor; y hecho este segundo remate no se admitirá proposicion alguna, por mas ventajosa que sea.

20 La entrega del precio se ha de hacer desde luego por el comprador al Comisionado de la Real Caxa de Extincion de vales mas inmediato al pueblo donde se rematen los bienes, si en él no le hubiere, recogiendo recibo que lo acredite con expresion de lo que sea en contante, y lo que sea en vales; y haciéndose en esta corte y pueblos donde haya Real Caxa de Descuentos, se pondrá su importe en ellas con igual recibo.

21 De estos recibos se sacará copia testimoniada por el Escribano que entendiese en la subasta, poniendo el visto bueno los jueces respectivos; y con su insercion procederán los representantes de la fundacion á otorgar la competente escritura de venta á favor de los compradores, en cuya virtud se les dará la posesion de las fincas, si ya no la hubiesen tomado, y se les entregarán los títulos de per-

tenencia. El recibo original se remitirá á la Comision gubernativa por medio de su Contador, para que tomada la razon, y elevándose con ella á verdadera carta de pago, se pase igualmente al otorgamiento de la escritura de imposicion á beneficio del establecimiento piadoso, colocándose en el protocolo la citada carta de pago.

22 Si hecho el remate á pagar el precio total ó parcial en vales Reales se presentase alguno que quiera satisfacer á lo ménos la quarta parte del importe de los vales en dinero efectivo, haciéndolo en el preciso y perentorio término de tercero dia, contado desde que se publique la aprobacion del remate, se le preferirá y tendrá por hecho á su favor, siempre que la persona en quien se remató, no haga el pago en las mismas especies de moneda; en cuyo caso no se admitirá otra proposicion de esta clase.

23 Los pagos que por razon de las posturas, mejoras ó remates se ofrezcan en dinero efectivo, se podrán hacer con libramientos de los réditos de vales Reales vencidos en las renovaciones de todo el presente año, y se admitirán como si fuese moneda metálica.

24 Cuidarán las Justicias de que se subaste y remate cada finca de por sí, para facilitar mayor número de compradores y aumentar en el reyno el de propietarios, á no ser que el representante de la obra pia pida ó consienta por utilidad de la misma que para la mejor salida de todas se enagenen en union.

25 En estas primeras ventas no se exigirán alcabalas ni cientos, ni se adeudarán laudemios ni veintenas, ni caerá en comiso por no preceder el pedir la licencia del dueño del directo dominio, respecto á que estando fuera del comercio por el destino que tenian, no podian esperar la utilidad de estos derechos, y se les habilita para que gocen de ellos en las siguientes enagenaciones.

26 Quando hubiese fincas de corto valor que no pase cada una de dos mil reales, pertenecientes á una sola fundacion ó á varias, se podrán publicar á un mismo tiempo en los carteles que se fixen convocando postores, bien que esto no quita el que en cada una haya de haber su respectiva tasacion y remate para no perjudicar á los interesados.

27 Las subastas se executarán por dichas Justicias ante los Escribanos del número de los pueblos en cuyos oficios esten radicadas las fundaciones, y por ellos se otorgarán las escrituras de venta, para que de este modo, y haciéndose por diferentes manos, se facilite la operacion, y no se prive á los dueños de los oficios de los justos intereses que en ello adeuden; y donde no estuviesen radicadas, queda á eleccion de los Jueces nombrar los Escribanos de número mas á propósito para la actuacion de estos expedientes. En las subastas de las fincas que se hallen en jurisdiccion diversa del de la misma fundacion, procederán estos por medio de despachos que libren, para que ante la Justicia territorial se practiquen las tasaciones y demas hasta la celebracion del remate, en cuyo estado los volverán con las diligencias originales al Juez requirente, á fin de que las restantes, inclusa la aprobacion del remate, se practiquen en su juzgado y en su intendencia.

28 Los derechos que devenguen los Jueces y subalternos en los autos y diligencias de las subastas y aprobacion de sus remates se pagarán en esta forma: por las partes los que causen con sus posturas y pretensiones peculiares; y por los compradores los de oficio quando los precios de los remates no excedan de la cantidad á que ascendan la tasa y los mismos derechos, entregando las dos partidas con separacion; y por el establecimiento piadoso en los casos que los remates suban mas que el importe de las dos referidas partidas, á cuyo efecto se pondrá en seguida de ellos una nota que firmarán sus Jueces y Escribanos, en que se distingan los derechos adeudados por las partes de los de oficio, arreglándolos por los aranceles aprobados por el Consejo y en su defecto por la práctica mas equitativa de cada pueblo.

29 El mismo órden se guardará en las dietas de los peritos que hagan las tasaciones de las fincas, pagando cada parte las del suyo, y por mitad quando expresamente se conformaren en uno, ó mandare el Juez que las execute el nombrado por el Comisionado de la Real Caxa, en caso de no nombrar otro el representante de la obra pia en el término que se le señale; satisfaciéndose como

los derechos procesales las de los peritos terceros en discordia: y en consideracion á la pobreza de muchos de los peritos, y por la contingencia de que tenga ó no efecto la venta de las fincas que aprecien, pondrán al pie de su tasacion las que devenguen por ordenanza ó costumbre del pais, cuya nota firmarán tambien los Jueces, para que conste de su arreglo; y que en los pueblos donde no residan los Intendentes, se satisfagan desde luego por las partes en la forma dicha, aunque con la calidad de que si al tiempo de la aprobacion de los remates se hallare justo motivo para alguna baxa, volverán su importe; y en las capitales de la provincia se obtendrá para este pago el visto-bueno de los Intendentes, á quienes toca tambien exâminar y moderar quando lo estimen necesario las partidas de la otra nota.

30 Para que las obras pías, patronatos, cofradías, memorias y demas establecimientos piadosos á quienes pertenezcan las fincas y rematadas, tengan un título de propiedad del capital en que se vendan, se otorgarán las escrituras correspondientes de imposicion de él por el Señor Gobernador del Consejo á nombre de S. M. contra los fondos destinados á la consolidacion y extincion de vales por la pragmática de treinta de agosto último, con el interes anual de tres por ciento, hipotecando especialmente para la seguridad del principal é intereses los arbitrios que en ella se expresan, y los que en adelante se destinaren al pago de estas deudas de la Corona, con la general de todas las rentas de ella, cuya escritura deberá entregar á la persona que represente la fundacion á que corresponda la finca vendida en los treinta dias siguientes á la entrega del precio del remate, para que se coloque en su respectivo archivo, á cuyo fin estarán impresas con los huecos oportunos, dándose las copias primeras en papel de oficio con solo el corto gasto de quatro reales por este título de su pertenencia.

31 De las escrituras de venta de dichas fincas se tomará la razon en la contaduría de hipotecas del partido dentro del término de nueve dias, como previene la pragmática del año de mil setecientos sesenta y ocho, y de las de imposicion en las dos Contadurías de Valores y Distri-

bucion de la Real hacienda, y en la de la Real Caxa de Extincion de vales, sin que unas ni otras lleven derechos algunos.

32 Los réditos de tres por ciento empezarán á correr desde el dia en que se ponga en posesion de la finca rematada al comprador, respecto á que desde este queda privado el vendedor de percibir sus frutos, haciéndose la prorata de ellos entre vendedor y comprador segun la calidad de los mismos frutos y la práctica del pais, y se pagarán por años ó por medios años, como se capitule y mas acomode á los establecimientos pios en el lugar donde estuviesen situados, en moneda efectiva y sin gasto alguno de conduccion, ni por ningun otro respeto de cuenta y cargo de la Real Caxa de Extincion, á quien ó sus Comisionados darán el recibo correspondiente, para que de esta forma puedan cumplir las cargas espirituales y temporales á que destinaron los bienes los fundadores ó bienhechores.

33 Quando llegue el caso de redimirse estos capitales, han de ponerse del mismo modo en moneda metálica sin gasto ni descuento alguno en dicho lugar ó pueblo del establecimiento, avisando á sus representantes dos meses ántes de la entrega para que puedan proporcionar nuevo empleo, el qual se deberá hacer con conocimiento de los Juzgados que hayan intervenido en las primitivas enagenaciones.

34 Si se moviere pleyto sobre la pertenencia de las fincas enagenadas ó subsistencia de la fundacion á que pertenecian, ó que de qualquier modo combata el dominio ó posesion que de ellas tenian los mismos establecimientos, ó se les persiga por qualquier derecho de hipoteca, afeccion ó gravámen á que estuviesen ligadas, no tendrá obligacion el comprador ni sus sucesores de contestarlo, ni se les podrá inquietar con estos motivos, por deberse entender con los representantes de la misma fundacion, y recaer las actuaciones, sentencias y sus resultas sobre el importe de la imposicion, cuyo capital queda subrogado en lugar de la finca, y ha de ser responsable á los gravámenes que esta tenia ántes de enagenarse: con la advertencia de que solo en el caso de declararse judicialmente nula la fundacion, en-

tre cuyas fincas estaba la vendida, ó que no le pertenece el dominio de ella, podrá el proprietario entrar al goce de la finca, sino le acomodare la escritura de imposicion subrogada en su lugar, y al poseedor se le devolverá el precio que pagó por ella, y abonarán las mejoras, gobernándose en estos juicios de reivindicacion, eviccion y saneamiento por las reglas de derecho. Si los pleytos sobre el dominio de dichas fincas estuvieren contestados ántes del dia veinte y nueve de enero de mil setecientos noventa y nueve en que se expidió la primera Instruccion en razon de su venta, se suspenderá esta hasta la sentencia executoriada, avisando á la Comision gubernativa del Consejo de las que sean y el estado del pleyto.

35 Al tiempo de extenderse las escrituras de venta será obligacion de sus dueños presentar los títulos de pertenencia en el oficio del Escribano del número que ha de otorgarla, para que despues se entreguen al comprador; y ántes de este caso no se molestará á sus dueños sobre ello, pues cumplen con dar la relacion de las fincas, segun queda prevenido. Si no estuvieren prontos, ó no tuviesen otros que la posesion quieta y pacífica de las fincas, se procederá no obstante al otorgamiento de la escritura, con entera seguridad á los compradores de que les servirá del mejor y mas amplio título de propiedad.

36 Si en las subastas se hiciesen proposiciones ventajosas con la calidad de pagar el importe del remate á plazos siempre que estos no pasen de dos años, y las personas que los pongan sean abonadas en el concepto de la Justicia y del Comisionado de la Real Caxa, y den fianza á satisfaccion de este; lo consultarán al Intendente, por quien se aprobarán estas propuestas, con tal de que de pronto se entregue lo ménos la quarta parte de su valor, y por la demora el tres por ciento respectivo al tiempo y cantidad que dexe de pagarse, que correrá hasta que se verifique su entrega, puesto que desde luego entra á gozar por entero los frutos de la finca vendida.

37 Se declara para evitar competencias y dudas de jurisdiccion que los Intendentes en las respectivas provincias son los Comisionados Regios para entender en la execucion de dicha Real cédula y sus incidencias, y las Justicias or-

dinarias en su respectiva jurisdiccion y distrito los Subdelegados natos que entiendan en la venta y demas que les va encargado en este reglamento ; con la advertencia de que en las capitales donde residen los Intendentes, aunque estos sean Corregidores al mismo tiempo, habrán de hacer las ventas y diligencias los Alcaldes mayores, para que libres aquellos de ocuparse en estos trabajos puedan velar con la mayor diligencia sobre la conducta de todas las Justicias de su provincia en el cumplimiento y execucion de dicha Real cédula, aprobar los remates, resolver las dudas que les consulten, y cuidar de la entrega de caudales y demas concerniente á esta importante comision.

38 Si los Intendentes notaren omision ó confabulacion en las Justicias, Administradores y dependientes de dichas fundaciones para retardar el éxito de estas operaciones, podrán enviar Comisionado que las desempeñe dentro del corto término que le señalen, procurando valerse de un sugeto imparcial y de toda probidad para asegurar el acierto; y en algunos casos de muy particulares circunstancias podrán avocar el conocimiento á sí propios en el estado en que se hallen los expedientes, consultándolos á la Comision gubernativa del Consejo.

39 En los pueblos en que haya diferentes Jueces ordinarios será electivo á los representantes de las fundaciones acudir al que mas les acomode, solicitando el cumplimiento de dicha Real Cédula y el de este reglamento, sin que obste el que anticipadamente se haya puesto auto de oficio para conocer en ello por otro Juez, lo qual no ha de radicar juicio; y en caso de que los mismos representantes no lo soliciten dentro de ocho dias de la publicacion de este reglamento, podrán conforme á él proceder de oficio á la toma de noticias y demas prevenido en sus capítulos, poniéndose de acuerdo entre sí los mismos Jueces para no embarazarse en las providencias y conocer cada uno de las que se encargue.

40 Será obligacion de los Intendentes remitir á la Comision gubernativa del Consejo razon puntual de quince en quince dias de las enagenaciones que se hayan verificado, de las que esten preparadas, y de las entregas de caudales que se hayan hecho en las caxas ó sus Comisionados, y de lo demas

que estimen conducente para instruccion de la Comision.

41 Los mismos Intendentes tendrán libro en que con distincion de los pueblos de su provincia se vayan sentando los remates que aprueben ó desaprueben, y las enagenaciones que se efectuan, con expresion de la fundacion á que pertenecen, y cantidad en que se venden, para que haya este comprobante, y las partes tengan donde acudir para deshacer las equivocaciones ó descuidos involuntarios que puedan padecerse.

42 Si ocurriese el caso de que una finca produzca unas superiores y extraordinarias rentas por efecto de la piedad de los fieles, con cuyas limosnas ó trabajo personal gratuito se labren y se beneficien sus frutos á favor de la fundacion, ó por otra razon especial, en tal caso se omitirán las diligencias para la venta, y representará al Intendente, y este lo hará á la Comision gubernativa del Consejo con su parecer, para que en vista de ello se tome la providencia correspondiente.

43 Para evitar que los representantes de dichos establecimientos aleguen ser quantiosos los productos de sus fincas con el fin de embarazar la venta, y proporcionar por otro lado las completas noticias para discernir las ventajas del remate, harán las Justicias que los Administradores, Rectores ó personas á cuyo cargo corra el gobierno de dichos establecimientos, les exhiban las cuentas dadas de los últimos cinco años aprobadas, y de ellas se pondrá en los autos de subasta un testimonio en sucinta relacion de lo que haya producido por arrendamiento la finca de que se trate, ó en administracion deducidos gastos, sin suspender las diligencias de su enagenacion por el órden que establece este reglamento.

44 Se declaran nulas é inadmisibles las posturas y mejoras que se hicieren por los Intendentes, Justicias, oficiales de sus juzgados, tasadores y representantes de los establecimientos piadosos, y Comisionados de la Real Caxa de Extincion de vales en las subastas de las fincas en que intervengan como tales; y en su conseqüencia serán nulos los remates que se celebraren á favor de qualquiera de estas personas.

45 La puntual execucion de los capítulos precedentes para las ventas de los bienes raices pertenecientes á dichas

fundaciones, y la subrogacion de sus valores en la citada imposicion al tres por ciento proporcionará á las obras pias, patronatos, memorias, cofradías y demas establecimientos piadosos la utilidad de que se excusen del todo muchos empleados en la administracion de los mismos bienes y ahorro de los sueldos que cobran; y que donde permanezcan algunos, pueda reducirse la quota de su salario por minorárseles el trabajo, y quedar libres de los daños que los administradores les ocasionan por su omision, insolvencia ó confabulacion con los arrendatarios y subalternos inferiores, de que se sigue el aumento de rentas en las fundaciones para los objetos de su instituto; á que se agrega el beneficio comun que resultará al reyno de ponerse en circulacion estos bienes estancados, y los aumentos que es de esperar reciban sus producciones por el mejor cultivo que les darán sus activos nuevos poseedores; por todo lo qual será obligacion de los Síndicos Procuradores generales de los pueblos el promover dichas enagenaciones, excitando el oficio de las Justicias para que lleven á efecto este reglamento, y dándolo en queja al Intendente ó á la Comision, si advirtieren omisiones ó descuidos en ello para su remedio.

46 Siempre que los poseedores de mayorazgo, vínculos, patronatos y qualesquiera otras fundaciones en que se suceda por el órden de mayorazgos de España, usen de la facultad que se les concedió por el Real Decreto de diez y nueve de septiembre de mil setecientos noventa y ocho para enagenar los bienes raices de sus respectivas dotaciones, deberán acudir ante las Justicias ordinarias de los pueblos donde se hallen sitos, para que se proceda á la execucion en los propios términos que en las ventas de los establecimientos piadosos, continuándoseles por ahora la gracia de la octava parte del precio que se les dispensó por otro Real decreto de once de enero siguiente.

47 Las escrituras de venta é imposicion de los capitales que produzcan estas enagenaciones, se otorgarán respectivamente en los mismos términos que las de obras pías, como tambien las de aquellas partidas de calidad imponibles que sin tiempo determinado hayan puesto en la Real Caxa sus dueños, á quienes todavía no se haya entregado la escritura correspondiente.

48 Las mismas formalidades se observarán en las ventas de bienes raices de las temporalidades de los ex-Jesuitas, executándolas las Justicias en cuya jurisdiccion se hallen sitos, con citacion de sus administradores ó encargados de su cuidado, remitiendo los expedientes de subasta á la Comision gubernativa del Consejo para la aprobacion de los remates, á cuyo tiempo les advertirá lo correspondiente á la entrega de los títulos de propiedad para el otorgamiento de las escrituras de venta.

49 Hallándose finalizada la comision del colegio mayor de Alcalá, se procederá en la venta de los bienes raices de los de Salamanca y Valladolid con la propia solemnidad, sin otra diferencia que la de remitir los expedientes á los Intendentes de las dos capitales, como comisionados de los de sus respectivos colegios para la aprobacion de los remates, y que les adviertan lo conveniente, y acompañen los títulos de pertenencia para las escrituras de venta, avisando de cada una á la Comision gubernativa por medio de su Contador.

50 A excepcion de la Real fortaleza de la Alhambra de Granada, palacio del alcázar de Sevilla y demas pertenencias de su jurisdiccion en aquellas capitales, se procederá á la venta en pública subasta de los demas bienes y edificios de la corona que no fueren necesarios para la servidumbre de la Real persona y de su amada Real familia, á cuyo efecto los Intendentes ó Justicias en cuyas jurisdicciones se hallen los citados bienes y edificios, pedirán á los Administradores ó encargados de ellos una razon circunstanciada de los que fueren, y la remitirán inmediatamente á la comision gubernativa del Consejo, y este consultará á S. M. lo que estime conveniente en razon de las ventas de dichas fincas, y sucesivamente sobre las aprobaciones de los remates, títulos de pertenencia, y otorgamiento de la escritura de venta á favor de los compradores.

Desde la publicacion de este reglamento regirá todo lo prevenido en él, y cesará lo demas que comprehende la Instruccion de veinte y nueve de enero de mil setecientos noventa y nueve, y su adicional de veinte y siete de diciembre del mismo, quedando subsistente todo lo que con anterioridad estuviere executado conforme á sus respectivos capítulos.

CAPITULO IX.

De las ventas, trueques y retractos.

§. I.

1 La compra y venta es un contrato en que por precio que se da á uno, recibe otro alguna cosa. Respecto de este se llama compra, y respecto de aquel venta, aunque con qualquiera de estas dos palabras se significa todo el contrato, puesto que no puede haber compra sin venta ni venta sin compra. Inmediatamente que se ha perfeccionado el contrato puede el comprador pedir la cosa comprada, siempre que haya entregado el precio, ó esté pronto á entregarle; y por el contrario igual derecho tiene el vendedor tocante al precio. Para la validacion de este contrato se requieren de parte del vendedor cosa cierta, y de la del comprador precio fixo, sea el que tiene de presente, ó de tener para tal dia ó tiempo determinados: por manera que si falta alguna de estas dos cosas, ó para la solucion del precio se prefine tiempo ambiguo ó imposible, no habrá venta (*a*); bien que los contrayentes pueden dexar á arbitrio de la persona que nombren en la escritura, la valuacion del precio, y si del que diere á la cosa, se sintiere alguno de ellos agraviado, se ha de reducir por el Juez, y si fallece ántes de hacer la valuacion, no vale la venta (*b*). Tampoco vale, si el precio se dexa á arbitrio de uno de los contrayentes, v. gr. *por el que quiera, ó le parezca justo*: porque la obligacion del uno no debe depender de la voluntad del otro, y está prohibido que los contratos onerosos se confieran en la de uno de ellos aunque no en la de ámbos (*c*).

2 El que no tiene prohibicion legal para hacer contratos, puede comprar y vender (*d*). Los hijos de familia que se hallan baxo de la patria potestad, solo pueden comprar

(*a*) Leyes 9, 10 y 20 tit. 5 P. 5 Góm. lib. 2 Var. cap. 2 n. 1 Ferr. Bibliothl. verb. Emptio, nn. 1 y 2. (*b*) Ley 9 tit. 5 Góm. cap. cit. n. 9. (*c*) Góm. dicho cap. 19. (*d*) Ley 2 tit. 5 P. 5.

y vender á sus padres, así como estos á ellos bienes castrenses y quasi castrenses, y á otras personas nada sin licencia de sus padres miéntras estan en su poder (*a*); y aunque les vendan sus bienes adventicios, de que su padre tiene el usufructo, y la venta sea jurada, no vale, porque cede en perjuicio de tercero. Los Administradores, tutores, ni otros no deben comprar los bienes de los menores sin autoridad judicial, y aun con ella ha de redundar la venta en su utilidad; pues no siendo así pueden reclamarla dentro de los 4 años siguientes á los 25 de su edad (*b*); y si los compran pública ó privativamente, es nula la venta y estan obligados á restituirlos con el quatro tanto (*c*). Lo mismo procede para con los estudiantes, sino interviene permiso del que los tiene en el estudio (*d*). La muger casada y su marido pueden tambien celebrar entre sí este contrato, no haciéndose con fraude ni por causa de donacion (*e*).

3 Ninguno puede baxo graves penas recibir por compra, trueque, empeño, donacion, encomienda, guarda, ni en otra forma cosa alguna de esclavo ni esclava, sea blanco ó negro, moro, judío, ó christiano, de dentro ó fuera de estos reynos, sino es que tenga consentimiento de su señor, ó sea comerciante y por tal esté recibido (*f*).

4 Nada pueden comprar en almoneda los ropavejeros por sí ni por interpósita persona, baxo la pena por la primera vez de perder lo que compren y por la segunda de cien azotes; pero esto no se observa (*g*). Tampoco puede el Juez comprar por sí ni por medio de otro durante su oficio cosa alguna de lo que se vende en almoneda por su mandato (*h*): ni casa heredad, ni otra cosa raiz en el lugar en que exerce jurisdiccion, aunque sí vender las que tiene en él (*i*) y retraer las que algun consanguineo suyo venda, porque se subroga en el lugar del comprador, y no concurren en este caso los motivos de dicha prohibicion (*k*).

(*a*) Leyes 2 tit. 5 P. 5 y 22 tit. 11 lib. 5 R. (*b*) Ley 4 tit. 5 P. 5. (*c*) Ley 23 tit. 11 lib. 5 R. Véanse las seis limitaciones que trae Matienz. glos. 1 de ella. (*d*) Ley 4 tit. 7 lib. 1 R. (*e*) Góm. lug. cit. num. 3. Acerca de como pueden probarse el fraude y ánimo de donar, véanse los AA. que cita Ayllon n. 4. (*f*) Ley 16 tit. 11 lib. 5 R. (*g*) Ley 17 tit. 12. lib. 5 R. (*h*) Ley 22 tit. 8 lib. 2 de la R. (*i*) Ley 5 t. 5 part. 5. (*k*) Góm. ley 70 de Toro n. 12. Hermos. en la 5 tit. 5. P. 3.

5 Está prohibido á los Clérigos comprar y vender por via de negociacion, sea en su cabeza ó en la de otro, así por derecho Real (*a*), como por el Concilio de Trento (*b*) y la constitucion de Benedicto XIV que empieza *Apostolicæ servitutis* y cita Ferraris (*c*).

6 Todas las cosas del comercio humano, sean raices, muebles ó semovientes, derechos, acciones, ó servidumbres se pueden comprar y vender, no habiendo prohibicion legal; como tambien las que no existen, con tal que se espere que han de existir, v. gr. partos de bacas, yeguas y otros animales: frutos de tierras, viñas y árboles, &c. pues verificándose su existencia se perfecciona la venta, porque lleva la condicion tácita de *si llegan á nacer*: y de lo contrario no vale, sino es que el comprador reciba en sí el peligro (*d*). Y es de advertir que la Iglesia puede demandar á qualquiera de los contrayentes el diezmo de estos frutos no pagado, y si el comprador no tiene de qué satisfacerle, exígirle del vendedor, sin que deba dar á este su poder ni cederle sus acciones para que le repita de aquel, por la razon que da la ley fin. tit. 20. P. 1.

7 Igualmente se puede vender la cosa agena, en cuyo caso si el comprador sabe que lo es y se le condena luego á restituirla á su dueño, debe hacerlo y perderá por su mala fé el precio, sin que el vendedor tenga obligacion de volvérsele, á no ser que se hubiere obligado á la eviccion; pero si lo ignora, debe el vendedor restituírsele con todos los daños y menoscabos que por su engaño se le hayan ocasionado (*e*). Y para que el comprador que sabe es agena, no esté obligado á restituirla al dueño sin que se le pague el precio, ha de protestar en la escritura de venta: que la compra en nombre del dueño legítimo, y que está pronto á restituírsela entregándole este ántes su precio, intereses y menoscabos que se le sigan.

8 No deben venderse los créditos no líquidos, ni los derechos, acciones y otros bienes litigiosos hasta que el juicio

(*a*) Ley 46 tit. 6 P. 1 Acevedo ley 7 tit. 18 lib. 9 R. (*b*) Sess. 22 cap. 1 de Reform. (*c*) Biblioth. verb. Clericus, art. 3. Véase el n. 151. c. 1. (*d*) Ley 11 tit. 5 P. 5. (*e*) Ley 19 tit. 5 P. 5. Góm. lug. cit. nn. 8 y 42. Covarr. lib. 3 Var. cap. 17 col. 2. vers. ad eam.

se concluya; y el que despues de emplazado y pendiente el pleyto sobre su dominio ó propiedad, los vende, cambia ó enagena en otra manera, á mas de ser nula la venta ó enagenacion incurre en varias penas, en las quales incurren tambien el emplazador, si los enagena despues del emplazamiento pretextando ser súyos, y el comprador sabiendo el engaño, no de otra suerte (*a*). Pero se exceptúan quatro casos, en los que no será nula: el primero, quando los da á otro por título de dote ó arras: el segundo, quando pertenecen á muchos, y los quieren partir y enagenar unos á otros, en cuyos dos casos debe responder á la demanda el que los recibe: el tercero, quando los lega á alguno en su testamento ú otra última disposicion, en el qual caso el heredero del testador ha de seguir el pleyto, no su legatario, quien solo tendrá derecho á la manda, si el pleyto se gana; (*b*) y el quarto, quando los da con título de transaccion y no se comete fraude (*c*).

9 Ninguno puede vender el derecho que espera tener á los bienes de sugeto determinado nombrándole, y si le vende, á mas de ser nula la venta, queda privado de suceder en ellos, porque si el comprador le conoce, maquinará su muerte por lograrlos quánto ántes; y lo propio milita en el substituto pupilar que vende el que espera tener á los del pupilo; pero si el tal sugeto lo consiente, podrá venderle, y permaneciendo en este ánimo hasta su muerte valdrá la venta. Tambien podrá vender todas las ganancias y derechos que adquiera por razon de herencia, de qualquiera parte que sea, con tal que no nombre ninguna persona de las que los espere; como asimismo todos sus bienes presentes y futuros (*d*).

10 Los oficios públicos de jurisdiccion no deben venderse, porque es perniciosísimo á la república, y han de exercerlos lo mas doctos, prudentes y timoratos (*e*); pero esto se entiende no habiendo costumbre contraria, pues si la hay y se observan los pactos justos impuestos por la ley ó de

(*a*) Ley 12 tit. 7 P. 3. Olea de Ces. jur. tit. 2 q. 4 n. 32. Salg. de Reg. protect. part. 4 cáp. 8 nn. 171, &c. y 178. (*b*) Ley 14 tit. 7 P. 3 Castill. tom. 6 contr. cap. 113 an. 15 y sig. (*c*) Greg. Lop. en dicha ley 14 glos. 1. (*d*) Ley 13 tit. 5 P. 5. Gom. lug. cit. nn. 3 y 5. (*e*) Ley 7 tit. 3 lib. 7 Recop.

otro modo, es lícita su venta (*a*). La razon es, porque la costumbre generalmente introducida contra las leyes humanas positivas es lícita (*b*); y para que la venta lo sea en este caso, es preciso que el que vende tenga facultad para ello: que el oficio se venda á persona benemérita: que el precio no sea tan excesivo que el comprador necesite abusar del oficio para compensarse: que se celebre la venta por necesidad de la república, y que el que le ha de exercer sea exâminado y aprobado, y visitado de tiempo en tiempo (*c*). Tampoco deben venderse, cederse, ni darse en dote los empleos del consejo de Hacienda y su contaduría mayor (*d*); y los que compran y venden oficios públicos que se han de elegir por votos, incurren en varias penas (*e*).

11 No se puede comprar ni vender hombre libre por siervo, excepto que siendo mayor de 25 años y capaz, lo consientan, ó que el padre venda á su hijo por hallarse en extrema necesidad de hambre; bien que en este caso será empeño y no venta. Tampoco se puede vender lugar público, mármol, pilar, piedra, ni otra cosa puesta en la casa para su seguridad, ni el siervo prófugo, ni el veneno ni cosa venenosa (*f*).

12 Ni el Prelado Eclesiástico ni otro alguno puede vender, empeñar, ni enagenar los bienes de la Iglesia (*g*), y si el que los recibe no los manifiesta y entrega luego, incurre en la pena de encubridor de hurto (*h*).

13 Nada se debe vender para su manutencion ó defensa á los enemigos de nuestra Santa Religion (*i*), y el que lo hace comete crímen de traycion (*j*) é incurre en pena de muerte (*k*). Ademas está prohibido dar, vender y trocar villas, lugares, castillos, tierras, islas y heredamientos de estos reynos y señoríos á los extrangeros (*l*); y lo propio milita en lo tocante al señorío, y jurisdiccion civil y criminal de

(*a*) Santo Tomas en la carta que escribió á la Duquesa de Brabante, opusc. 21. (*b*) Cap. 11 de Consuetudine. (*c*) Ferr. Bibioth. verb. Emptio, art. 1 nn. 38, 39, 40 y 41. (*d*) Ley 5 tit. 2 lib. 9 R. (*e*) Leyes 7 y 8 tit. 2 lib. 7 R. (*f*) Leyes 15, 16 y 17 tit. 5 P. 5. Góm. lug. cit. n. 50. (*g*) Leyes 1 tit. 14 P. 1 y 15 tit. 5 P. 5. (*h*) Ley 7 tit. 2 lib. 1 Recop. (*i*) Ley 22 tit. 5 P. 5. (*j*) Leyes 10 tit. 9 P. 2, 1 tit. 2 Part. 7 y 1 tit. 18 lib. 8 R. (*k*) Leyes 31 t. 26 P. 2, 4 tit. 26 P. 4 y 10 tit. 2 lib. 8 Rec. (*l*) Ley 2 tit. 10 lib. 5 Rec.

dichas cosas baxo la pena de perder lo que donaren, ó enagenaren, y otras á arbitrio del Rey (a).

14 Ninguno puede comprar alhaja enteramente suya; pero si no lo es del todo, vale la venta en la parte agena, y tambien la del derecho ó servidumbre que otro tiene en ella (b). Tampoco se pueden comprar de criado ó criada de servicio trastos de casa, paja, leña, ni otra cosa, aunque sea de comer; pena de ser castigado el comprador como encubridor de hurto (c).

15 Regularmente hablando nadie puede ser compelido á vender sus propias cosas ni á comprar las agenas; pues si para celebrar este ú otro contrato hay violencia ó miedo grave que cae en varon constante, no vale, aunque intervengan fianza, pena y juramento (d), así como tampoco vale el que se hace dolosamente (e), en cuya atencion ningun Juez debe apremiar á sus súbditos á comprar los bienes de los delinqüentes (f). Pero en algunos casos qualquiera puede serlo por su superior y valdrá la venta: el primero es, quando hay tal escasez de mantenimientos que se halla el comun en mucha necesidad; pues entónces tiene facultad para compeler á su dueño á que los venda por su justo precio, dexándole los necesarios para el consumo y manutencion de su casa y familia (g), porque el bien público es preferido al particular, en cuyo caso tambien puede ser apremiado el Clérigo aunque por su Juez y no por el Juez lego (h): el segundo caso es á favor de la Religion, v. gr. si una heredad es necesaria para la construccion de algun templo, monasterio ú hospital; ó por favor del Príncipe si se necesita para construir en ella su palacio, ó por favor del público, si es menester para ampliacion de la ciudad, camino, ú oficina pública (i): el tercero es por favor de la libertad; v. gr. quando dos tienen un siervo y uno de ellos le quiere manumitir; pues el otro está obligado á vender su parte (k); ó quando algun señor tiene un moro por esclavo,

(a) Ley 1 dicho tit. y lib. (b) Ley 18 tit. 5 P. 5 (c) Ley 5 tit. 20 lib. 6 R. (d) Leyes 3 y 56 tit. 5 P. 5 y 7 tit. 33 Part. 7. Góm. lug. cit. num. 51 (e) Leyes 21 y 57 tit. 5 Part. 5. (f) Ley 18 tit. 1 lib. 8 Rec. (g) Leyes 2 Cod. Nemini liceat, y 14 y 18 Cod. de Operib. public. (h) Leyes 8 al fin tit. 28 Partid. 3 y 3 tit. 9 Part. 5. (i) Ley 12 Cod. de Relig. & sumptib. funer. (k) Ley 2 tit. 22 P. 4 y 3 tit. 5 P. 5.

porque si este es necesario para rescate de algun Christiano cautivo, debe venderle (*a*); ó quando trata al esclavo con excesiva rigidez, ó no le dá los alimentos precisos, ó le manda hacer alguna cosa contra derecho y razon (*b*); el quarto es, quando los súbditos no pueden exercer sus oficios, por faltarles los instrumentos concernientes á ellos, pues pueden ser compelidos á comprarlos; y el quinto, quando alguno tiene un fundo ó heredad en algun lugar, y su vecino quiere levantar mas su casa que está junto á ella, de modo que le quita el ayre é impide que nazcan los frutos, pues puede prohibirle que levante la casa sin darle precio, ó hacer que se le venda por el que sea justo (*c*).

16 Quatro son las circunstancias que constituye válida la venta. La primera es que el vendedor tenga facultad para vender, que lo que venda sea suyo, y siendo ageno, que tenga poder especial de su dueño para la enagenacion; pues de lo contrario, aunque vale la venta habiendo buena fé en el comprador, y puede adquirir la cosa por tiempo, tiene derecho su dueño para reivindicarla en qualquier parte que esté dentro del término legal, porque pasado prescribe la accion de reivindicacion, y si no tuvo buena fé quando le compró, no se le transfirió su dominio, ni puede adquirirla por tiempo (*d*). La segunda circunstancia es, que el comprador no tenga prohibicion ninguna de comprar, pues el que la tiene se haya imposibilitado de hacer contratos, y si los celebra, son nulos. La tercera es, que el precio no sea tan corto ó excesivo que haya engaño ó lesion enorme, que es en algo mas ó ménos de la mitad del justo valor, ó enormísima, que es quando excede en el duplo, triplo ó quadruplo, ó no llega á la mitad con mucho (*e*), bien que en siete casos que recopila Ferraris en su Biblioteca (*f*) es lícita la venta en menor precio que el que

(*a*) Ley 3 tit. 11 lib. 1 Rec. (*b*) Leyes 6 tit. 21 P. 4 y 3 tit. 5 P. 5 (*c*) Gom. en el lug. cit. n. 51 y Ayllon. Cur. Philip. comer. ter. lib. 1 cap. 12 de la Venta, nn. 7, 8 y 9. Otros varios casos recopila Hermosilla ley 8 tit. 4 P. 5 glos. 2. (*d*) Leyes 91, 19 y 21 tit. 29 Part. 3 y 19, 33 y 54 tit. 5 P. 5. Gutierr. lib. 3 Pract. quæst. 17 n. 304. Castillo de Tertiis cap. 26. (*e*) Leyes 56 y 67 tit. 5 P. 5 y 1 tit. 11 lib. 5 R. Parlad. l. 2 Rer. quot. cap. 4 n. 41. (*f*) Verb. Emptio, et venditio, art. 2 nn. 30 &c. y 36.

vale la cosa. Y la quarta es, que no haya dolo en el contrato, v. gr. vendiendo estaño por plata, laton por oro, ó de otra manera semejante (*a*).

17 Puede celebrarse la venta en el lugar en que está la cosa ó en otro, estando presentes ó ausentes los contrayentes, y con escritura ó sin ella. Si pactan que ha de hacerse escritura, no se perfecciona, aunque se conformen en el precio, hasta que se otorga, y así qualquiera de los dos puede arrepentirse, pues una cosa es la promesa de vender y otra la perfeccion del contrato, el qual puede llamarse perfecto en quatro casos (*b*): el primero es, quando los contrayentes se convienen en el precio y cosa, y pactan que ninguno se ha de poder apartar ni arrepentir: el segundo es, quando expresan todo lo que tienen en su mente, é intervienen todas las cosas que el contrato pide por forma y solemnidad: el tercero es respectivo á la accion y obligacion que produce, pues habiéndose hecho puramente incontinente nacen estas, y si es condicional, luego que se verifica la condicion y no ántes; y el quarto es en lo tocante al efecto y execucion del contrato y translacion del dominio que exige la tradicion de la cosa. Si nada pactan acerca de escritura, se tiene por celebrada la venta, sin embargo de que el comprador no dé señal al vendedor, y así pueden ser compelidos, este á cumplir el pacto ó promesa de vender, y aquel á pagar lo ajustado. Si el comprador da señal, que llaman *arra*, y despues se arrepiente, debe perderla, porque la arra corrobora la promesa, y si el vendedor se retrata, ha de volvérsela con otro tanto; pero si la da por parte de precio y no por pena, ninguno de ellos puede retratarse, ni ha de deshacerse la venta no queriendo entrambos (*c*).

18 Aunque el vendedor ponga en posesion de la cosa al comprador, no se transfiere á este su dominio hasta que le paga el precio en que la ajustó, sino es que le dé fiador ó prenda equivalente, ó se obligue á entregársela dentro de cierto término, y el vendedor haga confianza en él de que se le satisfará; pues en estos casos se le traspasa (*d*) y solo

(*a*) Leyes 21 tit. 5 P. 5 y 2 tit. 11 lib. 5. R. Ferrar. lug. cit. art. 1, 2 y 3. (*b*) Matienzo ley 7 t. 11 lib. 5 R. glos. 6 n. 14. (*c*) Leyes 6, 7 y 8 tit. 5 P. 5. Góm. lug. cit. nn. 17 y 18 y allí Ayllon. Covarr. lib. 2 Var. cap. 1 n. 5. (*d*) Ley 46 tit. 28 P. 3.

tendrá derecho el vendedor á cobrar el precio; y ademas habiéndola vendido al fiado, podrá exigir del comprador los intereses justos por razon del lucro cesante y daño emergente que se le siguen de retardarse la solucion del precio (a). Si vende la cosa á dos personas separadamente, y las aposesiona de ella, debe haberla la que primero la pagare; pero está obligado el vendedor á satisfacer al otro comprador los perjuicios y menoscabos que se le causen por esta razon (b).

14. Si despues de celebrada la venta, aunque sea en pública subhasta, alega alguno de los contrayentes que fué engañado en algo mas ó ménos de la mitad del justo precio; v. gr. que lo que justamente valia diez, se habia vendido por mas de quince, ó comprado por ménos de cinco; y justifica la lesion y engaño que hubo entónces, puede usar de la alternativa de que se vuelva el exceso del precio justo que la cosa tenia quando la venta, ó se dé lo que falta hasta este, ó de que se rescinda y anule el contrato, llevando cada uno lo que dió al otro, sin que el comprador tenga que volver los frutos ya porque la ley no habla de estos, ya porque aquel tiene justo título y buena fé para retenerlos, ya porque no cae en mora mientras el vendedor no pide la recision, y ya porque es cosa inicua que este tenga el precio y luego perciba los frutos (c). Mas esto debe entenderse no habiéndose perdido, muerto ó deteriorado mucho la cosa vendida; pues de lo contrario no se puede intentar dicha accion (d); y para que se admita la demanda al mayor de 25 años, debe ponerla dentro de los quatro primeros siguientes al dia en que se celebró el contrato, ó de su remate si la cosa se vendió en almoneda pública, y no despues (e); pero si el engaño no excede de lo dicho, ni hay dolo ni mala fé en el contrato, no tiene lugar el remedio de la lesion (f).

20. Si alguno de los contrayentes es pupilo, no vale el contrato, aunque sea jurado; pero si es menor de 25 años y jura no pedir restitucion por su menor edad, lesion, ni otro motivo, aunque se le conceda por derecho, no se res-

(a) Covar. lib. 3 Var. cap. 4. (b) Ley 50 tit. 5 P. 5. Véase á Gom. lug. cit. n. 27, y á Covar. lib. 2 Var. cap. 19. (c) Begnud. Biblioth. verb. Venditio, §. 11 n. 55. (d) Leyes 50 tit. 5 P. 5 y 1 tit. 11 lib. 5 R. Gom. lug. cit. n. 24. (e) Dicha ley 1. (f) Ley 2 tit. 11 lib. 5 R.

cindirá y estará obligado á observarle (*a*); bien que si precede la relaxacion ó relevacion del juramento para poder comparecer en juicio sin ser perjuro, podrá intentar la accion dentro de los 4 años siguientes á los 25 de su edad, probando no solo que era menor de ellos quando celebró el contrato, sino tambien que fué leso en él (*b*).

21 Tampoco tiene lugar el remedio de la lesion, aunque haya engaño en algo mas ó ménos de la mitad del justo precio, quando la cosa se vende en almoneda contra la voluntad de su dueño y el comprador es apremiado á comprarla (*c*), ni en los arrendamientos Reales (*d*). Sobre lo que es engaño, de quántas maneras es, quién puede demandarle, á quién y qué personas estan ó no obligadas á suplirle, puede verse el tit. 16 P. 7; y en órden á las causas porque se rescinde el contrato perfecto de compra y venta, véase á Gómez (*e*) que trae seis, y son: por mutuo consentimiento de las partes ántes de la tradicion, por dolo de una de ellas, por lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, por el pacto de retrovendendo, por el de la ley comisoria y por el de adicion ó señalamiento de dia: (*additione in diem*).

22 Puede celebrarse la venta puramente, ó con condicion. Se celebra puramente, quando se da de contado cosa cierta por precio determinado ó por el que un tercero le dé (*f*): en cuyo caso se otorga la escritura nombrando precisamente en ella los contrayentes el perito ó peritos que han de valuar la cosa; despues de otorgada se hace saber á estos el nombramiento, el qual y la tasacion se extienden á su continuacion; y evacuada y firmada por los peritos, y consentida por los contrayentes, (de que se ha de poner diligencia, y firmada por estos, si saben) se da copia de todo al comprador y no ántes, porque hasta entónces no hay venta (*g*).

(*a*) Ley 56 tit. 5. P. 5. Góm. lug. cit. n. 25. Larrea decis. 69 y 70. (*b*) Para mas clara instruccion de las facultades de los menores vea el Escribano lo que se explica en el cap. 19 nn. 92 y 93. (*c*) Ley 6 t. 11 lib 5 R. Cur. Philip. comerc. terr. lib 1 cap. 12 n. 32. (*d*) Ley 1. condiciones 14 y 15 tit. 9 lib. 9 R. (*e*) Lug. cit. nn. 21 &c. y 31. (*f*) Leyes 9 y 10 tit. 5 P. 5. (*g*) Sobre este véase lo que explicaré en el n. 137 de este cap. y á Hermosilla ley 9 tit. 5 P. 5.

23 Celébrase la venta con condicion, quando se pone en la escritura algun pacto permitido por derecho: v. gr. que si la cosa vendida se pierde ó empeora ántes de su tradicion, toque el daño y deterioro al vendedor (*a*): ó que si está afecta á algun gravámen redimible por hipoteca especial entre otras y por la general los demas bienes del vendedor, y este rebaxa al comprador su capital, tenga obligacion de redimirle dentro del término que le prefina, para que los demas bienes queden libres de su responsabilidad: ó que quede hipotecada especialmente á cierto acreedor del mismo comprador, aunque sea posterior, para que se prefiera en ella á todos los anteriores; pues el vendedor puede perjudicar en el acto de la venta á los del comprador, y como quando este llega á poseerla, y ya está afecta con la obligacion é hipoteca especial, no tienen preferencia en ella los primeros sino el último á quien se hipotecó (*b*): ó constituyendo servidumbre en ella al tiempo que la vende (*c*), ó pactando que el comprador no ha de estar obligado á satisfacer el precio de la finca fructífera hasta pasados tantos años; y que ínterin le entregue, ha de pagar al vendedor ciertos intereses moderados (*d*); ó en fin que el dominio y riesgo de la finca pertenezcan al vendedor hasta que el comprador le pague su valor, y que miéntras no se le pague, perciba aquel los frutos que produzca; pues en este caso se juzga celebrada la venta no absoluta sino condicionalmente, y la comodidad debe tocar al que experimenta el riesgo (*e*).

24 Tambien se pueden poner y son permitidos en este contrato los pactos de *retrovendo*, *comisario* y de *señalamiento de dia* (*f*). El de retrovendo, que en Valencia se llama *carta de gracia*, se ordena así: „ cuya casa le vendo por tantos miles reales (*se pondrá la fé de entrega ó renuncia de sus leyes, y proseguirá*) con la precisa condicion de que para tal dia de tal mes y año ha de restituírmela á mí, ó á mis herederos en la propia forma que se la vendo, sin el mas

(*a*) Leyes 38 y 39 tit. 5 P. 5 (*b*) Salg. Labyr. cred. part. 1 cap. 14 nn. 112 y sig. y part. 3. cap. 4 n. 70. (*c*) Ley 11 tit. 31 P. 3. (*d*) Leyes 13 § 19 ff. de Action. empti y 11 Cod. de Usuris. (*e*) Ferrar. Biblioth. verb. Emptio, nn. 6 y 9 art. 4. (*f*) Leyes 38, 40 y 42 tit. 5 P. 5.

leve decremento ni deterioro, entregándole el precio que acabo de recibir, (*ó que he recibido ántes de ahora*) y de consiguiente que con ningun pretexto la ha de poder enagenar hasta que pase el tiempo prefinido; pues si lo hiciere, ha de ser nulo como hecho contra este pacto, á cuya observancia la hipoteco especialmente, y no ha de pasar ningun derecho al comprador ni á otro tercero poseedor de qualquiera clase que sea; y para que me la restituya, he de requerirle judicialmente y darle todo su importe, ó el que ménos tenga, ó depositarlo por su cuenta y riesgo en caso de rehusar su percibo, mas si en el citado término no se le devolviere enteramente, pues no he de cumplir con entregar parte de él, tendrá facultad para disponer y usar de ella á su arbitrio como legítimo y verdadero dueño á favor de quien quisiere, sin que necesite citarme á mí ni á mis herederos, ni practicar otra diligencia judicial ni extrajudicial; y para justificar el mas, ó ménos valor que tuviere, hemos de elegir unánimes dos peritos que la valúen, prohibiéndole, como le prohibo, que haga mejoras ó aumentos en ella, pues no se le han de abonar, ni tampoco los reparos precisos para su conservacion, porque todos quedan de su cargo, mediante á que se ha de utilizar de sus frútos y alquileres sin la menor responsabilidad. Y declaro que el justo precio, &c.,, Estando ordenada en estos términos la cláusula es lícito el contrato, y el comprador puede usar de la cosa comprada y disfrutarla, mas no enagenarla hasta que espire el tiempo prescripto, bien que el vendedor podrá darle facultad para esto quedando el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de reivindicarla en su fuerza y vigor; pero de qualquiera suerte que se pacte, conviene que el comprador se obligue á observar el contrato, y que en su defecto pueda ser apremiado á ello, aunque por el mismo hecho de admitirle es visto quedar obligado: con cuyas prevenciones se evitan las dudas y controversias que suscitan los AA. Y es de advertir que así como toda accion transmisible se puede ceder, se puede hacer lo mismo con la que se tiene para redimir la finca al tiempo estipulado; pero si en la venta con este pacto se estipula que solo el vendedor pueda redimirla, y no ceder ni vender á otro este derecho, ó que el comprador ha de ser preferido, deberá observarse

el pacto: tambien es de advertir que prohibiéndose al vendedor que redima la finca hasta el tiempo convenido, si se pacta que aunque lo practique, ha de percibir sus frutos el comprador hasta que espire el referido término, es pacto usurario y como tal reprobado. Ultimamente es de advertir que el modo lícito y mas arreglado de celebrar este contrato es que la finca se tase por el justo valor que tenga; que de él perciba las cinco partes el vendedor y se quede la sexta en poder del comprador por compensacion del derecho y facultad de retraerla que el vendedor se reserva, y por la prohibicion de usar de ella con plena libertad como dueño absoluto que impone al comprador, todo lo qual es apreciable ó estimable, cede á beneficio del vendedor, y lo satisface con la privacion del percibo de dicha sexta parte; y en fin que este se obligue á volver al tiempo estipulado el precio íntegro de ella, como si se le hubiera entregado; pues por la razon expuesta se debe entender haberle recibido efectivamente, y de esta manera es igual á entrámbos el contrato. Tendrá presente esto el Escribano para prevenirlo á los contrayentes y evitar pleytos.

25 En quanto al término que se ha de preferir para la restitucion de la cosa vendida con dicho pacto, hay variedad de opiniones. Segun la ley 63 de Toro parece ha de ser el de 20 años; pues manda que la accion personal prescriba por este tiempo. Pero la ley 42 tit. 5 Partid. 5 nada habla sobre el término, y con arreglo á ella sino se prefine, jamas prescribirá: de suerte que siempre que el vendedor ó sus herederos quieran recobrar la cosa vendida, podrán hacerlo y el comprador á los suyos ser compelidos á entregársela. He aquí las primeras palabras de la ley. „ Por cierto precio vendiendo un ome á otra alguna cosa, poniendo tal pleyto (*pacto*) entre sí en la vendida, que quando quier que el vendedor, ó sus herederos tornasen el precio al comprador, ó á los suyos, que fuessen tenudos de tornarle aquella cosa que assi vendiese, decimos, que si tal pleyto fuere en la vendida, que debe ser guardado.„ Mas para que no se originen dudas y litigios aconseje el Escribano á los contrayentes que señalen término. Y es de notar que por este contrato no se debe mas alcabala que la que se devenga con la venta á causa de que el retrovender es deshacer esta;

si bien esto se entiende haciéndose el pacto incontinente, pues habiendo habido intervalo despues de perfeccionado el contrato serán dos ventas y por consiguiente se deberán dos alcabalas. (a)

26 El pacto de la ley comisoria debe ordenarse para excusar disputas en esta forma: „Cuya casa le vendo por tantos mil reales con la condicion de que para tal dia de tal mes y año me los ha de satisfacer enteramente y poner en una sola partida en mi casa y poder, en moneda usual y corriente de plata ú oro; y pasado dicho término sin verificarse su total solucion, queda por el mismo hecho, como desde ahora la tengo por anulada esta venta, y ha de ser visto no habérsele transferido el dominio de dicha casa ni haberse celebrado este contrato, sin que yo me halle obligado ni pueda ser compelido á restituir ni aun en parte tanto que me entregaren señal; y si intentare que se le devuelva, no ha de ser oido en tribunal alguno sino antes bien repelido y condenado en costas: en cuyos términos declaro que el justo precio de dicha casa son los tantos mil reales, &c.„ Este pacto es lícito y válido, y ha de observarse en un todo; bien que puede el vendedor elegir uno de dos medios, que son, ó pedir todo el precio y que entónces subsista el contrato, ó no querer que este valga y retener las arras; mas no puede arrepentirse hecha ya la eleccion, ni ha lugar este pacto contra su voluntad. (b)

27 Si el comprador percibió algunos frutos de la cosa vendida con el expresado pacto, debe entregarlos al vendedor, devolviéndole este la señal ó parte de precio que recibió, no de otra suerte; y si los quiere, le ha de bonificar las expensas hechas en sus labores y recoleccion. Ademas, si la cosa se deteriora por culpa del comprador, miéntras la posee, está obligado á reintegrar al vendedor su detrimento (c). Y prevengo que esta escritura ha de tener aceptacion del comprador y obligacion de observar puntualmente lo pactado, conformándose con lo dispuesto en la citada ley de Partida.

(a) Gutier. de Gabel. q. 10 nn. 22 y 23. Hermos. dicha ley 42 glos. 9 n. 2 hasta el fin. (b) Ley 38 tit. 5 P. 5 Gutierr. de Juram. confirm. part. 1 cap. 33. (c) Dicha ley 38. Hermosilla en ella nn. 17 y 18.

28 El pacto de adicion, ó señalamiento de dia se extiende de esta manera: „Otorga que vende á Pedro Fernandez tal casa sita en tal parte por tantos mil reales que le entrega en este acto en tales monedas, (*se pondrá la fé de entrega, &c.*) con la condicion de que si dentro (por exemplo) de tres meses que cumplirán en tantos de tal mes de este año, pareciere otro comprador que le dé á él ó á su heredero mas por ella, ha de tenerse por el mismo hecho, como desde ahora se tiene por nula y rescindida esta venta, conservándose en un todo su derecho para apoderarse de la citada casa, venderla al que mas diere, y compeler al actual comprador y por su fallecimiento á sus herederos, ó al que la posea, á que se la restituya en la propia forma en que ahora está, entregándoles el precio que acaba de recibir y el de las mejoras útiles que tenga, no el de las precisas para su conservacion, ni otra cosa alguna; ó depositándole judicialmente, y requiriéndoles que acudan á su percibo, si no la quieren por el tanto; y teniendo deterioro se ha de descontar su importe, estando y pasando en uno y otro caso por la valuacion que hagan peritos elegidos unánimemente. Y para que no se transfiera su dominio á tercero poseedor, les prohibe gravarla y enagenarla durante el tiempo prefinido, y la hipoteca especialmente á la observancia de este pacto; pero si pasare dicho término sin haberle hecho saber oferta de nuevo comprador, ha de tener facultad el actual, como por esta escritura se le da, de disponer de ella á su arbitrio como verdadero dueño sin necesitar licencia del otorgante, ni otro requisito judicial ni extrajudicial. Y declara que los tantos mil reales son el justo y verdadero valor de la citada casa, &c.„ En virtud de este pacto, y del de la ley comisoria se transfiere el dominio en el comprador, pasado que sea el tiempo prefinido, sin que sea necesaria nueva tradicion de la cosa; y lo mismo procede en el vendedor en sus respectivos casos: siendo de notar que deshaciéndose el contrato de venta celebrado con alguno de dichos dos pactos, no se debe alcabala, excepto que medie intervalo (*a*).

29 Este pacto está permitido y será válido concurrien-

(*a*) Hermos. ley 40 tit. 5 P. 5 nn. 25, 26 y 27.

do las circunstancias siguientes: la primera, que el segundo comprador sea verdadero y no simulado: la segunda, que el vendedor ó su heredero haga saber al primero el mayor precio que el segundo le ofrece por la cosa, y le requiera, si la quiere por el tanto, pues es preferido; y la tercera, que el mayor precio ofrecido sea por la cosa considerada segun se vendió, sin mejoras ni aumentos; pues si el nuevo comprador es fingido, como hijo, hermano, esclavo del vendedor, ú otro semejante que por su consejo ofrece dolosamente mas precio; ó falta el requerimiento al primer comprador, ó el mayor precio que el segundo promete, aunque sea verdadero, es por algun aumento, agregacion ó beneficio que tiene la cosa; no se rescindirá el contrato; mas prevengo que una vez que el vendedor eligió al comprador segundo, no puede compeler despues al primero á que pase por la venta (a). Esta escritura llevará aceptacion y obligacion del comprador como las anteriores.

36 En quanto á si el pacto de no enagenar será ó no válido en los contratos de venta, donacion y otros, y en última voluntad, y si por él se impedirá ó no la translacion del dominio á tercero, digo que para impedir estas en testamento ó contrato, no se ha de referir la prohibicion al tiempo en que ya se haya transferido el dominio en el comprador ó donatario, sino al tiempo en que el donante ó vendedor es dueño; y que por consiguiente no vale, ni impedirá la translacion, aunque se pacte que si el comprador enagenare la cosa, vuelva su dominio al vendedor y no pase al tercero á quien la enagene (b): lo qual se entiende aun en el caso de que se prohiba la enagenacion á personas ciertas (c): en cuya atencion sin embargo de que el comprador ó sus herederos contravengan al pacto y prohibicion, no podrán el vendedor ni los suyos demandar la cosa vendida ó enagenada, y solo estará obligado el transgresor á satisfacer con los intereses el perjuicio hecho al vendedor, en cuyo ju-

(a) Ley 40 tit. 5 P. 5. Sobre si pertenecen los frutos al primer comprador, ó debe restituir los que percibió con la finca, están discordes los AA. y puede verse á Hermosilla ley 40 citada nn. 15 y 16 que dos concilia. (b) Molin. de Primog. lib. 1 cap. 12 n. 35 vers. Idque verissimum est. (c) Gom. ley 40 de Toro n. 25 vers. Sed advertendum. Hermosa ley 43 t. 5 P. 5 glos. 1 nn. 1 y 2.

ramento se han de deferir con aprobacion y estimacion del Juez, y la pena que se haya impuesto (a) (1).

31. Se limita la conclusion sentada en el número inmediato en los casos siguientes: el primero quando en la venta ó enagenacion dice el vendedor „Que vende y entrega la cosa al comprador ó donatario con la expresa condicion de que no la enagene, y de que si pasare á su enagenacion, sea nula, para lo qual desde ahora y ántes que esta se perfeccione, retiene en sí y en sus herederos el dominio y posesion, y ha de ser visto que el donatario ó comprador la retrovende.„ En este caso es nula la enagenacion (b), aunque la prohibicion solamente tiene lugar durante la vida de aquel á quien se hizo y que se obligó á no enagenar (c). El segundo caso es, quando el que prohibe la enagenacion reserva para sí algun derecho en la cosa, y aquel á quien se enagena, se obliga á cumplir el pacto y la hipoteca especial y expresamente, y ademas en general sus bienes á la observancia de este (d). El tercero es, quando al tiempo de la venta ó donacion, y no despues se pactó con palabras directas que en el caso de proceder á la enagenacion se entienda no haber comprado el enagenante la cosa ó no habersele donado, y que por lo mismo se tenga por nula la que haga de ella (e). El quarto caso es, quando en el contrato de venta ó donacion se prefine tiempo cierto ó

(a) Ley 43 cit.

(1) Si el comprador ó donatario por exemplo se obliga á no enagenar la cosa comprada ó donada, en vano tratará de enagenarla contraviniendo á su promesa, puesto que no debe ser válido lo que se hace sin facultades para ello, y que el comprador ó donatario no las tiene para hacer dicha enagenacion, por haberlas renunciado mediante un pacto. Asimismo si un testador prohibe á su heredero enagenar alguna cosa hereditaria, no podrá traspasar á otra persona el dominio que tiene en ella, pues con haber aceptado la herencia se obligó á cumplir lo dispuesto por el testador, y no puede ir contra su obligacion. Esta doctrina es conforme á la ley 1 tit. 16 lib. 5. R. que conformándose con la sencillez del derecho natural dispone que quede obligada una persona á otra *en qualquiera manera que parezca se quiso obligar*. Asi no debemos hacer aprecio ni de lo establecido sobre este punto por el derecho romano, ni de la opinion del Señor Molina, ni aun de la disposicion de la ley 43 cit. que debe entenderse corregida.

(b) Mier. de Majorat. part. 3 q. 9 n. 3. (c) Gom. ley 40 de Toro, nn. 20, 21 y 22. (d) Gom. dicha ley n. 18. (e) Hermos. ley 43 tit. 5 Part. 5 glos. 4 n. 6.

incierto, v. g. „Te vendo ó doy tal cosa para que tengas su dominio y posesion hasta que la enagenes, ó todo el tiempo que permaneciere en tí y en tus herederos, y no mas.„ La razon es, porque el dominio se puede dar y transferir temporalmente no solo en última voluntad sino tambien en contrato. El quinto es, quando ademas de hacer las partes el contrato con pacto de no enagenar le aprobó el Juez, aunque sea árbitro, y prohibió la enagenacion mandando que si se hiciese, fuera nula (*a*). El sexto es, quando al pacto de no enagenar se añadió el de que si el comprador contraviniese, pudiera el vendedor entrarse de propia autoridad en la cosa vendida (*b*). Y el séptimo caso omitiendo otros, es quando el tercero comprador estuba cerciorado del pacto de no enagenar hecho con el que le vendió la cosa, pues por su mala fé en comprarla se impide la translacion de su dominio (*c*). Ademas en todos los casos en que únicamente con el pacto se transfiere el dominio, se puede prohibir su translacion solo con el mismo pacto (*d*).

32 Por lo que hace á sí en los testamentos y últimas disposiciones valdrá el pacto de no enagenar é impedirá, ó no la translacion del dominio, se halla la decision en la ley 44 tit. 5 partid. 5. que dice: „En su testamento defendiendo (*prohibiendo*) algun ome que su castillo, torre, ó casa, ó viña, ó otra cosa de su heredad non lo pudiessen vender, nin enagenar, mostrando alguna razon guisada (*justa*) por qué lo defendia, como si dixesse, quiero que tal cosa, nombrándola señaladamente, non sea enagenada en ninguna manera, mas que finque (*quede*) siempre á mi fijo, ó á mi heredero, porque sea siempre mas honrado, é mas tenido: (*estimado*) ó si dixesse que la non enagenasse fasta que fuesse de edad el heredero, ó fasta que fuesse venido al lugar, si fuesse ido á otra parte; por qualquier destas razones, ó por otra que fuesse guisada semejante de ellas, non la pueden enagenar. Mas si el dixesse simplemente que la non

(*a*) Covarr. in cap. Raynaldus, n. 4 de Test. (*b*) Hermos. dich. ley 43 glos. 4 n. 5. (*c*) Hermos. ley 43 cit. glos. 5 n. 3. (*d*) Gom. dich. ley 40 n. 16 vers. Ex quibus infertur, 25 al fin, 27 vers. Facit etiam, y 29 al fin. Véanse en Hermos. la ley 7 t. 5 part. 5 glos. 2 los casos en que sin tradicion se transfiere el dominio.

vendiessen, non mostrando razon guisada por qué, ó non señalando persona alguna, ó cosa cierta por qué lo facia, si la vendiesse, valdria la vendida, maguer él lo oviesse defendido,, (a).

33 Como en la venta de una finca se incluyen todas las cosas accesorias que son las que por ley, estatuto ó costumbre estan destinadas para que existan unidas, se pregunta, si teniendo alguno casa ó fundo, y contigua á ellos otra casa ó fundo, se entenderán ó no comprehendidos estos en la venta simple de aquellos; y se responde que siendo nombrados con un mismo nombre el principal y el accesorio, y habitándolos, usándolos y disfrutándolos promiscua y accesoriamente su dueño, se comprehenden en la venta simplemente hecha no solo la casa y fundo principales sino tambien los accesorios; pero no en otros términos. Lo propio milita en el huerto ó bodega que está junto á la casa para su uso, aunque no se halle dentro del cercado de esta, y entre ella y el huerto medie camino público (b). Igualmente se entienden incluidos en la venta hecha simplemente de la vaca, yegua, oveja, &c. los hijos que traen en el vientre y los que están mamando, pero no los que pacen y se alimentan por sí solos (c). Ademas la silla, freno y otros adornos del caballo y mula se entenderán vendidos con ellos, si al tiempo del ajuste y venta se manifiestan al comprador y nó de otra suerte (d).

34 La escritura de venta llana de bienes raices ó muebles debe contener para su firmeza las clausulas siguientes. La primera es, que se diga quién vende, á quién, de dónde son estos, qué cosa se vende, si es mueble, ó raiz,

(a) Quien quiera instruirse mas en este punto vea á Gómez ley 40 de Toro y á Hermosilla ley inserta y 23 anterior glos. 1. (b) Castill. lib. 5 controv. cap. 62 nn. 72, 31 y sig. Hermos. ley 29 t. 5 Partid. 5 glos. unic. (c) Gom. lib. 2. Var. cap. 2 num. 14. (d) Gom. lug. cit. n. 15. Sobre qué otras cosas se entienden ó no comprehendidas en las ventas, véanse las leyes 2, 29, 30 y 31 tit. 5 Partid. 5 y en ellas á Hermosilla. En orden á si los frutos de la finca vendida pertenecen al comprador ó vendedor desde que se perfecciona el contrato, véase lo que explicaré en el cap. V lib. y §. I de la Segunda Parte; y en quanto á los remedios que competen al vendedor contra el comprador que no satisface el precio, este ó no entregada la cosa vendida, puede verse al mismo Hermosilla ley 28 tit. cit. desde el n. 47 glos. 1.

si está libre ó tiene gravámen, y en qué sitio ó parage está: si es tierra, qué cabida tiene, si la fanega compone quatrocientos estadales de á diez pies en quadro de marco real ó mas: si es viña ú olivar, quántas cepas ú olivos tiene, y quántos caben: si es casa de qué clase de fabrica está hecha, quál es su fachada y fondo, y de quantos pies quadrados ó superficiales se compone su area plana, habiendo de especificarse de todo el sitio, término, linderos, regalías, servidumbres, gravámenes y lo demas que conduzca: si es cosa que se cuenta, mide ó pesa, su especie, número, peso ó medida: si es nave ó barco, en qué puerto está, cómo se nombra, qué cargazon lleva, quantas velas y cañones tiene, quántos se le pueden poner, y si está ó no sana, y así de las demas cosas individualizándose todo con la mayor claridad y distincion, de manera que se conozca evidentemente que es la misma que se vende, pues si contiene palabras ambiguas y equívocas, no será venta sino confusion, y no valdrá. Si se venden mercaderías, se han de especificar por menor los géneros, piezas, libras, arrobas y precios respectivos, de modo que se entienda qué es lo que se vende y el precio fixo que se da por ello, debiendo poner gran cuidado en esto el Escribano, porque de lo contrario, aunque no se anule el instrumento, se presume fraude y se le puede imponer pena arbitraria, por no cumplir con lo que manda la ley, á mas de satisfacer el perjuicio que se haya ocasionado á alguna de las partes (*a*); pero si se vende alguna partida sin respecto á peso, número, ni medida, que llaman á ojo, no es necesaria la individualidad explicada, ni habrá riesgo en el contrato, pues por el mismo hecho es visto haberlas pesado, medido y contado ambos contrayentes (*b*), los quales deben hacerse recíproca donacion y remision del exceso y lesion que haya, y obligarse á no reclamar el contrato por esta razon, recibiendo en sí el peligro y perjuicio que se les puede causar por dicho defecto, y de esta suerte es igual el convenio.

35 La segunda cláusula es, que el vendedor declare no

(*a*) Ley 4 tit. 11 lib. 5 Recop. y Real [illegible] de septiembre de 1784. (*b*) Cur. Philip. lib. 1. Comer. terr. cap. 12 n. 40.

tiene vendida ni enagenada la tal cosa, ni parte de su uso ni propiedad (a), para que si se verifica lo contrario, incurra por el estelionato (1) en la pena de volver al segundo comprador el precio con todos los daños y perjuicios, si el primero tomó posesion de ella y se lo pagó ántes (b); como asimismo que se exprese el precio total en que la vende, plazo que se prefine para su pago, si la da al fiado, y con qué pactos y condiciones. Si el comprador entrega el precio al tiempo de la celebracion de la venta, dará fe de ello el Escribano y especificará las monedas en que le satisface, y si no le paga entónces por tenerle ya recibido el vendedor, lo confesará éste así y otorgará carta de pago á favor de aquel con las cláusulas y renuncias que explicaré en el capítulo 22 n. 1; pero si no satisface entónces nada, ó solamente parte, se constituirá en la obligacion de pagar el todo ó el resto quando se estipule, hipotecando á su responsabilidad la misma cosa y pactando expresamente que interin no se le satisfaga íntegro, no se le ha de transferir su dominio, para que el vendedor sea preferido en ella por su importe á otro qualquiera acreedor del comprador, como en virtud de este pacto lo será á todos, aunque sean anteriores, del propio modo que si la hubiera comprado con dinero prestado para este fin, lo que no sucederá, si falta este tan esencial requisito y cautela (c). Lo propio milita, quando reserva en sí el dominio directo (d).

36 La tercera cláusula es, que el vendedor declare que el precio en que efectua la venta, es el justo y verdadero valor de la cosa, y que por el mismo no hay lesion ni engaño: y en caso que valga mas, á fin de que no le quede accion para repetir el exceso, haga de él al comprador donacion perfecta é irrevocable, y renuncie, como puede hacerlo, la ley 1 tit. 11 lib. 5 R. que dice: „Si el vendedor, ó comprador de la cosa dixere que fue engañado en mas de la mitad del justo precio, así como si el vendedor dixe-

(a) Ley 56 tit. 18 Partid. 3.

(1) Fraude que consiste en ocultar en un contrato alguna obligacion anterior sobre finca, alhaja ú otra cosa.

(b) Ley 50 tit. 5 Partid. 5. (c) Leyes 9 tit. 5 y 30 tit. 13 Partid. 5. Cur. Philip. lib. 2. Com. terr. cap. 3 n. 24. (d) Gom. lib. 2 Var. cap. 2 núm. 30.

re que lo que valió diez, vendió por ménos de cinco maravedís, ó el comprador dixere que lo que valió diez, dió por ello mas de quince: mandamos que el comprador sea tenido de suplir el precio derecho que valia la cosa al tiempo que fué comprada, ó de la dexar al vendedor, tornándole el precio que rescibió, i el vendedor debe tornar al comprador lo demas del derecho precio que le llevó, ó de tomar la cosa que vendió, i tornar el precio que rescibió; y esto mismo debe ser guardado en las rentas, i en los cambios, i en los otros contratos semejables: i que haya lugar esta lei en todos los contratos sobredichos, aunque se haga por almoneda, del dia que fueron hechos fasta en quatro años, i no despues.,, Si el vendedor es leso y no renuncia esta ley, puede pedir recision del contrato ó el suplemento á su justo valor dentro de los quatro años que prefine. Lo propio ha de practicar el comprador á favor del vendedor por la misma razon, confesando no valer ménos la cosa, y en caso de tener menor valor haciendo donacion del que sea al vendedor, por lo que aceptará la venta, aunque la cosa no tenga cargas; bien que por defecto de este requisito no se anulará el contrato (1).

37 La quarta cláusula es, que el vendedor se desprenda de todo derecho que tenga en la cosa que vende, cediéndole con quantas acciones le competen á favor del comprador, y de sus herederos y sucesores.

38 La quinta cláusula es la de *constituto*, que es *dar el vendedor al comprador poder irrevocable con libre, franca y general administracion para que tome judicial ó extrajudicialmente la tenencia ó posesion real de la cosa, y en el interin que la toma, constituirse el mismo vendedor por su inquilino y tenedor ó poseedor precario de ella en forma legal*; que quiere decir que poseerá y gozará de la cosa no como dueño, sino durante la voluntad del comprador en

(1) Como el autor apenas hace mencion en todo el cap. de la lesion enormísima, diré que esta es la que excede en mucho la mitad del justo precio como el dos ó tres tanto: que la accion que compete por ella, como personal que es, solo prescribe por 20 años, y que en los casos en que no ha lugar á la lesion enorme, lo tiene la enormísima. (Curia Philip. Comer. terr. lib. 1 cap. 12 nn. 33 y 34.)

virtud de súplica que le hace para que se lo permita; pues *precario* es aquello que á ruego de alguno le concede otro para usarlo por tanto tiempo quanto este quiera (1).

39 La sexta cláusula es, que el vendedor se obligue á la *eviccion y saneamiento* de lo que vende. La cláusula se ordena de esta suerte: „Que si alguno moviere pleyto ó pusiese obstáculo al comprador, ó á quien le represente sobre la propiedad, posesion y goce de la cosa comprada, saldrán á su defensa el vendedor, y sus herederos y sucesores siendo requeridos conforme á derecho, y seguirán el pleyto á sus expensas hasta dexar al comprador y á los suyos en quieta y pacífica posesion de ella, y en el seguro é íntegro goce de su producto.„ El saneamiento quiere decir: „Que no pudiendo conseguir lo referido le darán otra cosa igual en bondad, cabida, valor, sitio, regalías y servidumbres, y en su defecto le volverán su importe y todas las costas, gastos, y perjuicios con sus intereses que se le originen con motivo del pleyto, de modo que quede reintegrado enteramente, como si no se le hubiera movido el pleyto.„ De los perjuicios y costas puede el vendedor diferir la liquidacion ó importe en el juramento del comprador y relevarle de otra pueba; bien que aunque le defiera, siempre se atiende á lo justo, porque de lo contrario podria pretender con pretexto del juramento y relevacion mucho mas que lo que importasen. Y prevengo que el Clérigo vendedor puede ser reconvenido de eviccion por el Juez del comprador, aunque sea secular (*a*), si ante este pende el pleyto sobre la posesion ó propiedad de la cosa vendida.

40 Para que el Escribano sepa los efectos de esta cláusula y por consiguiente en que casos está ó no obli-

(1) Yo he desterrado la cláusula de constituto de nuestras escrituras, ya porque otras cláusulas ó expresiones de estas la hacen superflua, y ya porque como se pone sin noticia de los interesados y solo por estilo de los Escribanos que en general no la entienden, nada debe influir en los contratos, lo qual es otro motivo de su inutilidad. Por las mismas razones he condenado á igual pena de destierro otras expresiones redundantes, desalifiadas y obscuras para los que no son jurisperitos.

(*a*) Ley 57 al fin tit. 6 Part. 1.

gado al vendedor de buena fé á la eviccion y saneamiento digo que por la naturaleza del contrato, esto es, aunque no se exprese en él, debe entregar al comprador pudiendo la cosa que le vende (*a*), y el comprador puede compelerle á ello no habiéndose pactado lo contrario; pero si despues de celebrada la venta se mueve á este algun pleyto sobre su propiedad, posesion ó servidumbre, le ha de hacer saber luego al vendedor ó vendedores, (pues siendo muchos es menester citarlos á todos) ó al ménos ántes de la publicacion de probanzas, que esto quiere decir la expresion, *siendo requeridos conforme á derecho*, para que tenga tiempo de hacerlas, y no quede indefenso, porque despues de la publicacion no pueden hacerse por testigos sino en ciertos casos que se exponen en la segunda parte (*b*); y si omite esta diligencia, no debe pedirle el precio de la cosa, aunque sea vencido en el juicio. La denuncia ha de hacerse por el Juez que conoce del pleyto de eviccion, siendo competente para citar al vendedor, no de otra manera; y muerto este se ha de hacer á todos sus herederos (*c*), porque cada uno no está obligado mas que por su parte.

41 Si se requiere en tiempo y forma al vendedor para el saneamiento, debe hacerlo á su costa hasta dexar al comprador en la pacífica posesion y goce de la cosa comprada, ó restituirle el precio que le dió con las costas y daños que se le ocasionaron, y si en la escritura de venta se impuso pena del duplo, no solo debe pagarle el precio doblado sino tambien la cosa doblada, aunque valga mas (*d*) (1), pues á quanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado (*e*). Asimismo lo está á la eviccion, aunque no se le haga saber el pleyto, en trece casos que recopila Hermosilla (*f*).

(*a*) Leyes 32, 35 y 36 tit. 5 P. 5. (*b*) Lib. 3 cap. 1. (*c*) Leyes 32 tit. 5 P. 5. y 1ª y 5 tit. 6 lib. 4 R. Covarr. lib. 3 Var. cap. 17 nn. 8 y 9. Hermos. ley 32 cit. glos. 4 art. 3. (*d*) Leyes 32 y 36 tit. 5 P. 5.

(1) Es decir segun Gregorio Lopez: debe el vendedor dar al comprador ó á sus herederos la estimacion dupla de la cosa comprada, aunque su verdadero valor exceda al precio estipulado en la venta.

(*e*) Ley 2 tit. 16 lib. 5 R. (*f*) Ley 32 tit. 5 Part. 5 gloss. 3 art. 6 nn. 76 &c. y 94.

42 Pero el comprador de buena fe no se halla obligado á la eviccion y saneamiento de lo que vende, quando sin su consentimiento compromete el comprador el pleyto en arbitrios ántes ó despues de principiado: quando por su culpa ó por un caso fortuito pierde la posesion ó la cosa comprada: quando se da sentencia contra él y no apela de ella no estando presente el vendedor: quando no se ampara con la prescripcion pudiendo: quando consiente que se haga eclesiástica: quando el vendedor se la vendió estando jugando, ó la jugó (a): quando el Rey se apodera de ella despues (b): quando se pactó expresamente en la venta que no habia de estar obligado á la eviccion: ni tampoco quando vende todo el derecho que tiene á los bienes del que le instituyó heredero, y se quita al comprador en juicio alguna cosa determinada de ellos: pero si se le quitan todos ó la mayor parte, debe sanearlos; y lo propio milita en los arrendamientos, quando se venden todas las rentas de algun almoxarifazgo (1) ó de alguna heredad, y todas ó la mayor parte sale fallida (c) de cuyos casos se puede hacer renuncia y valdrá (d). Y para que el comprador pueda intentar la accion de eviccion en qualquiera contrato oneroso, no basta que sea condenado á la restitucion de la cosa, sino que realmente la entregue, y se execute en ella la sentencia (e); excepto que el vendedor hubiese sabido que era agena, pues entónces en qualquiera tiempo podrá hacer uso de dicha accion (f).

43 Puede obligarse tambien el vendedor á restituir al comprador las mejoras útiles, precisas y voluntarias que hiciere en la cosa vendida, y la mayor estimacion que esta

(a) Ley 36 tit. 5 P. 5. Guzman de Evict. q. 39, 40, 41 y 42. Cov. lib. 2 Var. cap. 17. (b) Ley 37 tit. 5 Part. 5.

(1) Es un derecho que se paga de los géneros ó mercaderías que se extraen para paises extrangeros, y de los que entran en España por mar ó por tierra, como asimismo de los que se comercian de un puerto á otro en lo interior del reyno. Diccion de la leng. cast.

(c) Ley 34 tit. 5 Part. 5. (d) Sobre los contratos onerosos y lucrativos en que el contrayente está ó no obligado á la eviccion, y cómo y quándo se le ha de hacer saber el pleyto, vease á Gom. lib. 2 Var. cap. 2 nn. 33 &c. y 49, y á Hermos. ley 32 cit. glos. 1 art. 2 &c. y 12. (e) Ferrar. lug. cit. n. 12. (f) Ley 30 §. 1 ff. de Act. empt.

tenga por razon del tiempo, y á todo quedará obligado. Llámanse *reparos ó mejoras útiles* aquellas por las quales se aumenta el valor de la cosa y su renta: *necesarias ó precisas* las que se hacen en ella para que se conserve y no se arruine ni deteriore; y *voluntarias* las que le dán mayor adorno, ó lucimiento, como el pintarla, el hacer algun vergel, &c. con las quales no se aumenta el valor de su renta ni propiedad (*a*).

44 No debe el Escribano decir en la cláusula de eviccion, „que el vendedor ó quien le represente saldrá á la defensa del pleyto, aunque se le haga saber despues de hecha publicacion de probanzas;„ como algunos lo hacen por ignorancia ó persuadidos tal vez de que así se da mayor firmeza al contrato; pues no vale lo referido por ser contrario á la ley 32 tit. 5 P. 5 que dice: „Pero luego quel movieren ende pleyto, tenudo (*obligado*) es el comprador de facerlo saber al que gela vendió, ó á lo mas tarde ante que sean abiertos los testigos que fueren aduchos (*presentados*) sobre aquella cosa en juicio contra él.„ Pero esto no tiene lugar, si el vendedor enterado de los efectos de la cláusula manda ponerla, renuncia expresamente, como puede hacerlo, la ley inserta, por ser establecida en su favor, y se obliga al saneamiento de lo que vende para todo tiempo, sea ó no requerido, tenga ó no noticia del pleyto (*b*).

45 Puede igualmente el vendedor ceder al comprador la accion de eviccion que tiene contra el que le vendió la cosa, y entónces podrá el comprador repetir contra sus bienes del mismo modo que el vendedor podria hacerlo; pero si no se le cede, le tendrá únicamente contra este y sus herederos. Y el vendedor de mala fe no solo está obligado á la eviccion, aunque se pacte en la escritura lo contrario, sino que tambien debe por su dolo restituir el precio con los intereses, costas y daños (*c*).

46 La séptima y última cláusula que debe contener la escritura de venta llana, es la *guarentigia* (1), obligando

(*a*) Ley 10 tit. 33 P. 7. (*b*) Cov. lib. 3 var. cap. 17. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1 cap. 61. (*c*) Leyes 6 y 11 §. 12 ff. de Action. empt.

(1) Véase el cap. 18 n. 32 y su nota.

al mismo tiempo el vendedor su persona (sino goza del privilegio de nobleza, ni es Clérigo, ni muger) y todos sus bienes presentes y futuros á la estabilidad y cumplimiento del contrato y sus pactos; como asimismo ha de contener la sumision y renuncia de leyes de que hablaré despues (*a*), lo qual puede hacer tambien el comprador en la aceptacion de la venta. Con todas las expresadas cláusulas será esta firme y no podrá deshacerse sin el unánime consentimiento de ambos contrayentes, aunque se obtenga rescripto del Príncipe, y aunque el vendedor diga que la hizo por grave necesidad ú otra causa, ú ofrezca por ella al comprador el precio doblado; sino es que haya dolo (*b*), pues este anula los contratos.

47 Si el menor de 25 años celebra por sí mismo la venta, y lo que vende es raiz ó mueble precioso que guardándolo puede conservarse, para que sea válida, ha de ocurrir su curador al otorgamiento y preceder informacion de utilidad ó necesidad grave, y licencia judicial; mas para la de los demas bienes muebles basta la aprobacion de su curador, y no interviniendo esta solemnidad será nulo el contrato, y el menor podrá reivindicar la cosa vendida de qualquiera poseedor (*c*). La misma se requiere en el de los mudos y totalmente sordos por naturaleza, de los pródigos, locos y fatuos.

48 Asimismo ha de jurar el menor que por razon de su menor edad, lesion ú otro motivo no reclamará el contrato, pedirá restitucion, ni alegará excepcion que le sea favorable, aunque por derecho se le conceda; y renunciará el beneficio de la restitucion por entero y qualquiera otro, con lo qual será firme la venta ú otro contrato y no podrá invalidarle (*d*); pues el menor en virtud del juramento que hace por sí propio, se reputa como mayor para su celebracion, y el juramento da valor al contrato que por falta de solemnidad es nulo, y aprovecha á aquel en cuyo favor se hace, con tal que no sea opuesto ni á ley ni buenas

(*a*) Dicho cap. desde el n. 30 hasta el 33. (*b*) Leyes 61 y 62 tit. 5 P. 5. (*c*) Leyes 59 y 60 tit. 18 P. 3, 18 tit 16 P. 6 y 22 tit. 11 lib. 5 R. Com. lib. 2 var. cap. 14 nn. 13, 14 y 15. (*d*) Leyes 16 t. 11 y 59 y 60 tit. 18 P. 3.

costumbres, ni ceda en perjuicio de tercero ni en dispendio de la salud eterna (*a*) (1). Pero si le otorga su tutor ó curador en su nombre sin su concurrencia, es superfluo el juramento, porque este solo se obliga á quien le hace, y el curador nada practica por sí. Lo mismo procede en todos los que gozan del beneficio de menor edad. Y aunque á los tutores está prohibido comprar los bienes de sus menores por sí, ó por interpósita persona (*b*), no lo está, si interviene la autoridad de otro tutor que se les dé para los muebles, y la de este y tambien del Juez para los inmuebles y muebles preciosos (*c*).

49 Los esclavos pueden venderse así como otra qualquier cosa, poniéndose en el contrato todas las condiciones justas que sean del agrado de los contrayentes, y si se pone la de que sean libres desde algun dia que se prefine, lo que darán luego que este llegue, aunque no se les manumita, y sin que sea necesaria nueva escritura de libertad (*d*).

50 Quando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó enfermedad, ya sean raices como heredad ó campo que cria malas yerbas, casa ú otro edificio que debe servidumbre ó tributo: ya muebles como mercaderías ó libros: ya semovientes, como esclavos, caballos, mulas y otros semejantes; debe el vendedor manifestarlo al comprador, y si se lo oculta, puede este intentar contra él dentro de seis meses contados desde el dia de la celebracion de la venta la accion *redhibitoria*, que es que se rescinda el contrato llevando cada uno lo que dió al otro, y si no la intenta en ellos, puede usar en otros seis y no despues de la *del quanto ménos* (*quanto minoris*) ó *estimatoria*, y es que el ven-

(*a*) Leyes 17 tit. 11. P. 3, 28 al fin tit. 11 P. 5 y 6 tit. 19 P. 6. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1 cap. 60 n. 1.

(1) Si hay justas razones para prohibir al menor el vender: permutar, &c. sin las formalidades prescriptas en el n. anterior, no debe su juramento dar fuerza al contrato, pues con la misma facilidad que es inducido á contraer, lo será á prestar juramento, con el qual no han de dexar de seguirse al menor los perjuicios que se quieren evitar. Así pues, parece debieran abrogarse las leyes que dan al juramento tanto valor en este y otros casos.

(*b*) Ley 23 tit. 11 lib. 5 R. (*c*) Acerca de esto véase á Hermosilla ley 4 tit. 5 P. 5 glos. 9, 10 y final. (*d*) Ley 45 tit. 5 P. 5.

dedor le devuelva el ménos valor que la cosa vendida tiene por el defecto, tacha ó vicio que le ocultó (*a*); pero si el vendedor se le manifiesta, no puede pretender nada (*b*), y si ignora el vicio, tacha ó defecto, no está obligado á los daños ocasionados por este al comprador sino tan solo á volver el ménos valor que este daria por la cosa vendida á saber el defecto (*c*). Mas de ninguna de las dos acciones podrá usar el comprador, si se obliga á no intentarlas y se ordena la cláusula en esta forma: „ Y el citado comprador se obliga á no intentar contra el vendedor en ningun tiempo las acciones redhibitoria y del quanto ménos por vicio, tacha, enfermedad, ú otro defecto oculto ó manifiesto, grande ó pequeño, substancial ó accidental que dicha mula tenga; y para mayor estabilidad de este contrato hace al vendedor gracia y donacion perfecta é irrevocable del importe del ménos valor, recibe en sí el peligro que por la expresada causa sobrevenga á la citada mula, y renuncia las leyes 63, 64 y 65 del tit. 5 P. 5 que tratan de las expresadas acciones para que jamas le aprovechen.„

51 No solo pueden intentarse dichas acciones en las cosas vendidas sino tambien en las permutadas, y en las que se dan en pago y asimismo en dote con estimacion que causa venta: lo qual se entiende sin perjuicio de la del engaño ó lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, pues aunque en el efecto vienen á ser lo mismo, las causas son diversas, porque la del engaño ó lesion es por lo injusto del precio, y aquellas por el ménos valor que tiene la cosa vendida á causa de la tacha, vicio ó defecto (*d*).

52 La lana debe venderse enjuta y enteramente limpia, ó enteramente sucia (*e*), y sin licencia de los veedores destinados para esto no puede venderse ménos de una arroba; sea lavada ó sin lavar, ni estambre hilado ni por hilar (*f*). Ademas la venta se ha de hacer en dia claro. Y es de advertir que en Real cédula de 28 de marzo de 1784, expedida á consulta de la Real Junta de Comercio, se ha conce-

(*a*) Leyes 63, 64 y 65 tit. 5 P. 5. (*b*) Ley 66 sig. (*c*) Ley 13 ff. de Action. empt (*d*) Góm. lib. 2 var. cap. 2 nn. 48, 49 y 50, y en ellos Ayllon. Cur. Philip. Comerc. terr. lib. 1 cap. 13. (*e*) Ley 2 tit. 13 lib. 7 R. (*f*) Ley 13 tit. 13 lib. 7 R.

dido á los fabricantes de paños y texidos de estos reynos el derecho del tanteo á la que para sacar fuera de ellos compren los extractores y comerciantes, con las qualidades que expresan sus quatro artículos.

53 En la escritura de venta de los censos, efectos, y otros derechos y acciones que tienen precio fixo, no es preciso que se declare si es ó no justo, porque de los propios títulos de pertenencia y del que haya puesto la ley ó costumbre legítima y tolerada, ha de resultar. Tampoco es preciso que se renuncie la ley 1 tit. 11 lib. 5 de la R. porque no puede hacer lesion, sino es que la venta sea de censos enfiteúticos por cincuentenas, veintenas ó decenas, pues en este caso conviene renunciarla por el perjuicio que en su regulacion puede padecer alguno de los contrayentes, miéntras el Soberano no resuelve cómo se han de considerar, lo qual seria muy conveniente.

54 Los juros no se pueden vender á los Ministros y Oficiales del Consejo de hacienda y comision de millones, ni á sus mugeres sin licencia del Rey (*a*): ni tampoco á iglesia, monasterio, Clérigo ni Religioso, ni á los extrangeros, excepto que la tenga para comprarlos (*b*). Por las escrituras que extenderé, se intruirá el Escribano de las cláusulas que requieren las ventas de unos y otros.

55 Aunque en la venta pura é irrevocable no se haga tradicion, ni pase á poder del comprador la cosa, es de su cuenta y no del que se le vende, el provecho y daño que acaezca en ella despues de convenidos en el precio, dado caso que no se haya de otorgar escritura; pues pactándose que se ha de hacer, toca al vendedor hasta que se formaliza, por no estar perfecto entre tanto el contrato y poderse arrepentir qualquiera de los dos. En esta atencion si el tiempo le da mas valor, ó se aumenta por aluvion, ó por el contrario se deteriora, pierde ó quema sin culpa del vendedor, toca al comprador su incremento y decremento; pues quien está á la utilidad debe satar á la pérdida (*c*), y la tradicion es para la translacion del dominio, no para la perfeccion del contrato, excepto que se pacte. Si se pone

(*a*) Auto 2 y 3 tit. 15 lib. 5. R. (*b*) Ley 17 tit. 15 lib. 5. R. (*c*) Leyes 6 y 23 tit. 5 part. 5.

condicion en la venta, y la cosa se mejora ó empeora ántes que aquella se cumpla, pertenece tambien su aumento y menoscabo al comprador; pero si toda se pierde ó destruye, corresponde al vendedor sin embargo de que se cumpla despues; y si ántes de cumplirse mueren el comprador ó vendedor, ó ambos, vale la venta, y verificada que sea la condicion, deben pasar por esta y observaria sus herederos (*a*). Si se vende algun predio contiguo al rio con el pacto de retrovendendo, y por aluvion se mejora ó deteriora, dúdese á quién pertenecerá su aumento ó diminucion, y qué deberá restituir el comprador. Algunos AA. (*b*) dicen que pertenece al comprador, porque la venta está perfecta, se le transfiere su dominio, y el alveo que le agrega el rio, como cosa accesoria la hace suya, por cuya razon cumplirá con restituir el predio, segun se le vendió, quando el vendedor le devuelva el precio. Otros AA. (*c*) opinan que toca á este, porque el dominio que adquiere el comprador, es revocable y temporal, no simple, perfecto, ni perpetuo, y con el mismo título y qualidad con que posee el predio, posee la porcion unida, y así como que no es nueva. Ademas el vendedor al tiempo que enagena el predio, le dexa comprado en virtud del pacto para quando devuelva su precio, por lo qual no hay nueva venta, ni de consiguiente se causa alcabala, sino una disolucion de la primera que la causó. Por tanto debe recibirle con el incremento ó decremento que tenga, mayormente quando al comprador no se causa perjuicio, ni este debe ignorar lo que el rio puede hacer. Esta opinion me parece la mas fundada, y para evitar en este caso dudas y pleytos prevendrá el Escribano á las contrayentes que pacten lo que se ha de practicar. Consistiendo en número, peso ó medida lo que se vende, ó siendo de lo que los hombres acostumbran probar ó gustar ántes de comprarlo, si el comprador lo gusta, pesa, cuenta ó mide, le toca igualmente el aumento ó pérdida posterior; mas no el anterior, sino es que para gustarlo, contarlo, pesarlo ó medirlo prefinan dia, no vaya en él

(*a*) Leyes 26 tit. 5 P. 5. (*b*) Menoch. Consil. 606 nn. 1, 15 y 16 Hermos. ley 42 tit. 5 part. 5 glos. 9 n. 17 vers. Sed in præsenti. (*c*) Sesse decis. 63 nn. 17 y 29. Giurb. decis. 92 n. 15, y otros.

el comprador y despues se empeore, pues en este caso será de su cuenta. Si lo que se compra es por mayor, que llaman *á vista*, *ó á ojo*, será de su cuenta el peligro despues convenidos en el precio (*a*). Finalmente si hecho ya el ajuste tarda el vendedor en entregar la cosa al comprador, y delante de testigos le ofrece este su valor, pertenece á quel; pero si se le entrega despues sin deterioro, y el comprador es moroso en recibirla, le toca á él y no al vendedor (*b*).

56 Despues de entregar al comprador la finca le corresponden sus utilidades y frutos, mediante á que por la tradicion se hace señor de ella, y á que las cosas fructifican ó perecen para sus dueños: lo qual se entiende, aunque no haya pagado su precio, siempre que hubiese dado fianza ó hipoteca para su seguridad, ó el vendedor se la hubiere fiado. Tambien le pertenecen los frutos pendientes en la finca al tiempo de su venta pura y ántes de su tradicion, esten ó no maduros, porque son parte de ella, y se entienden comprehendidos en el precio porque aquella se celebra, sino se pacta lo contrario. Pero siendo hecha con pacto de retrovendendo y estando pendientes al tiempo de la redencion, se duda á quien corresponden. Unos dicen que al que redime con tal que pague los gastos al comprador (*c*), y otros (*d*) que se han de prorratear entre ambos deducidos aquellos, cuya opinion es mas equitativa, aunque la primera es mas conforme á derecho; bien que esto ha de entenderse, quando la retroventa se ha de hacer por el mismo precio que la venta, no si el pacto es solamente de que el comprador ha de retrovender, pues entónces se entiende por el precio justo y se estiman los frutos. Tambien ha de entenderse, quando en qualquiera tiempo puede hacerse la retroventa, y no si al tiempo de la venta hay frutos pendientes, y se pacta retrovender por el propio precio y en dia cierto (*e*). En quanto á si pertenecen igualmente al comprador los frutos que produce la finca despues de perfecto el contrato y án-

(*a*) Leyes 24 y 25 tit. 5. P. 5. (*b*) Ley 27 tit. 5. P. 5. (*c*) Tiraquel de Retract. conven. §. 5 glos. 4 nn. 6 y 7, y otros. (*d*) Escob. de Ration. comput. fin. n. 7. Covar. lib. 1 Var. cap. 15 nn. 6 y 7. Molin de Primog. lib. 3 cap. 12 n. 9. (*e*) Sobre esto véase á Hermosilla ley 42 tit. 5 P. 5 glos. 9 nn. 5, &c. y 11.

tes de su entrega, hay dos sentencias. Segun la una corresponden tales frutos al comprador, aunque no haya dado seguridad ni hipoteca, y aunque el vendedor no se la hubiese fiado, excepto que los contrayentes pacten otra cosa: porque quien está al daño, debe estar á la utilidad, y mediante á que si la cosa perece sin culpa ni mora del vendedor, debe perecer para el comprador y este ha de pagar su precio; deben ser suyos tambien los frutos que produzca antes de su tradicion. Segun la otra sentencia pertenecen al vendedor, porque las cosas, como se ha dicho, fructifican para su dueño, y este lo es hasta que la entrega y se le paga su precio, ó da seguridad de pagarle, ó la entrega fiada al comprador hasta cierto tiempo. Ademas entre los contrayentes debe haber igualdad, y ninguno tiene obligacion de cumplir por su parte, si no cumple el otro; en cuya atencion si el comprador no satisface el precio, transfiriendo en el vendedor la comodidad, usufructo y dominio del dinero, este como dueño debe percibir dichos frutos (*a*).

§. I.

De la venta de villa, y con este motivo se habla de la alcabala y de los pechos, del dominio y de los modos de adquirirle, de la posesion y de la servidumbre (1).

57 Las villas que estan cercadas de torres y muros, se llaman cosas santas, y son tenidas por las mas nobles y honradas, y así antiguamente el que salia ó entraba por ellos con escalera ó de otra manera prohibida, incurria en pena de muerte, como sucedió á Remo hermano de Rómulo, Señor de Roma (*b*).

58 No pueden hacerse sin expresa licencia del Rey castillos, fortalezas, ni casas fuertes (*c*), cuyos Señores tie-

(*a*) Sobre esta controversia véase á Covarrubias lib. 2 var. cap. 5, y para evitar dudas aconseje el Escribano á los contrayentes que se expliquen con claridad acerca de los tales frutos.

(1) Casi todo lo contenido en este §. no pertenece al presente cap. pero se dexa por ser útil y no haber en la obra lugar mas oportuno.

(*b*) Leyes 15 y 16 tit. 28 P. 3. (*c*) Leyes 18 tit. 6 lib. 3 y 8 tit. 5 lib. 6 Recop.

nen obligacion de ir á hacerle pleyto omenage dentro de 30 dias despues de su coronacion (*a*), y no pueden venderlas á ningun extrangero. Ademas el Rey tiene la preferencia por el tanto, aunque se haya hecho la merced con facultad de disponer de ellos libremente (*b*).

59 La jurisdiccion civil y criminal pertenece al Rey como Señor natural que no reconoce superior en lo temporal, para exercerla con absoluta independencia en todos sus reynos y señoríos como derivada de Dios (*c*) y el Juez Eclesiástico que se la usurpa y entremete en ella en los casos prohibidos por derecho, incurre en la pena de confiscacion y perdimiento de sus bienes, y de ser extrañado ó expulso de sus dominios, lo qual se llama comunmente, *ocupar las temporalidades y perder la naturaleza de ellos.* (*d*).

60 Suelen los Reyes hacer á algunas personas en remuneracion de los servicios hechos á su corona merced de las villas y su término con jurisdiccion, vasallage, alcabalas, pechos y otros derechos que les tocan en ellas y sobre sus moradores, como tambien concederles el privilegio peculiar de hacer término, ó coto redondo; y aunque de los baldíos ó tierras concegiles pertenecientes á los lugares poblados para el aprovechamiento en comun de sus vecinos (*e*) no puede el Rey hacer gracia ni enagenacion segun lo pactado en la condicion decima octava del quinto género de millones; los de los poblados en que no hay vecinos que los aprovechen, ni nadie que á título de vecino único conserve los términos concegiles y represente el derecho antiguo del pueblo extinguido, puede enagenarlos y disponer de ellos con causa necesaria, porque la muerte civil del lugar que se despuebla, disuelve la sociedad (*f*); y como nadie tiene derecho peculiar á ellos, por haber cesado la poblacion, recaen en la corona y patrimonio Real al modo que las herencias de los que mueren abintestato sin parientes, pues unos y otros son vacantes sin diferencia como los mostrencos que se dexan por perdidos y vuelven á

(*a*) Leyes 21, 22, 23 y 24 tit. 13 P. 2. (*b*) Leyes 2 tit. 10 lib. 5 R. (*c*) Ley 1 tit. 1 lib. 4 R. y cap. 8 y 21 de los Proverb. (*d*) Ley 4 tit. 1 lib. 4 R. (*e*) Leyes 10 y 11 tit. 7 lib. 7. R. (*f*) Otero de Pascuis c. 22 núm. 9.

la corona pasado el año y observadas las formalidades que prescriben las leyes (*a*). Para instruccion del Escribano explicaré lo que son estos derechos y otras cosas concernientes á la venta de villa.

61 La alcabala *es el tributo ó derecho de un tanto por ciento que pagan al Rey los que venden ó permutan.* Este derecho toca privativamente al Rey, y ninguno puede adquirirle ni eximirse de pagarle sin su consentimiento, á no ser que tenga privilegio sentado en los libros de lo salvado; ni alegar prescripcion, ni pretenderle por costumbre, tolerancia ó posesion, aunque sea inmemorial (*b*).

62 Todas las ciudades, villas, lugares y personas seculares de qualquier estado, calidad y condicion deben pagar alcabala de los bienes que venden y truecan, aunque en el trueque no intervenga dinero, cuya satisfaccion toca al vendedor y no al comprador, excepto la del aceyte que se vende en Sevilla, que ámbos deben pagar por mitad (*c*), ó que en las demas estipulen lo contrario; y si no son del lugar en que se celebra el contrato, ó el vendedor es poderoso ú Oficial del Rey en él, está obligado el comprador á retener su importe hasta que el vendedor traiga carta de pago, ó contenta del arrendador, fiel, ó recaudador de estar satisfecha, pena de pagarla con la mitad mas no haciéndolo (*d*). La que se causa por la venta de bienes muebles y semovientes debe pagarse en el lugar en que se venden, entregándose, ó hallándose en él al tiempo de la venta, aunque se entreguen despues en otro; pero si se venden en un lugar, estando en otro, ha de satisfacerse en aquel en que se hallan, si se entregan en él; y si no estan en el lugar en que se venden, y se pacta que han de entregarse en otro diverso de este, y de aquel en que se hallan, debe pagarla el vendedor en aquel en que estaban quando se vendieron, á no ser que este sea franco de alcabala, pues en tal caso la ha de satisfacer en el lugar realengo, en que se entregaren; y si no es realengo, ni en él percibe el Rey la alcabala, ha de satisfacerla en el realengo inmediato al del

(*a*) Las 6, 7 y 8 tit. 13 lib. 6 R. (*b*) Leyes 2 tit. 15 lib. 4 y 1 tit. 18 lib. 9 R. (*c*) Leyes 1, 5 y 4 tit. 17 lib. 9 R. (*d*) Ley 32 tit. 19 lib. 9 Recop.

señorío donde se hiciere la entrega, con el quatro tanto, sin que de la solucion de este pueda eximirse, aun quando muestre haberla pagado en otra parte (*a*). La alcabala de los bienes raices se ha de pagar en el lugar en que existen (*b*), y lo mismo procede en la que se causa en la venta de los réditos anuales ó censos, como afirma Parladorio (*c*), pues siguen la naturaleza de los bienes afectos á su responsabilidad como accesorios á estos.

63 No estan obligados á satisfacer alcabala de sus propios bienes el Rey, ni los Tesoreros ó Receptores de la Santa Cruzada (*d*), ni las iglesias, hospitales, monasterios, cofradías, lugares religiosos, Prelados Eclesiásticos, ni Clérigos, aunque sean de órdenes menores, si tienen beneficio eclesiástico y no de otra forma (*e*); pero de lo que venden y truecan por via de grangería y negociacion, deben pagarla como tambien otros derechos Reales, y ser reconvenidos por su importe ante el Juez Secular (*f*).

64 Aunque los Clérigos compren algo á los legos, se hallan obligados estos y no aquellos al pago de la alcabala, como si lo vendieran á otros legos (*g*); y para que no se defraude, ni los recaudadores sean perjudicados con la ocultacion de las ventas de bienes raices, se ha mandado que los contratos que la causan, pasen ante el Escribano del Número del lugar, en cuyo término ó jurisdiccion está la cosa que se vende, trueca ó acensúa, y no habiéndole ante el del realengo mas cercano del mismo partido: que ante ningun otro puedan otorgarse pena de privacion de oficio y de satisfacer la alcabala con el quatro tanto; y que el tal Escribano dé al arrendador copia de la escritúra que la causa, dentro de un mes siguiente al dia de su otorgamiento sin ocultacion de partida alguna y con juramento de no haber pasado ante él otra en aquel tiempo. Asimismo le ha de dar testimonio siempre que se le pida (*b*).

65 No se debe alcabala de lo que se da por razon de casamiento, ni de los bienes de los difuntos, aunque intervenga

(*a*) Ley 5 tit. 17 lib. 9 R. (*b*) Ley 9 tit. 17 lib 9 R. (*c*) Lib. 1 Rer. quot. cap. 3. (*d*) Leyes 3 y 5 tit. 18 lib. 9 R. (*e*) Ley 6 tit. 18 lib. 9 R. (*f*) Ley 7 y Autos 1, 3 y 4 tit. 18 lib. 9 R. Acevedo en dicha ley 8 (*g*) Ley 8 tit. 18 lib. 5 R. (*b*) Ley 10 tit. 17 lib. 9 R.

dinero para igualarse sus herederos en el respectivo haber que les corresponde en la particion (*a*); pero sí se debe de la dacion en pago voluntaria, acerca de la qual y de la necesaria se habla en la part. 2 lib. 3 cap. 2.

66 No se debe hacer arrendamiento de alcabala con la condicion de que la que se devenga en una parte, se pague en otra (*b*). Si los arrendadores no la piden en el año en que lo son, ni en otros quatro despues de celebrado el contrato, ni en este tiempo practican diligencia para su cobranza, prescribe la accion de pedirla; pero practicando alguna, que interrumpa la prescripcion, pueden exîgirla; bien que para el Rey nunca prescribe (*c*).

67 Pechos *son los tributos ó contribuciones que pagan los vasallos del Rey que no gozan del privilegio de nobleza.* Por lo que hace á los montes, ningun vecino del pueblo en cuyo término estan, puede venderlos ni talarlos, aunque sea con pretexto de ser comunes, sin órden del Consejo (*d*): ni tampoco los dueños de ellos pueden derribar sus árboles sin licencia de los respectivos Jueces, ni aun con ella sino en la forma que prescribe la Real ordenanza, pues conviene su conservacion. Y en Real cédula de 15 de Junio de 1788 se manda que en los nuevos plantíos silvestres y siembra de árboles no entren ganados en los primeros 20 años que son necesarios para su arraygo, á fin de que estos no los inutilicen, ni impidan su cria; pero pasados pueden entrar á pastar sus yerbas: que los dueños de las tierras en que se hacen plantíos de olivares ó viñas con arbolado, ó huertas de hortaliza, ó legumbres con árboles frutales, puedan cerrarlas ó cercarlas por todo el tiempo que ellos ó sus arrendadores las mantengan pobladas de dichos plantíos; y que en conseqüencia de todo qualquiera dueño ó arrendador pueda cerrar ó cercar las posesiones ó terrenos que le convenga en los términos expuestos sin necesidad de solicitar concesiones particulares; mas si sus dueños abandonasen el cuidado de los plantíos, y

(*a*) Ley 35 tit. 18 lib. 9 R. (*b*) Ley 18 tit. 12 lib. 9 R. (*c*) Ley fin. tit. 17 lib. 9 Rec. El que quiera instruirse mejor de las cosas de que se debe pagar ó no alcabala, y qué personas estan ó no exêntas de ella, vea á Ripia en su Práctica de Rentas Reales. (*d*) Leyes 6 tit. 28 P. 3, 7, 11, 15, 16, 26 y 27 t. 7 lib. 7 R. y Autos 28 t. 5 lib. 3, y 2 y 3 tit. 7 lib. 7 R.

el cultivo de las huertas y cercados, deberán perder esta gracia.

68 Pueden los vasallos irse á vivir á otra tierra ó lugar realengo, ó de señorío, llevar sus bienes muebles, y vender ó arrendar los raices que tienen en el de su Señor, sin que este tenga facultad para impedírselo (*a*); y si hacen obligacion de guardar vecindad en lugar de señorío, no vale, aunque sea jurada, pasando á lugar realengo, ni por ella deben ser prendados los bienes que poseen en el del señorío (*b*).

69 Límites y mojones *son los que dividen los términos de los lugares y tierras.* Deben ser los mismos que habia en lo antiguo, y el que los muda ó quita sin licencia del Rey ó de Juez competente, incurre en la pena de 50 maravidís de oro (1) por cada uno que mude ó quite, y pierde el derecho que tenga á la tierra que quiso adquirir por este medio, y si ninguno tiene, debe pagar á su dueño tanto como vale (*c*).

70 De las cosas terrestres que el Autor de la naturaleza ha criado, unas pertenecen en comun á todos los hombres, y son el ayre, aguas, mar y su ribera, y qualquiera puede aprovecharse de ellas (*d*) no habiendo prohibicion: otras corresponden á los Emperadores, Reyes y Príncipes Soberanos, como los portazgos, salinas, pechos y otras, rentas y tributos (*e*): otras al comun de cada pueblo, v. gr. las fuentes, plazas, exidos, montes, dehesas, &c. de las que solo pueden utilizarse sus moradores (*f*); y otras tocan privativamente á cada hombre en particular que puede hacer de ellas lo que quiera como dueño (*g*). En esta atencion me parece conveniente hablar de paso del dominio y de los medios de adquirirle para tinturar al Escribano. El dominio ó señorío es de dos clases: el uno *jurisdiccional, alto, esmerado* ó supremo, y el otro *baxo*, ó de propiedad. El jurisdiccional de que he hablado en el n. 59, corresponde el

(*a*) Ley 1 tit. 9. lib. 7. Rec. (*b*) Ley 3. tit. 9 lib. 7 Rec.

(1) Véase sobre el importe de los maravedís de oro el num. 7. cap. 12; bien que ahora en lugar de dichos 50 maravedís impondria el Juez una multa arbitraria.

(*c*) Leyes 30 tit. 14 P. 7 y 6 tit. 6 lib. 3 R. (*d*) Leyes 2 &c. y 6 t. 28. P. 3. (*e*) Ley 11 tit. 28 P. 3. (*f*) Leyes 9 y 10 tit. 28 P. 3 (*g*) Ley 2 tit. 28 P. 3.

los Emperadores, Reyes y demas Soberanos para mandar, prohibir y gobernar á sus súbditos y vasallos; y el baxo ó de propiedad que es del que trato, toca á las personas privadas. Se divide en *perfecto é imperfecto*: el perfecto y pleno *es un libre poder ó una absoluta facultad que tiene el hombre en sus bienes para hacer de ellos y de sus frutos en vida y muerte lo que quiera, no siendo contra ley.* El imperfecto *es el que tiene alguna persona en alguna cosa al mismo tiempo que otra tiene en la misma otra especie de dominio.* El dominio directo que tiene algun señor de feudo ó cosa enfiteútica, es un dominio imperfecto, así como lo es el dominio útil que tienen el feudatario, enfiteuta, superficiario y usufructuario; pues cada uno de los dichos reconoce á otro por dueño en la cosa y no es único.

71 Se adquiere y transfiere el dominio perfecto por uno de tres medios. El primero es por última voluntad, contrato, ó disposicion del hombre, como testamento, donacion, venta, cesion, &c. El segundo medio es por mera disposicion del derecho positivo, Real ó canónico, el qual por los motivos que se exponen en la segunda parte (*a*) y trae una ley de Partida (*d*), estableció la *usucapion*, ó prescripcion, en cuya virtud puede adquirirse (*c*); pues por la usucapion *es adquisicion del dominio de alguna cosa por tener la posesion de ella todo el tiempo que prefine el derecho*; y sirve no solo para que el poseedor que la usucapió, pueda excepcionar esto contra el que intente quitársela, sino tambien para demandarla si perdió su posesion, mas para usucapir son necesarios los requisitos siguientes: que la cosa se pueda enagenar y prescribir, pues en las inalienables, hurtadas y quitadas por fuerza no tiene lugar la usucapion; y que el poseedor sea apto, tenga justo título y buena fe para poseer, y posea en su nombre y no en el de otro todo el tiempo que prefine el derecho para la prescripcion de las cosas muebles y raices sin interrupcion, con cuyo tiempo debe computarse el tiempo que la tuvo el sugeto de quien la adquirió (*d*).

72 El medio tercero de adquirir el dominio es por de

(*a*) Las 3 cap. 2 §. 4. (*b*) La 1 tit. 29. part. 3. (*c*) Tit. 29 part. 3 y tit. 26 de Præscription. lib. 2. Decretal. (*d*) Leyes 9, 12, 14, 15, 16, 18, 19, 20 y 21 tit. 29 P. 3. Ferrer. Biblioth. verb. Præscript. §. 1 &c. y 5.

recho natural y de gentes, y por el positivo juntamente, lo qual sucede de siete modos, que son: por *ocupacion*, *aluvion*, *especificacion*, *accesion*, *confusion*, *commixtion y percepcion de frutos*. Por *ocupacion* es, quando alguno toma la cosa que carece de dueño, pues la hace suya el que primero la ocupa ó aprehende: v. gr. las fieras silvestres, los pescados del mar ó rio comun, las abejas, el tesoro, &c. (*a*) bien que todo esto tiene algunas limitaciones que traen las leyes citadas. Por *aluvion* es, quando el rio va quitando insensible y paulatinamente á alguno parte de su fundo y arrimándola al de otro, pues como accesoria se hace de este, sigue su naturaleza, y se considera uno mismo, lo qual se llama propia y verdaderamente aluvion; porque quando una avenida, ó creciente rápida y patente separa parte de un fundo y la agrega á otro, no muda de dueño (*b*). Mas para la mejor inteligencia de esto digo, que si por aluvion se hace de nuevo una isla en alta mar, es del primero que la ocupa: si se hace en medio del rio, es comun á los que tienen predios mas cercanos á ella, y así deben dividirla proporcionalmente: si estuviere mas próxîma al de uno que á los de otros, se le acrecerá toda: si el rio rompe la heredad de uno y dexa aislada parte de ella, permanecerá suya; y si dexando el alveo ó madre que tenia, toma y dirige su curso por otra parte, se acrece proporcionalmente el alveo antiguo á los predios ó campos inmediatos (*c*): por manera que el incremento del aluvion en quanto á la substancia y propiedad se hace del dueño del predio á quien se agrega, y por lo concerniente al usufructo, si es paulatino, corresponde al usufructuario, y si rápido y manifiesto al propietario (*d*), aunque al feudatario y enfiteuta se acrecen la propiedad y el usufructo (*e*). Por *especificacion* es, quando se da diversa forma á la cosa agena, de suerte que parece producida nueva especie, como si de la agena se hace paño, de la uba vino, de las tablas navió, de la plata vaso, &c. y así para adquirir de este modo el dominio no es bastante que se inmute accidental-

(*a*) Leyes 17 &c. y 22, y ley 45 tit. 28 Part. 3. (*b*) §§. 20 y 21. Inst. de rer. divis. (*c*) §§. cit. y leyes 28, &c. y 32 tit. 28 P. 3. (*d*) Ley 9 §. 4 ff. de Usufruct. & quemadmodum. (*e*) Card. de Lugo, tomo 1 disp. 6. Sect. 11 nn. 150 y sig. Molin. de Just. & jur. disp. 56.

mente alguna cosa de la materia, v. gr. que la lana se tiña, sino que se requiere sea tal la mutacion, que la cosa se tenga por nueva, se llame por nombre substantivo del todo diverso, y no pueda ser reducida á la materia primera, como el vino que no se puede volver uba (*a*). Por *accesion ó conjuncion* es, quando la cosa de uno se junta por la industria humana á la de otro; v. gr. en la plantacion de árboles ó edificacion de casa en precio ageno, en la pintura y ornato, &c. pues todo lo que se agrega á ella corresponde á su dueño y como accesorio cede al suelo ó cosa principal (*b*); si bien acerca de este punto hay algunas distinciones que hacer, de las que tratan los textos y leyes que se citan (*c*). Por *confusion* es, quando se juntan cosas de diversos sugetos que forman un solo cuerpo sin separacion de partes, y se confunden de tal suerte que no se pueden distinguir ni separar; v. gr. el vino de uno mezclado con el de otro. *Por commixtion ó mezcla* es, quando las cosas que se juntan, aunque no pueda distingirse qual es de cada dueño, permanecen enteras y separadas realmente como si se mezclase el trigo ó el dinero de dos personas (*d*). Y por la *percepcion de frutos* es, quando percibe estos con buena fe el poseedor de fundo ageno, pues los hace suyos sin tener obligacion de restituir los consumidos con ella, aunque el verdadero dueño comparezca y se le quite en juicio, lo qual no sucede al de mala fe (*e*).

73 La ley 1 tit. 30 Partid. 3 explica qué cosa es la *posesion* en esta forma: *Possession tanto quiere decir como ponimiento de pies: é segun dixeron los Sabios antiguos, possession es tenencia derecha que ome há en las cosas corporales*

(*a*) §. 25 Instit. de Rer. divis. y leyes 7 §. 7 y 26 §. ult. ff. de Acquirend. Rer. dom. (*b*) Ley Cum aurum 19 §. Perveniamus 13 ff. de Auro, argento, &c. y §. Si tamen, Instit. de Rer. div. (*c*) §§. 29, &c. y 33. Inst. de Rer. divis. leyes 38 ff. de Petition. hæred. 7 ff. de Acquir. rer. domin. 2 Cod. de Reivind. 1 y 2 ff. de Arboribus cædend. 6 § 2 ff. Arborum furtim cæsarum, y 35, &c. y 38 tit. 28 P. 3. (*d*) §§. 27 y 28 Instit. de Rer. divis. leyes 33 y 34 t. 28 Part. 3. Para saber quando se adquiere ó no el dominio por la confusion y conmixtion, véase á Ferrar. Bibl. verb. Domínium nn. 70, &c. y 84. (*e*) Leyes 39 y 40 tit. 28 Part. 3 y §. 35 Instit. de Rer. divis. Sobre si haciendo ámbos expensas en finca agena podrán ó no exigirlas de su dueño, véanse las leyes 41, &c. y 44 tit. 28 Part. 3.

con ayuda del cuerpo: *é del entendimiento*; y para mayor instruccion del Escribano digo que hay *posesion* y *quasi posesion*: la posesion tiene lugar en las cosas corporales, raices, muebles y semovientes, porque su aprehension concurren el cuerpo y el ánimo de poseerlas, ya sea la aprehension verdadera, v. gr. tocando ó aprehendiendo la cosa mueble con las manos, ó poniéndose corporalmente en la inmueble ó parte de ella con el ánimo de poseerla toda: ya *ficta* que es la que aunque no se haga con acto verdadero corporeo, se tiene en derecho por verdadera y se llama *quasi aprehension*, la qual se executa de varios modos (*a*). La quasi posesion se adquiere y se tiene en las servidumbres, patronatos, pensiones anuales, derechos y acciones, en las quales no concurre el cuerpo para la aprehension, porque no pueden tocarse ni palparse sino solo usarse, cuyo uso es el que se llama *quasi posesion*, y así únicamente interviene el ánimo de poseerlas y tenerlas (*b*).

74. Divídese la posesion en *natural y civil*: la natural se adquiere por el apoderamiento y tenencia de la cosa que es propiamente detencion, y consiste en el hecho y no en el derecho para poseer; y la civil ó civilísima se adquiere por ministerio ó disposicion de la ley, sin que intervenga acto humano, de suerte que una vez tomada la posesion natural ó real y corporal, aunque el dueño no se halle corporalmente en la cosa, si persevera en el ánimo de conservarla, no la pierde, y se presume legalmente que es tenedor de ella, miéntras no se verifique que tuvo ánimo de desampararla (*c*); por cuya presuncion legal es tan poderoso el título de posesion que produce entre otros los quatro efectos siguientes; el primero es, que si se controvierte sobre el dominio ó propiedad de alguna finca ó alhaja, y no se puede pobrar concluyentemente á quien pertenece, prevalece en esta duda la condicion del poseedor: por manera que este no se halla obligado á probar en juicio que la cosa es suya, y si el demandante no justifica lo contrario, com-

(*a*) Gómez expone los principales en la ley 45 de Toro como por exemplo la entrega de la escritura de enagenacion. (*b*) Ley 1 tit. 30 Part. 3. Parlad. differ. 26. (*c*) Ley 2 t. 3 P. 30. Roxas de incompat. part. 5 cap. 5 n. 20. Valenz. consil. 35. Ferrar. Biblioth. verb. Dominium art. 1 nn 22, &c. y 25.

tinuará en su posesion (*a*): el segundo es, que la posesion con buena fe confiere al que la tiene el derecho de administracion, y así la eleccion, presentacion, y demas gestiones que haga, y sean concernientes á ella, valdrán, aunque luego aparezca no competirle el tal derecho (*b*): el tercero es, que el poseedor invadido por alguno puede defender la cosa que posee empleando igual fuerza contra el que le inquieta en su posesion (*c*): y el quarto es, que si al tiempo de moverse el pleyto se halla alguno en posesion de la finca litigiosa y no le posee clandestinamente, por fuerza ni en precario, le debe defender y mantener en ella el Juez (*d*).

75 Qualquiera persona capaz puede adquirir por sí misma la posesion y quasi posesion, y en su nombre sus siervos ó hijos que estan en su poder, ó sus apoderados (*e*). Por el loco, pródigo ó menor ha de tomarla su curador, y por el comun de algun concejo qualquier Oficial de él (*f*).

76 Se adquiere la posesion de una cosa poniéndola el dueño en poder del que la toma, ó estando los dos viéndola y diciéndole que se la entrega, ó vendiéndosela y metiéndole ó consintiendo que entre en ella, ó dándole los títulos de su pertenencia ó sus llaves, ó haciéndole escritura de ella con la cláusula de constituto (*g*); y si el que la toma posee de buena fe, no tiene qué dar el precio de los frutos consumidos hasta el dia de la contestacion del pleyto, aunque sí volver los no consumidos, exîgiendo las expensas hechas en sus labores, siembra y recoleccion, sino es que los frutos sean de los que produce por sí la naturaleza sin industria, como peras, nueces y otros semejantes, pues aun estando estos consumidos debe entregar su importe; pero el poseedor de mala fe no solo no hace suyos los frutos, sino que ha de satisfacer el valor de los que pudo percibir y no percibió, sacando los gastos hechos en sus labores (*h*).

77 La posesion de las cosas raices se pierde por tres cau-

(*a*) Cap. 65 de Regul. jur. in 6 y §. 4 Inst. de Interdict. (*b*) Cap. 24. de eleccion. y cap. 19 de Jure patronat. (*c*) Leyes 1 Cod. Unde vi, y 3 ff. de Vi & vi armat. (*d*) Leyes 1 ff. Uti possidetis, y 1. Codic. de Servit. Acerca de lo que es posesion civil y natural, quasi posesion y posesion civilísima, y cómo se aprehende en las cosas corporales, incorporales, beneficios y mayorazgos, véase Parlador. differ. 26. (*e*) Leyes 3 y 12 tit. 20 Part. 3. (*f*) Ley 4 tit. 30 Part. 3. (*g*) Leyes 6, 7, 8, 9 al fin, 10 y 11 tit. 30 Part. 3. (*h*) Ley 39 tit. 28 Partid. 3.

sas: la primera es, si se despoja por fuerza de ellas al poseedor: la segunda, si en su ausencia entra alguno en ellas, y quando vuelve, no quiere el intruso recibirle; y la tercera, quando sabe que alguno se introduxo en ellas y no quiere ir á recuperarlas, temiendo que le eche por fuerza ó no quiera admitirle (*a*); pero le queda su derecho á salvo para demandarlas, y justificando la intrusion debe ser restituido á su goce, y el intruso despojado ante todas cosas, ya hubiese hecho el despojo por su propia autoridad, ya con la del Juez sin citacion del despojado, aunque el despojador ú otro tercero haga opisicion y prueba, sino es que esta sea con instrumento executivo (*b*), ó que entre el despojado y despojador haya reconvencion sobre otro despojo precedente en las mismas cosas; pues probado este se admitirá la oposicion é impedirá la restitucion hasta que se decida el litigio (*c*).

78 El que de su propia autoridad despoja á otro por fuerza ó de otra suerte contra su voluntad de la posesion de alguna cosa, pierde el derecho que tenia á ella y comete delito (*d*); y la restitucion del despojado por persona particular de su propia autoridad, ó con la judicial, no habiendo sido aquel citado, oido ni vencido, se ha de hecer sin citacion del despojador, solo con que conste, aunque sea por informacion sumaria que el despojado tenia la posesion (*e*); porque lo que se executa de propia autoridad indebidamente, quiere el derecho que por lo mismo se rescinda y anule (*f*).

79 La servidumbre es *un derecho en cosa agena concedido á otro, mediante el qual por la utilidad de este se halla obligado el dueño á no hacer, ó á permitir, que se haga algo en ella* (*g*). Es de dos especies, *real y personal*: la primera *es la que se debe á las cosas*, y la segunda *la que se debe á las personas* como el usufructo, el uso y la habitacion. La *real* se divide en *urbana y rústica*: aquella *es* la *impuesta sobre edificio, el qual se llama predio urbano*, y

(*a*) Leyes 17 tit. 30 Part. 3. (*b*) Leyes 18 tit. 10 Part. 7 y 2, 3, 5, 6 y 7 tit. 13 lib. 4 Rec. (*c*) Cur. Philip. juic. exec. §. 28 n. 5. (*d*) Leyes 14. 15 y 16 tit. 10 Partid. 7, 5 tit. 14 lib. 4 y 10 tit. 17 lib. 5 Rec. (*e*) Leyes 2 y 3 tit. 13 lib. 4 Rec. (*f*) Cur. Philip. juic. executiv. §. 28 num. 4. (*g*) Vinnias proemio de servitutibus.

esta es *la impuesta sobre campo ó heredad, que se llama predio rústico.*

80 Si alguno concede en vida, ó dexa en su testamento á otro la habitacion en su casa sin señalar por quanto tiempo, se entiende por toda su vida, durante la qual puede habitarla con su familia, ó arrendarla á quien use bien de ella, dando fianza de usarla y cuidarla como debe, de modo que no se deteriore por su culpa, ó de los que introduzca en ella (*a*); pero el usuario no puede arrendar aquella de que se le dió el uso (*b*), porque es para su persona y familia solamente.

81 El que tiene facultad para tratar y contratar, puede imponer servidumbre en sus cosas propias (*c*), y en las que tiene en feudo, ó por su vida y de sus herederos (*d*); mas no en las sagradas ni religiosas, ni en las que son para el uso comun de algun pueblo como las plazas, mercados, exidos y otras semejantes.

82 La cosa que tiene servidumbre, no puede venderse sin ella, porque es de tal naturaleza que no se puede separar de la heredad ó edificio sobre que está impuesta, sino es que lo consienta el señor del predio á quien se debe (*f*).

83 De dos maneras puede el dueño de una cosa imponer servidumbre en ella: la primera es concediéndola graciosamente, ó por precio á otro; y la segunda es por testamento diciendo que tal sugeto determinado tenga tal servidumbre por su casa ó heredad, que su casa no se levante mas para que no le quite las luces, ó que pueda cargar sobre sus paredes, ó entrar por su heredad, ó traer agua por ella para regar la suya, ó de otro modo semejante. Tambien se puede adquirir la servidumbre por el uso de algun tiempo (*g*), así como perder por el no uso (*h*).

84 Todos estos derechos y otras regalías que los señores tienen en los lugares de sus señoríos, pueden venderse, aunque si estan vinculados, es preciso para que valga su

(*a*) Ley fin. tit. 31 Part. 3 §. 5. Institut. de Usu & habition. (*b*) Dicho §. y ley 1. vers. Inter commodatum, ff. Commodati. (*c*) Ley 13 tit. 31 Part. 3. (*d*) Ley 11 tit. 31 Part. 3. (*e*) Dicha ley 13. (*f*) Ley 12 t. 31 Part. 3. (*g*) Ley 14 tit. 31 Part. 3. (*h*) Se podrá tener una perfecta instruccion de la materia de servidumbres viendo el tit. 3 de la partida 3, á Gómez lib. 2. var. cap. 15 y á su adicionador Aylion.

enagenacion que proceda facultad Real y se inserte en la escritura. La de venta de villa es lo mismo que otra qualquiera en quanto á sus cláusulas y seguridades, mas por diferenciarse algo en la narrativa y exôrdio la extenderé para instruccion del Escribano.

§. III.

De la venta de cosas eclesiásticas.

85 Para alabar mejor á Dios y por quatro causas que expresa la ley 2 tit. 13 Partid. 1 determinó la iglesia nuestra madre que se hiciesen templos, y que en ellos y en sus cementerios como lugares sagrados se enterrasen los cadáveres de los Christianos. El dominio directo de los templos es puramente eclesiástico y sagrado, luego que se consagran y dedican al culto divino, aunque á nadie se haya enterrado en ellos, por lo que quien le enagena, comete simonía, la qual es *un sacrilegio que consiste en comprar, vender, ó enagenar las cosas sagradas y espirituales, y las anexas á ellas por las profanas ó temporales* (*a*).

86 Tomó el nombre de *simonía* de un hombre llamado Simon Mago, ó hechicero que fué bautizado por San Felipe en Samaria, y el primero que en el Testamento Nuevo, ó Ley de Gracia cometió simonía espiritual, porque viendo á los Apóstoles hacer milagros quiso comprarles la gracia de hacerlos por dinero que les ofreció (*b*). En el Testamento Viejo, ó Ley Escrita se llamaban *Geecitas* los que la cometian, cuyo nombre se derivó de *Geci*, criado del Profeta Eliséo, porque aquel pidió dones á Naaman, Capitan del Rey de Siria, á quien su amo habia curado milagrosamente la lepra que padecia, y se los dió en remuneracion y pago de este beneficio, y por haber cometido tal delito, se puso gafo ó leproso (*c*); pero hoy todos se llaman aunque impropiamente *simoniacos*.

87 Divídese en *espiritual y eclesiástica* (1): la espiritual

(*a*) Ley 1 tit. 17 Part. 1. (*b*) Ley 1 tit. 17 Part. 1. (*c*) Ley 2 tit. 17 Part. 1.

(1) Por otro nombre en simonia contra derecho diviso y en simonia contra derecho eclesiástico.

es comprar y vender cosas espirituales como la gracia y sacramentos que puramente lo son, la qual está reprobada por derecho divino y prohibida como mala: la eclesiástica y anexa á la espiritual *es vender ó comprar algunos oficios ó alhajas de la iglesia, y resignar, ó permutar beneficios eclesiásticos sin autoridad pontificia*, la qual se halla reprobada por derecho canónico (*a*) y es mala en quanto prohibida; pero ámbas son sacrilegios y pecados contra la virtud de la religion por el vilipendio que se hace de lo sagrado equiparándolo á lo profano. Otras divisiones hacen los canonistas y moralistas individualizando los casos en que se comete, y que omito, por parecerme suficiente lo expuesto para dar una tintura al Escribano, y si quiere mayor instruccion, vea las leyes, disposiciones canónicas y AA. que se citan (*b*) (1).

88 Por cosa espiritual se entiende aquello que pertenece al órden de los bienes sobrenaturales, ó está ordenado por institucion divina ó eclesiástica para la salud del alma, v. gr. las gracias gratis datas por Dios, los sacramentos y cosas sacramentales, los divinos oficios, y oraciones públicas y privadas, los actos de jurisdiccion eclesiástica, como son la absolucion de pecados y censuras, la concesion y aplicacion de indulgencias, la dispensa, relaxacion de votos y juramentos, la eleccion presentacion, nominacion, institucion, colacion é investidura de qualquier beneficio, oficio ó dignidad eclesiástica y otras cosas semejantes, (*c*) las quales aunque no pueden venderse, sí conmutarse por otras

(*a*) Ley 1 tit. 17 P. 1 glos. in cap. 12 verb. Dimittere, de offic. deleg.
(*b*) El tit. 17 Part. 1 Conc. Trident. Ses. 21 cap. 1 de Reform. Gutierr. Canon. quæst. 9 y 29. Suar. de Relig. tom. 1 lib. 4 de Simonia c 41 S. Thom. 2., 2 q. 100. Ferr. Biblioth. verb. Simonia art. 1, 2, 3 y 4.
(1) Entre las divisiones que se hacen de la simonía, la principal es en mental, convencional y real: la primera consiste en querer dar, ó mas bien en dar cosa temporal con intencion de que se recompense con cosa espiritual ó anexa á ella: la segunda consiste en un pacto tácito ó expreso de dar lo espiritual por lo temporal; y la tercera en llevarse á execucion el pacto, ya se dé lo espiritual y temporal, ya solo lo espiritual. La convencional puede ser clara ó palliada que es la que va embebida ó disimulada en otro contrato. Por cosa temporal se entiende no solo dinero, alhaja, ó finca sino tambien qualquiera favor, intercesion, elogio, servicio, obsequio, &c.
(*c*) Act. Apost. cap. 8 num. 20. Matth. 10 cap. 1 n. 8 cap. 5, 7, 9, 11, 21, 221 caus. 1 q. 1 y cap. 8, &c. v. 36 de Simonia.

iguales de propia autoridad sin cometer simonía (*a*), porque no hay prohibicion divina ni eclesiástica que lo impida.

89 Por cosas anexas á las espirituales se entiende las que no son intrínsecamente espirituales y estan unidas á ellas, como el derecho de patronato, los réditos y pensiones de beneficios, las primicias y diezmos, el derecho de percibirlos, el trabajo de administrar los sacramentos y celebrar las misas, los templos, altares y ornamentos sagrados, los Agnus Dei, y todas las demas cosas consagradas y benditas, las quales no se puede comprar, vender, ni enagenar por precio, y quien las enagena, empeña ó compra, incurre en varias penas que el derecho canónico y Real (*b*) le imponen y asi interviene precio, no se da por ellas sino por estipendio y limosna, pues todas tienen una relacion directa con la espiritual.

90 Otras hay que aunque son eclesiásticas, porque pertenecen á Eclesiásticos, se pueden vender y enagenar por precio, como son los bienes raices y somovientes, acciones y derechos propios de algun convento, iglesia ó comunidad eclesiástica, pues miran directamente á lo temporal, y en su venta y enagenacion no se comete simonía; mas para ser enagenados ha de haber utilidad, necesidad ó piedad, á que se reducen las seis causas que expresa la ley 1 tít. 14 Part. 1 con estas palabras: *La primera por grand deuda que deviesse la iglesia, que no se pudiesse quitar de otra manera. La segunda, para quitar sus parrochianos de cativerio, si non oviessen ellos de que se quitan. La tercera, para dar de comer á pobres en tiempo de hambre. La quarta para facer su Eglesia. La quinta, para comprar logar cerca de della para crecer el cimenterio. La sexta, por pró de su Eglesia, como si vendiesse, ó cambiasse alguna cosa que no fuesse buena, para comprar otra mejor.* Con esta Real disposicion concuerdan varias disposiciones canónicas (*c*).

91 La solemnidad y formalidades que han de intervenir para la firmeza de la escritura de enagenacion de bie-

(*a*) Joan. 1 ibi: Gratiam per gratia. (*b*) Cap. 2, 3, 4, 7, 8, 9, 12, 13, 14 y 15, caus 1 q. 3, y leyes penult. tit. 14 y 11 y 12 tit. 17 Partid. 1 y 6 al fin y 7 tit. 2 lib. 1 Recop. (*c*) La Clementin. 1 de Rebus Ecclesiæ alienand. ei cap. 1. de Pignorib. y el cap. Aurum., caus. 22. q. 2.

nes eclesiásticos, se reducen á lo siguiente. Lo primero es que el Obispo y su cabildo, ó el Prelado de algun Convento y sus Religiosos se junten, para cuyo fin el respectivo Superior debe convocar á son de campana ó por cédula ante diem, segun acostumbren hacerlo, quando tienen que conferir sobre alguna cosa útil á la comunidad, á todos los que tienen voto, porque si alguno no es llamado, puede anular el acto, y siéndolo, aunque no asista, no se anulará, puesto que el Prelado cumple con avisar á todos; y estando congregados les debe proponer el motivo de la convocatoria y mandar que traten del asunto y den su parecer. Este acto ó junta que llaman *tratado*, suele reiterarse en dos dias continuados. En los dos primeros nada resuelven, quedando todos en que lo reflexionarán; pero en el último dice cada uno lo que cree mas conveniente; y si alguno ó algunos no asienten á la enagenacion, se ha de expresar junto con las razones en que afianzan su dictámen; pues aunque sea menor parte la de los que se oponen á ella, si sus fundamentos son mas poderosos y sólidos que los de la mayor, no debe efectuarse la enagenacion, y si se hace, no valdrá (*a*).

92 Sobre si han de ser tres los actos ó juntas y celebrarse en tres dias continuados, hay variedad de opiniones. Yo no he encontrado ley que lo mande ni aconseje, pues la 10, tit. 14 Partid 1 hablando de lo que debe obvservar el Obispo con su cabildo en la enagenacion de las cosas de su iglesia, manda que se junten, que para ello se convoque á todos estando en parage de donde puedan ir, que de lo contrario puedan los no convocados oponerse á lo resuelto en el acto, y que este no valga; pero no dicen que hayan de ser tres las juntas, ni en tres dias continuos, ni la 63 tit. 18 Partid. 3 que prescribe la forma de ordenar estas enagenaciones, previene semejantes requisitos: ni el derecho canónico (*b*) lo he hallado dispuesto, y sí solo que preceda el tratado de todo el cabildo ó comunidad; en cuya atencion me persuado de que los tres actos se celebran por costumbre á fin de resolver con mas madurez y acierto, y no por mandato ni

(*a*) Ley 10 tit. 14 Part. 1. (*b*) Cap. 1 de Reb. Ecclesiæ alienand. y Can. Sine exceptione 12 q. 2.

por ser circunstancia substancial; pero lo mejor es que se practique lo que se acostumbre.

93 Lo segundo es, que intervenga licencia del Superior. Antiguamente se dudaba qual habia de ser este, pues unos decian que bastaba la del inmediato al cabildo ó comunidad, como el Obispo ó Provincial, y otros que era precisa la del Papa, cuya duda quitó la Extravagante *Ambitiosæ*, prohibiendo la enagenacion sin licencia del Sumo Pontífice; pero sin embargo hoy basta la del Superior inmediato, por no haberse recibido esta disposicion en lugares muy distante de la Santa Sede (*a*).

94 Lo tercero es, que ocurra la voluntad y consentimiento expreso de toda la comunidad, ó de su mayor y mas sana parte (*b*). Lo quarto es, que se sienten los nombres y apellidos de todos los individuos de la comunidad que subscriban en la enagenacion y la aprueben (*c*).

95 Lo quinto es, que la licencia y tratados se unan originales á la escritura de enagenacion para documentarla, y se inserten en sus traslados: como tambien que al otorgamiento concurran todos los individuos por sí mismos y en nombre de los ausentes, enfermos é impedidos de presenciar el acto, y de los que le sucedan, presentando por ellos la caucion de *que aprobarán la enagenacion* (ó lo que hacen) *y jamas se opondrán á ella, y que si lo hicieren, pagarán aquello á que judicialmente sean condenados, por lo qual estarán á derecho y asistirán á juicio* (*d*).

96 Lo sexto es, que confiesen los concurrentes ser todos ó la mayor parte de los que componen la comunidad y tienen voto en ella; y si habiendo faltado á la verdad, alegan despues, por no haberlo sido, la nulidad del contrato, no se les debe oir por el dolo que cometiéron, pues las leyes protegen á los engañados y no á los engañadores.

97 Lo séptimo es, que se obliguen á la firmeza del contrato los bienes y rentas presentes y futuras de la comuni-

(*a*) Eng. lib. 3 t. 13 n. 14 y sig. Reinfest. lib. 3 t. 13 §. 2 nn. 30, 31 y 32. (*b*) Cap. 8 §. fin. de Reb. Ecclesiæ alienand. y leyes 5, 7 y 10 t. 14 Part. 1. (*c*) Cap. 1 de His quæ fiunt à Prælatis, con el qual concuerdan las leyes 7, 8, 9 y 10 tit. 14 Part. 1, cuyo título trata latamente de las cosas pertenecientes á las iglesias que pueden ó no ser enagenadas, en qué casos, por quién y cómo. (*d*) Ley 63 tit. 18 part. 3.

dad, como lo dice la citada ley 63. „Salvo que debe decir, que el Abad obliga por sí é por sus successores los bienes del Monasterio al comprador, é á sus herederos por aquella vendida que le face.„ Lo propio debe observarse por idéntica razon en las enagenaciones de bienes de iglesias que tienen cabildos; y si son parroquiales, han de intervenir los patronos y algunos parroquianos, como lo previene la expresada ley; pero esto se entiende solo en dos casos que trae Reinfestuel (*a*), y son: el primero, es quando el patrono dió sus bienes en feudo á la iglesia; y el segundo quando en la fundacion de esta puso la condicion de que habia de intervenir precisamente su consentimiento en la enagenacion, y la iglesia la aceptó.

98 Y lo octavo es, que la escritura contenga la renuncia del beneficio de menor edad y restitucion por entero que por derecho (*b*) compete á las iglesias, concejos comunidades, fisco y menores; y asimismo que los otorgantes juren la observancia del contrato para su mayor estabilidad. Con los expresados requisitos quedará segura la enagenacion de bienes eclesiásticos, y de lo contrario podrá la iglesia demandarlos á los poseedores; pues no se pierden por tiempo (*c*); bien que los raices pueden adquirirse por el de 40 años, y si pertenecen á la iglesia de Roma, por 100 y no ménos (*d*).

§ IV.

De los trueques.

99 El trueque, cambio, ó permuta *es la entrega que uno hace á otro de alguna cosa cierta por otra tambien cierta y determinada* (*e*). Los trocadores estan obligados á la eviccion y saneamiento de lo que truecan así como vendedores (*f*). Diferénciase el trueque de la venta en que esta, aunque sea de cosa agena, es válida, y no el trueque (*g*). En lo demas convienen ámbos.

(*a*) Lib. 3 tit. 13 §. 2 n. 34 (*b*) Ley fin. tit. fin. Part. 6. (*c*) Leyes 8 y fin. tit. 14 Partid. 1 y 6 tit. 29 Part. 3. (*d*) Ley 26 tit. 29 Partid. 3. (*e*) Proem. y ley 1. tit. 6 Part. 5. (*f*) Ley 4 al fin. tit. 6. Partid. 5. (*g*) Leyes 19 tit. 5 y 1 tit. 6 Partid. 5. Cur. Philip. lib. 1. Comerc. ter. cap. 12 num. 1.

100 Todas las cosas que pueden venderse se pueden trocar como por el contrario, á excepcion de las eclesiásticas en que solo tiene lugar la permuta, para cuya validacion es indispensable la licencia del Prelado Eclesiástico en cuya diócesis estan (*a*); bien que las prebendas y demas piezas eclesiásticas no pueden trocarse sin licencia de S. M. en virtud del Concordato hecho en la Corte Romana, tocando solamente al Ordinario su colacion é institucion canónica.

101 No se perfecciona el trueque hecho solo con palabras hasta que ámbos contrayentes se apoderan recíprocamente de las cosas que permutan; y aunque uno lo esté de la que le toca, si no entrega al otro la suya, no queda perfecto, puede disolverle, y por no entregarla no incurre en pena, á ménos que en la escritura se le imponga, ó que por este defecto haya sido perjudicado el otro contrayente (*b*). Pero si se hace con palabras y promesa, y uno de los contrayentes empieza á cumplir por su parte, está en su arbitrio que se efectue el trueque, ó que el otro le pague los daños que se le causen (*c*) (1).

102 El trueque se rescinde por las mismas causas que la venta, (*d*), y en las escrituras de aquel contrato deben ponerse para su firmeza las cláusulas que en esta.

§. V.

De los retractos.

102 Sin embargo de ser contrario el derecho de tanteo, ó retracto á la libre facultad, que por todos derechos tiene cada uno para disponer como quiera de sus bienes; y de

(*a*) Leyes 63 al fin. tit. 5 P. 1 y 2 tit. 6 P. 5. Ferrar. Biblioth. verb. Resignatio. (*b*) Leyes 3 tit. 6 y 2 tit. 11 lib. 3 del Fuero Real, y 3 tit. 6 Part. 5. (*c*) Leyes 3 tit. 6 P. 5 y 2 tit. 16 lib. 5 Rec. y en esta Matienzo glos. 2 n. 7.

(1) Lo que se ha dicho acerca de la perfeccion del contrato de venta, tiene lugar en el trueque; pues aunque el autor va conforme en este punto con lo dispuesto por derecho romano y leyes del Fuero Real y de partida, debió advertir que lo ha derogado la ley 2 tit. 16 lib. 5 Rec. que aquí y en otras muchas partes cita, segun la qual de qualquier modo que parezca que uno quiso obligarse, queda obligado.

(*d*) Ley 4 tit. 6 P. 5.

que por esta razon le prohibió justamente el derecho romano (*a*); como se observó en tiempo de Moyses no permitiéndose que la posesion de una tribu pasase á otra tribu (*b*), y por otra parte es grande la aficion que muchos tienen á los bienes de sus mayores, siéndoles sensible que salgan de su familia; le permiten por equidad nuestras leyes (*c*), en virtud de las quales compete al consanguineo no solo contra el comprador sino tambien contra un tercero poseedor dentro del término que prefinen (*d*). Y porque el Escribano deseará tener alguna instruccion acerca de la materia de retractos, habiéndose tocado muy de paso en las ediciones anteriores, se procurará explicar ahora latamente con la distincion y claridad posibles.

104 El retracto hablando en general *es un derecho que por ley, costumbre ó pacto compete á alguno para anular alguna venta y tomar para sí por el mismo precio la finca vendida á otro.* Dos son sus especies principales de las quales voy á tratar; una es del que se llama de *consanguinidad* ó *gentilicio*, y otra del llamado de *sociedad* ó *comunion*. El primero se concede solamente á los hijos ó nietos y parientes legítimos por su órden dentro del quarto gradado civil del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de agnacion, cognacion, sexô, ni edad; pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores, y por los ausentes sus apoderados con poder que contenga esta especialidad y no de otra suerte (*e*). El segundo pertenece al sócio, comunero, ó partícipe en el dominio de alguna cosa (*f*), al señor del dominio directo, al superficiario que es el que tiene edificio sobre suelo ageno, por el que paga pension al señor de este (*g*), y al enfiteuta.

105 Los hijos naturales tienen tambien facultad para tantear, pues la disposicion legal apoyada en el derecho natural, en la sangre y en la equidad los comprehende regularmente, excepto que por la dignidad y qualidad de la

(*a*) Ley pen. C. de contrah. empt. (*b*) Levit. cap. 25 vers. 25. Ruth. cap. 4 vers. 2 y sig. (*c*) Las 13 tit. 10 lib. 3 del Fuero Real, 6 y 7 lib. 5 del Ordenam. y 230 del Estilo. (*d*) Gom. ley 70 de Toro num. fin. (*e*) Leyes 7, 8 y 9 t. 11 lib. 5 R. y demas citadas. Matienz. dicha ley 7 glos. 14. (*f*) Leyes 55 tit. 5 Part. 5, y 13 y 14 tit. 11 lib. 5 R. (*g*) Castill. ley 74 de Toro n. 8.

persona se presuma otra cosa (a); pero en ninguna manera compete á los espurios, incestuosos y de damnado ayuntamiento, porque como no son consanguíneos ciertos, no se reputan por tales ni por personas de la familia de los que dicen ser sus ascendientes (b).

106 Del derecho de tanteo puede usar tambien el hijo ó descendiente exheredado legitimamente; pues por la exheredacion no pierde el derecho de la sangre en virtud del qual le compete el retracto; y lo mismo ha de decirse por igual razon del hijo que renunció con juramento la herencia de su padre ó ascendiente (c).

107 A los Clérigos compete el derecho de tanteo así entre sí mismos, como interviniendo legos, y del mismo modo compete al consanguíneo ó socio secular del vendedor eclesiástico, quien en semejante caso debe ser reconvenido ante su Juez (d); pero no le tiene el monasterio por representacion del Religioso pariente del vendedor que profesó en él; pues el derecho de retraer ó tantear es personalísimo por dirigirse á la conservacion de la finca en la familia, y el monasterio ningun parentesco tiene con el vendedor: en cuya atencion si el monasterio vende alguna casa ó heredad que hubo del Religioso, tampoco puede retraerla el consanguíneo suyo, porque ya no es patrimonial, ni la vende un pariente sino un extraño (e). Tampoco puede la muger retraer por razon de la comunion ó sociedad conyugal la finca adquirida constante el matrimonio que su marido vendió (f).

108 Al heredero extraño del pariente mas propincuo que falleció dentro del tiempo en que podia tantear la finca vendida, no corresponde este derecho, pues como personal por lo que se ha dicho, no es transmisible á los herederos: á no ser que el difunto hubiese dexado contestado el pleyto sobre el retracto, en cuyo caso se le ha de admitir (g). Finalmente por las razones expuestas no puede el consangui-

(a) Góm. ley 70 de Toro n. 4. (b) Matienz. ley 7 t. 11 lib. 5 glos. 2 nn. 2 &c. y 62. (c) Gómez ley cit. nn. 24 y 6. Matienz. en dicha ley y glos. 7 nn. 7, 8, 9 y 10. (d) Góm. dich. ley n. 7. Herm. en la 55 t. 5 P. 5 glos. 8 n. 34. (e) Góm. ley cit. nn. 9 y 10. Matienz. dich. ley 7 nn. 11 &c. y 22. (f) Matienz. ley 13 glos. 3 n. 13. Hermos. en la 55 t. 5 P. 5 glos. 2 nn. 18 y sig. (g) Góm. dich. ley n. 8.

neo del vendedor ceder á un extraño su derecho (*a*); bien que si hiciere la cesion á pariente remoto, valdrá sin perjuicio del mas cercano (*b*).

109 Supuesto lo referido, si el dueño de finca patrimonial ó abolenga sita en estos reynos de Castilla quiere venderla por dinero de contado á un extraño, podrá algun pariente suyo dentro del quarto grado retraerla, y será preferido por el tanto al extraño, pudiendo ser reconvenido el reo en este caso en el lugar de su domicilio ó de la finca patrimonial (*c*). Si dos ó mas parientes de un mismo grado la quieren, deben dividirla, y siendo de diversos, pertenece al mas cercano, quien la obtendrá, aunque no intente retraerla ántes que se venda, si ocurre dentro de los nueve dias siguientes al de la celebracion de la venta y otorgamiento de la escritura, que en la de los bienes raices es precisa para que conste perpetuamente: paga ó deposita judicialmente, si se resiste su percibo, el mismo precio en que se efectuó la venta y no ménos, sea grande ó pequeño, pues no basta el ofrecerle solamente; y jura en el pedimento que quiere para sí la finca, y que no intenta el retracto por dolo, ni con fraude, cuyo juramento es indispensable segun la ley; y si entónces no se halla en el pueblo, puede tantearla otro pariente de la misma línea; pero si el dueño quiere trocarla por otra, ningun consanguíneo tiene facultad para impedírselo, ni derecho al tanteo (*d*). Tampoco tiene este lugar, quando el padre que heredó de algun hijo muerto la finca que este hubo de su madre, la vende, pues otro hijo de ambos no puede tantearla (*e*).

110 No sólo puede el pariente retraer la finca patrimonial ó abolenga, quando el dueño de ella la vende á extraño por dinero contante transfiriéndole incontinente su dominio, sino tambien quando la da á censo reservativo perpetuo ó al quitar, porque es verdadera venta al fiado hasta su paguamento y redencion, se transfieren en el comprador ambos dominios, y percibe el vendedor los réditos ó pen-

(*a*) Góm. n. 8 cit. (*b*) Matienz. dich. ley 7 gl. 2 nn. 23, &c. y 26. Hermos. en la 55 cit. gl. 8 nn. 40, 41 y 42. (*c*) Parlad. different. 109 § 6. (*d*) Ley 7 tit. 11 lib. 5 R. Gém. en la 70 de Toro, nn. 1, 2 y 19. Matienz. en la 7 cit. glos. 3 n. 2 y glos. 5 n. 7. (*e*) Matienz. ley 7 tit. 11 lib. 5 R. glos. 1 nn. 62 y 63.

siones estipuladas en compensacion de los frutos que percibiria á no haberla enagenado: cuyo pacto es permitido (*a*) y se practica. Pero no se puede retraer el censo consignativo segun nuestro derecho, ya porque este habla de cosas raices, y el censo es mueble, y ya porque el censualista no enagena el dominio de la finca sobre que se impone (*b*).

111 Vendiéndose la finca á un pariente puede tantearla otro mas cercano (1), porque tiene mejor derecho, y nadie puede privarle del que le conceden las leyes, en cuyo caso se reputa aquel como extraño; y el pariente del mismo grado que el comprador podrá retraer la mitad (*c*) (2). Si la quieren dos de un grado, uno por una línea y otro por las dos, se observará lo que acerca de la sucesion abintestato está dispuesto en semejante concurrencia, porque el derecho de retracto es semejante y se equipara con aquella (*d*) (3). Y el hijo del vendedor es preferido á su tio carnal hermano de este (*e*).

112 Quando la finca se vende en almoneda judicial, sea voluntaria ó necesaria, tiene igual derecho á su tanteo el pariente mas cercano, en cuyo caso se cuentan los nueve

(*a*) Covarr. lib. 3 Var. cap. 4 n. 6 y cap. 11. Matienz. dich. ley 7 glos. 1 nn. 24, 25 y 26. Hermos. en la 55 t. 5 P. 5 glos. 2 n. 10. (*b*) Rodrig. de Annuis reditib. lib. 1 q. 14. Covar. cap. 11 cit. n. 5.

(1) La proximidad se ha de entender respecto al vendedor, y ha de admitirse en el retracto de representacion, de suerte que el nieto del vendedor ocupará para retraer el lugar de su padre muerto. Acev. ley 8 tit. 11 lib. 5 R. n. 2. Molina de hisp. prim. lib. 3 cap. 8.

(*c*) Gom. en la ley cit. n. 13. Matienz. dicha ley 7 y glos. 5 desde el n. 8 hasta el 17.

(2) No debe tenerse por indudable que el pariente en igual grado puede retraer la mitad de la finca, ya porque en igual causa es mas poderosa la condicion del poseedor, y ya porque la ley 55 t. 5 P. 5 no obscuramente niega al socio el derecho de tanteo en la venta de una parte hecha á otro socio. Por otra parte como la ley 7 t. 11 lib. 5 R. dispone que si dos parientes en un mismo grado quisieren la finca patrimonial ó abolenga, la dividan, parece que no se puede privar de su derecho á uno de ellos con vender la finca al otro.

(*d*) Matienzo en dicha ley 7 glos. 4 n. 3.

(3) No es así siempre, porque si quieren retraer dos hermanos del vendedor, uno entero y otro consanguineo, no ha de ser preferido aquel, en atencion á que la razon inductiva del retracto, á saber, el afecto ó aprecio de los bienes abolengos es igual en ambos; bien que la opinion contraria es la mas seguida. Véase á Hermos. leg. 55 tit. 5 glos. 8 n. 58.

(*e*) Ley 8 tit. 11 lib. 5 R.

dias desde el siguiente al del remate, y ha de consignar y depositar aquel efectivamente el precio, pues no basta ofrecerle, como tambien satisfacer ántes de la entrega al comprador la alcábala, si la pagó, el laudemio que se cause por la venta, si se ha pactado así con en el vendedor á quien incumbe la satisfaccion de todo, y asimismo las expensas justas que se le hayan originado en la venta, siempre que conste de ellas, pues de lo contrario basta dar fiador de que luego que se hayan liquidado, satisfará su importe (*a*); mas no debe pagar el aumento de precio que ofrece voluntariamente el comprador, excepto que le ofrezca en el mismo acto, ó que el Juez le condene á darle y suplirle por haber lesion, ó por otro motivo. Lo mismo sin diferencia ha de decirse del sócio (*b*).

113 Los nueve dias que por estilo y costumbre de los tribunales de estos reynos se conceden al deudor para que pueda retraer sus bienes subastados para pagar á sus acreedores, son diversos de los concedidos para el tanteo de que se habla, y así estos deben contarse desde que espiran aquellos, mediante á que hasta entónces puede el deudor deshacer la venta de sus bienes (*c*).

114 Hallándose imposibilitado de retraer la finca el pariente mas cercano, ó estando ausente, ó no queriendo tantearla, ó si estando presente á la venta calla (1), podrá hacerlo el siguiente en grado dentro de los propios nueve dias (*d*); mas no puede tantear la finca el que quando se le requirió para ello, respondió que no la queria, pues perdió su derecho y le adquirió el pariente del grado inmediato (*e*).

115 Dándose en pago voluntaria ó necesariamente al acreedor por el dinero que su deudor le debe, los bienes de este apreciados, puede retraerlos del propio modo su pariente ó sócio, ya porque la dacion en pago hace veces de

(*a*) Ley 9 t. 11 lib. 5 R. Matienz. en ella glos. 2 y 4. Palac. Rub. en la 70 de Toro. Gutierr. lib. 2 Pract. quæst. 160 n. 6. (*b*) Tiraquel. de Retract. lib. 1 glos. 18 nn. 60, 61, 62 y 63. Hermos. dich. ley 55 glos. 5 n. fin. (*c*) Castill. ley 70 de Toro, n. 39 verb. del Remate. Matienz. en la 9 cit. glos. 3.

(1) Lo contrario dice Gómez en el lugar que se cita.

(*d*) Ley 12 t. 11 lib. 5 R. Gom. en la 70 cit. n. 26. (*e*) Matienz. ley 8 tit. 11 lib. 5 R. glos. 21.

compra y venta, y ya porque de lo contrario podrian los contrayentes eludir con facilidad las disposiciones legales é impedir el tanteo con solo mudar el nombre de la enagenacion; pero si la dacion es en pago de otra especie ó finca, no será venta sino trueque, y entónces no tendrá lugar el retracto (*a*).

116 Puede usar tambien del tanteo el pariente del vendedor, quando se venden muchas cosas patrimoniales ó abolengas, ya por un solo precio, ya por distintos, con la diferencia de que en el primer caso ha de tantearlas todas, ó ninguna, y en el segundo puede retraer las que quisiere, observando las formalidades expuestas (*b*): para cuya perfecta inteligencia debo decir, que si en un contrato ó instrumento se venden muchas fincas patrimoniales ó abolengas tasadas á un tiempo en diversos precios, v. gr. una casa en 100 y un fundo en 200, se conceptúan varias ventas, por tener todas su tasa separada, y así podrá el pariente del vendedor tantear la que le acomode: lo qual se entiende, aunque el vendedor ó su causante las hubiese comprado en un solo precio y contrato, si despues hace que se valúen separadamente (*c*); pero si el comprador las quiere todas y no de otra suerte, deberá el pariente tantearlas, ó dexarlas todas, porque aquí se conceptúa una venta sola (*d*). Lo mismo procede tambien en la dacion en pago, por lo que si dos fincas tasadas separadamente se dieren por un solo débito proveniente de una causa, no se debe admitir al pariente el retracto ó redencion de una de ellas, pues semejante débito es individuo, y por lo mismo no puede el deudor pagar por partes contra la voluntad de su acreedor; mas lo contrario ha de decirse, si fueren diversas las deudas (*e*).

117 Si se venden al fiado una ó mas fincas patrimo-

(*a*) Góm. dich. ley n. 20. Matienz. en la 6 t. 11 lib. 5 glos. 1 y 2, y en la 7 glos. 7 nn. 1, &c. y 11. Hermos. en la ley 55 t. 5 P. 5 glos. 4 nn. 3, 4, 5 y 6. Sobre si en la cosa empeñada ó hipotecada por tanto como vale, en la dada en dote con estimacion que causó venta, ó no estimada, en la division y en la transaccion habrá ó no lugar al retracto de consaguinidad, véase á Matienz. dich. ley 7 t. 11 lib. 5 R. glos. 1 nn. 10, &c. y 14, y glos. 7 nn. 12, &c. y 19. (*b*) Ley 10 t. 11 lib. 5 R. (*c*) Matienz. en dich. glos. 7 nn. 27 y 28. (*d*) Matienz. n. 29. Hermos. dich. ley 55 glos. 8 nn. 54 y 55. (*e*) Tiraquel. lib. 1 de Retract. glos. 1 §. 23 nn. 22 y sig. Matienz. dich. glos. 7 n. 30.

niales ó obolengas, tiene tambien accion el pariente del vendedor para sacarlas por el tanto, con tal que dentro de los nueve dias siguientes al de su venta afianze á satisfaccion de la Justicia de que al tiempo estipulado por el comprador satisfará su importe (*a*); y si venden con pacto de retrovendendo, puede tantearlas dentro del propio término; bien que en la retroventa es preferido el vendedor al consanguíneo en virtud del pacto (*b*).

118 En la venta de bienes inmuebles que adquirió el vendedor por compra, trueque, donacion, ó de otra manera que no sea por sucesion de sus ascendientes, no tiene lugar el retracto de consanguinidad, pues para que le tenga, es preciso que los haya heredado de su padre, madre ó abuelos (*c*). Tampoco tiene lugar en la venta de bienes muebles y semovientes, sean ó no herederos, ni por razon de consanguinidad en el usufructo, uso y habitacion, (aunque sí por la de sociedad ó comunidad, como diré) ni tampoco en otros derechos ó cosas incorpóreas (*d*).

119 Si la finca patrimonial ó abolenga se vende juntamente con otra que no lo es, por un solo precio y en un instrumento, aun quando no se pruebe fraude, será admitido el consanguíneo al retracto de la que lo es, valuándose segun su estado, y la otra se dexará al comprador (*e*).

120 Ofreciendo el comprador al consanguíneo las fincas patrimoniales ó abolengas, y las que no lo son, debe este retraerlas ó dexarlas todas (*f*); pero si el consanguíneo quiere tantearlas todas y dar al comprador su total valor, no estará obligado este á dexarle mas que las patrimoniales (*g*).

121 No compareciendo algun pariente dentro de los nueve dias á retraer la finca, ninguno podrá intentar despues su retracto, aun quando vuelva al mismo vendedor

(*a*) Ley 11 t. 11 lib. 5 R. Matienz. en ella y en la 7 glos. 3 n. 6. (*b*) Gómez ley 70 de Toro n. 18. Matienz. en la 7 cit. glos. 6 nn. 42 y 43. (*c*) Ley 15 t. 11 lib. 5 R. Matienz. en ella. Gom. en la 70 cit. nn. 2 y 3. (*d*) Matienz. dich. ley 7 glos. 1 y nn. 1 y 2, y nn. 30, 31, 32 y 33, y en la 8 glos. 15. (*e*) Gom. lug. cit. n. 15 vers. Juxta quod. (*f*) Tiraquel. lib. 1 de Retract. § 11 glos. 7 n. 3 y § 23 glos. 2 n. 9. (*g*) Cifuent. ley 71 de Toro quæst. últ. Matienz. dich. ley 7 glos. 7 nn. 31, 32 y 33.

y este quiera venderla segunda vez; pues la finca perdió su qualidad de patrimonial ó abolenga, por haber pasado y permanecido en persona extraña; á no ser que el propio vendedor la recupere en virtud de pacto de retrovendendo, pues en este caso no se tiene por cosa distinta ni adquirida de nuevo, y vuelve á su primer estado (*a*).

122 Los nueve dias que nuestras leyes conceden para el retracto de finca patrimonial ó abolenga, son término señalado para todos los parientes del vendedor dentro del quarto grado, y no singularmente para cada uno de ellos (*b*). Si es pura ó simple la venta, se deben contar segun la opinion mas recibida desde el dia siguiente al de su celebracion, y no desde la tradicion de la finca (1), ó del dinero, aunque sea venta hecha á censo redimible, pues no se ha de esperar á su liberacion: si es condicional, desde el dia inmediato al del cumplimiento de la condicion, sin embargo de que aun no habiéndose verificado se proceda realmente ó por la cláusula de constituto á la entrega, bien que si ántes que se cumpla, acude el pariente á tantear y pagar, debe ser admitido (*c*); y si se celebró con pacto de retrovendendo, se cuentan tambien desde el dia próximo al de la celebracion, porque es venta real y verdadera (*d*): siendo de advertir que dentro de los nueve dias puede el pariente intentar el retracto contra segundo y tercero comprador (*e*).

123 Los nueve dias corren aun para los pupilos y ausentes, sin que pasados puedan valerse del remedio de la restitucion ni otro alguno (*f*); y aunque algunos AA. opinan (*g*) que quando por culpa y malicia del vendedor ignora el pariente la venta, deben correr desde el dia de la sentencia; como asimismo que quando hay fraude entre los contrayentes

(*a*) Gom. ley 70 de Toro n. 24. Matienz. en la 7 cit. gl. 8 nn. 1, &c. y 10. (*b*) Matienz. ley 12 tit. 11 lib. 5 R. gl. 1 n. 5.

(1) Muchos AA. opinan que los nueve dias empiezan á contarse desde el momento en que se celebró la venta, lo qual me parece se debe seguir. Véase á Gom. ley 70 de Toro n. 25 y su nota.

(*c*) Gom. lib. 2. Var. cap. 11 nu. 29 y 30. Hermos. dich. ley 55 gl. 8 n. 27. (*d*) Tiraquel. de Retract. tit. 2 § 2 glos. únic. (*e*) Matienz. en dich. ley 7 glos. 8 n. 11. (*f*) Ley 8 tit. 11 lib. 5 R. Gut. lib. 2 Pract. cap. 152. Gom. dich. ley 70 n. 25. (*g*) Herm. ley 55 cit. gl. 8 nn. 22 y 23, y otros que cita.

acerca del precio, han de contarse desde que conste el verdadero; hablando la ley indistinta, absoluta y claramente no debemos distinguir, con especialidad siendo el retracto un derecho odioso, por oponerse á la libre facultad de los dueños para disponer de sus cosas.

124 Habiendo frutos pendientes en la finca al tiempo de la venta, si dentro de los nueve dias siguientes á ella los percibe el comprador, y en ellos la retrae el consanguineo, debe aquel devolvérselos; ya porque son parte de la misma finca y del precio en que se ajustó, y ya porque parece haberlos percibido con dolo y mala fé, mediante á que sabia ó debia saber que tendria que restituirlos incontinente, en cuya atencion no cumple con entregar su valor (*a*).

125 Enagenando ó vendiendo el usufructuario su derecho de usufructuar, le pierde, se consolida con la propiedad y pasa al propietario, aunque bien puede vender y arrendar por su vida los frutos y comodidad, porque estos no son derecho formal de usufructo sino la utilidad de él; y por no ser tal derecho de la misma clase que el del propietario, ni haber sociedad entre los dos, no puede competir á este el retracto (*b*). Por la misma razon si el que tiene la propiedad sola la vende al usufructuario, podrá retraerla el socio en la misma propiedad ó el pariente próximo; si bien no se extenderá su derecho al usufructo, ya porque la consolidacion de este con aquella se hizo sin culpa del usufructuario, y ya porque se seguiria que se retraia mas que lo que se habia vendido, lo qual es contra la mente de nuestras leyes (*c*).

126 Siendo nula la venta por defecto de solemnidad ú otra causa, no tiene lugar el retracto (*d*), así porque en el nombre de venta no se comprehende la que es nula, y ántes bien se tiene por no celebrada, como porque si se admitiera el tanteo, se quitaria la finca al vendedor que no perdió su dominio, no al comprador que ningun derecho adquirió á ella por la inútil venta. Lo mismo pro-

(*a*) Gom. ley 70 de Toro n. 29. (*b*) Leyes 24 y 25 t. 31 P. 3. Cast. en la 74 de Toro nn. 4, 5 y 6. Hermos. en la 55 t. 5 P. 5 gl. 2 n. 15. (*c*) Gom. lug. cit. nn. 32 y 34 Matienz. ley 13 t. 11 lib. 5 R. gl. 3. n. 11, 14 y 15. (*d*) Paul. de Castr. Cons. 74 n. 1.

cede, quando esta fue simulada, pues verdaderamente no la hubo, y así el que la celebró, no es visto haber querido enagenar por ella su finca, ni abdicar su dominio sino retenerle aparentando ó fingiendo lo contrario (a).

127 Por lo que hace al retracto de comunion ó sociedad, no solo puede el sócio ó partícipe en una finca pro indiviso, justificando serlo, retraerla por el tanto, si el consócio quiere vender su parte á extraño, sino tambien despues de vendida esta, con tal que acuda precisamente dentro de los mismos nueve dias concedidos al pariente, y pague el precio ofrecido sin fraude por el comprador, aunque sea excesivo y mayor que el valor de la parte vendida ó menor, y no en otros términos (b): lo qual milita, aunque el que retrae tenga una parte muy pequeña en la finca comun, y al vendedor consócio toquen las demas (c); pues esto no le priva del derecho de tanteo, y es lo mismo que si estas fueran suyas y aquella del vendedor.

128 Aun quando uno de los enfiteutas que poseen pro indiviso una finca, venda su parte á extraño precediendo requerimiento al señor del dominio directo, podra el consócio en la cosa enfiteútica retraerla del extraño, si el señor no la quiere, pues queriéndola es preferido (d). Asimismo vendiéndose una parte del usufructo (1) puede el consócio en este retraerla del extraño, lo qual no se permite al consanguineo. Tambien tiene lugar este retracto de comunion en la servidumbre de casa ó fundo, en el derecho de apacentar ganado en prado ó dehesa agena, en las cosas muebles y semovientes (2), en la transaccion, en el arrendamiento hecho á muchos de algun fundo, diezmo ú otras rentas, en la dacion en pago, sea voluntaria ó necesaria, y en la accion ó derecho á alguna cosa inmueble comun á los sócios. Finalmente tiene lugar, aunque

(a) Tiraquel. lib. 1 de Retract. §. 1 glos. 2 nn. 11 y sig. Matienz. dich. ley 7 gl. 7 n. 34 hasta el fin. (b) Leyes 55 t. 5 P. 5 y 14 tit. 11 lib. 5 Recop. (c) Gom. dicha ley 78 n. 27. (d) Greg. Lop. ley 55 t. 5 P. 5 glos. 2. Matienz. dich. ley 7 glos. 1 nn. 4, &c. y 9, y en la 13 cit. glos. 3 n. 3.

(1) En quanto á la comodidad ó utilidad de el querrá decir, no en quanto al derecho de usufructuar.

(2) No es esto tan cierto que no haya AA. que opinen lo contrario.

la cosa comun esté dividida intelectualmente entre los sócios, como si por convenio de ellos tiene uno la porcion del fundo hácia una parte, y el otro la de hácia otra, pues no se dice realmente dividido hasta que se amojona; y en todos los casos expresados sin embargo de que la finca ó cosa comun se venda muchísimas vèces, la puede retraer el sócio ó partícipe dentro de los nueve dias siguientes al de la última venta (a).

129 Siendo muchos los sócios puede cada uno insolidum retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á extraño (b); y si todos la quieren, deben ser admitidos á su tanteo segun la parte que les corresponda en ella y no con igualdad (c); pero si el sócio vende á uno de los consócios la suya, no pueden los demas retraerla, por grandes que sean las de ellos y pequeña la del consócio comprador, excepto que este sea díscolo é insufrible (d).

130 En quanto al señor del dominio directo, superficiario y enfiteuta digo: que si el señor del dominio directo, ó del suelo ó area le vende á extraño, pueden retraerle por el tanto el superficiario y enfiteuta dentro de los nueve dias referidos por tener el dominio útil. Si estos venden el suyo, puede retraerle aquel dentro del propio término, caso que no le paguen ninguna pension; pues si se la pagan, deben requerirle para que le compre, si quiere, por el mismo precio, ó permita la venta; y una vez requerido tiene dos meses de término para el tanteo, pasados los quales quedan en libertad para venderle y el señor sin accion por aquella vez á tantearle. Si el señor y el superficiario, ó enfiteuta concurren con el consanguíneo, ó con el sócio, ó con ambos, preferirán aquellos tres á estos dos: el señor del dominio directo se ha de preferir al superficiario y enfiteuta por razon del mayor y del principal derecho que como dueño del suelo le compete en la finca; y el señor, superficiario, enfiteuta y sócio deben ser

(a) Matienz. dich. ley 13 y glos. 3 nn. 2, &c. y 6. Hermos. en la 55 t. 5 P. 5 glos. 1 nn. 2, 3 y 4, glos. 2 nn. 11 y 12 y glos. 4 nn. 11 y 12. (b) Greg. Lop. dich. ley 55 glos. 2. Hermos. en ella glos 8 n. 42. (c) Cifuent. ley 75 de Toro, q. 2. Matienz. en la 13 y glos. 3 nn. 7 y 8. (d) Matienz. dich. ley 13 y glos. 3 n. 10. Hermos. dich. ley 55 glos. 5 nn. 1, 2, 3, 4 y 5.

preferidos al pariente por el órden con que se nombran: de modo que este es postergado á los otros, concurra con todos, ó con cada uno solo, el sócio lo es al superficiario y enfiteuta, y estos dos lo son al señor del suelo (*a*).

131 El señor del dominio directo puede dar licencia absoluta al infiteuta para vender la finca enfiteútica, ó limitada sin perjuicio de su derecho de tanteo: si se la da absoluta, no puede retraerla por aquella vez; y si la concede sin perjuicio de usar del tanteo, deberá tantearla dentro de los nueve dias siguientes al de la venta, pues los dos meses son para que la finca no caiga en comiso, si se vende sin permiso suyo.

132 No puede retraer la finca como sócio el dueño del censo reservativo al quitar, porque no tiene parte en ella por razon de dominio, ni tampoco el dueño del censo consignativo, por no estar recibida en estos reynos la bula de S. Pio V que lo permite, excepto que se pacte, y á la observancia del pacto se hipoteque especialmente la finca, ó en pueblos donde la bula está en observancia; por cuyo fundamento será preferido el consanguíneo (*b*) al sócio censualista.

133 Instituyendo el testador á uno por su heredero, y legando á otro el quinto ú otra quota de sus bienes indistintamente, si el heredero quiere vender la finca patrimonial ó abolenga heredada, no tendrá derecho el legatario para tantearla por razon de sociedad ó comunion; pues es incierto, si se le pagará en dinero ó en otros bienes su legado, y quáles serán estos, por lo que en ninguna cosa de la herencia adquiere dominio, ni puede llamarse partícipe en dicha finca ni en otra (*c*).

134 Para que haya lugar al retracto de comunion, son precisos como en el de consanguinidad cinco requisitos: el primero, que el sócio que le intenta lo sea en la cosa vendida por razon de dominio y lo acredite (*d*): el segundo,

(*a*) Ley 13 tit. 11 lib. 5 R. Matienz. en ella glos. 1. Gom. en la 70 de Toro n. 31. Castill. en la 74 nn. 9, 10 y 25. Greg. Lop. en la fin. t. 8 P. 5 glos. 4. (*b*) Gutierrez lib. 2. Pract. q. 168. Abendañ. de Censib. cap. 88 n. 5. Hermos. ley 55 cit. glos. 2 nn. 7 y 8. (*c*) Greg. Lop. ley 55 t. 5 glos. 2 vers. Quid autem. Hermos. en ella glos. 2 n. 17. (*d*) Hermos. lug. cit. n. 1.

que la cosa no esté real y verdaderamente dividida, ó amojonada, aunque los sócios se hayan convenido sobre el parage en que han de tener y disfrutar sus partes: el tercero, que el tanteador jure quiere para sí y no para otro la parte vendida, y que no procede con fraude: el quarto, que acuda á retraerla dentro de los nueve dias siguientes al de la celebracion y perfeccion de la venta, al del otorgamiento de la escritura, si se pactó que se habia de otorgar, al del remate vendiéndose la cosa en pública subasta, y al del cumplimiento de la condicion si la venta es condicional; y el quinto, que no solo ofrezca, sino que entregue al comprador el precio, alcabala, laudemio y expensas justas que haya hecho, que le deposite judicialmente, no queriendo recibir su importe, ó estando ausente, y si la venta fue al fiado, que practique lo que el consanguíneo (*a*). En caso que el comprador deba algo al tanteador, puede este compensarlo con el precio de la parte vendida, y se le debe admitir la compensacion hasta en su importe; y aunque esta no se admite al consanguíneo, puede usar de la cautela de depositar todo el precio para que se verifique que cumple con el precepto legal, y pretender al mismo tiempo no se le entregue la cantidad líquida que resulte deberle (*b*), y lo conseguirá.

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capitulo.

VENTA DE CASA.

135 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco Aguado vecino de ella dixo: que por sí y en nombre de sus hijos, herederos y sucesores vende para siempre á Santiago Ximenez, vecino tambien de ella, y á los suyos una casa sita en tal calle de es-

(*a*) Hermos. dich. ley glos. 5 n. 12 y glos. 8 nn. 11, &c. y 31, y 43 y 44. (*b*) Hermos. glos. 8 cit. n. 46.

ta villa que le pertenece en posesion y propiedad, se compone de quarto baxo, principal y segundo, tiene tantos pies de fachada y tantos de fondo con lo que le toca de medianerías, de suerte que multiplicadas unas líneas por otras asciende á tantos su area plana: linda por la mano derecha entrando en ella con una de Pedro Rodriguez, por la izquierda con otra del otorgante, por las espaldas con corral de Juan Méndez y por la fachada con dicha calle; y en lo antiguo fue de N. quien por escritura que otorgó en esta villa á tantos de tal mes y año ante N. Escribano de su número, la vendió á N. (*aquí se relacionarán, si se quiere, los títulos de pertenencia y luego proseguirá*) por cuyos títulos corresponde al otorgante, el qual declara y asegura no tenerla vendida, enagenada, ni empeñada, y que está libre de tributo, memoria, capellanía, vínculo, patronato, fianza y de qualquiera otra especie de gravámen, y como tal se la vende con todas las entradas, salidas, servidumbres y demas cosas anexas que tiene y le pertenecen conforme á derecho, por tantos mil reales que le entrega efectivamente en este acto en tales monedas, (*se expresarán las que sean*) que contadas y suplidas sus faltas (*si las tuvieren*) segun el premio que tienen y con que corren, los importaron, de cuya entrega y recibo doy fe, por haberse hecho á presencia mia y de los testigos que se nombrarán (*Si el dinero no pareciere de presente, por haberse entregado ántes, confesará el vendedor haberle recibido y renunciará la ley 9 del tit. 1. P. 5, segun se explicará en el cap. 22 nº 1.*) Asimismo declara que el justo precio y verdadero valor de la referida casa son los tantos mil reales, y que no vale mas, ni ha hallado quien le haya dado tanto por ella; y si mas vale ó puede valer, hace del exceso en poca ó mucha suma á favor del comprador, y de sus herederos y sucesores gracia y donacion perfecta é irrevocable con todas las seguridades legales, renunciando la ley 1. tit. 11 lib. 5 de la Recopilacion que trata de los contratos de venta, trueque y de otros en que hay lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, y los quatro años que prefine para pedir su recision ó el suplemento á su justo valor. Por tanto desde hoy renuncia para siempre por sí, y sus herederos

y sucesores el dominio, posesion y otro qualquier derecho que le corresponda en la enunciada casa, traspasándole con todas las acciones que le competen en el comprador y en quien le represente, para que la posea, enagene y disponga de ella á su arbitrio como de cosa suya adquirida con legítimo y justo título: le confiere la competente facultad, para que de su autoridad ó judicialmente tome de la expresada casa la posesion que le compete por derecho; y para que no necesite tomarla, me pide que le dé copia autorizada de esta escritura, con la qual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado: se obliga á que nadie le inquietará ni moverá pleyto sobre la propiedad, posesion, ó disfrute de dicha casa, y á que no aparecerá en ella ningun gravámen; y si se le inquietare, moviere ó apareciere, luego que el otorgante, y sus herederos y sucesores sean requiridos conforme á derecho, saldrán á su defensa, y seguirán el pleyto á sus expensas en todas instancias y tribunales hasta executoriarle, y dexar al comprador y á los suyos en su libre uso y pacífica posesion; y no pudiendo conseguirlo, le darán otra igual en valor, fábrica, sitio, renta y comodidades, ó en su defecto le restituirán la cantidad que ha desembolsado, las mejoras útiles, precisas y voluntarias que tenga á la sazon, el mayor valor que adquiera con el tiempo, y todas las costas, gastos y menoscabos que se le siguieren, con sus intereses, por todo lo qual se les ha de poder executar solo en virtud de esta escritura y juramento del que la posea ó le represente, en quien defiere su importe relevándole de otra prueba. Así pues, á la observancia de todo lo referido obliga su persona y bienes, &c. (*Aquí se pondrá la renuncia de leyes que en otra qualquiera escritura de obligacion, de que hablo en el cap. 20 n. 88, y si el comprador quiere, puede hacer igual donacion del ménos valor de la finca á favor del vendedor que la que este le hace del mayor, y renunciar la misma ley recopilada, con lo qual ninguno podrá reclamar la venta.*) La ley 56 tit. 18 P. 3 trae extendida esta escritura.

136 Se ha de suponer que esta escritura es de venta llana otorgada por un mayor de 25 años, y que la ca-

sa está libre de todo gravámen; pero si tuviere alguno, debe expresarse y añadirse en la escritura la cláusula, *que no tiene mas*, en cuyo caso se pondrá aceptacion, en la que se obligará el comprador á su responsabilidad, y á dexar libres de él al vendedor, á sus herederos y bienes: reconocerá por dueño del gravámen al que lo sea é hipotecará á su seguridad la misma finca, y si quisiere, la hará igual gracia y donacion del ménos valor, renunciará la ley recopilada, y ámbos firmarán la escritura; bien que aunque no lleve aceptacion del comprador por el hecho de usar este de la cosa es visto obligarse á responder de las cargas á que está afecta, una vez que la obligacion sigue á la hipoteca. He puesto en la escritura la cláusula, *y demas cosas anexas que tiene y le pertenecen conforme á derecho*; porque en las cosas que se venden, suele haber unas que deben entenderse vendidas con ellas, aunque no se especifiquen, y otras que es menester especificarse, aun quando esten en las mismas cosas, de lo qual tratan las leyes 28, 29, 30 y 31 tit. 5 P. 5, y poniéndose, se evitan dudas y pleytos. No he puesto la cláusula, *y se obliga á la eviccion y saneamiento de la casa*, porque es superflua á causa de ponerse con toda extension lo que quieren decir estas palabras, y dexarlo explicado en el n. 39. Si el comprador ó vendedor pactaren que ni este ni sus herederos queden obligados, ni puedan ser compelidos á restituir á aquel las *mejoras á reparos, necesarios y voluntarios*, de que he hablado en el n. 43, no lo ponga el Escribano, ni tampoco aunque no lo pacten, sin que preceda consentimiento expreso del vendedor, pues es acto voluntario en él el obligarse á ello y no cláusula precisa ni substancial de la venta: pero en órden á los útiles puede poner la obligacion, porque ninguno debe lucrarse con detrimento de otro, como tambien la tocante á las costas, daños y menoscabos con sus intereses, porque á estos queda obligado por la naturaleza del contrato, sino es que el comprador se los remita y done expresamente. Si la casa se halla en esta corte y tiene carga Real de huesped de aposento, prevendrá en la escritura que se tome la razon de ella en la contaduría del Real hospedage con arreglo al cap. 16 de las Ordenanzas de 22 de octubre de 1749;

y lo mismo advertirá en otra qualquiera de enagenacion, donacion ó cesion, observando baxo la pena que se le impone, lo mandado en dicho capítulo que á la letra dice así: „Todos los Escribanos ántes quienes se otorgaren escrituras de enagenacion de casas por qualquiera causa de venta, cesion, ú otra alguna, ántes de entregar la primera copia á la parte, ó partes, la han de traer á la contaduría para que se reconozca, si se expresa la carga legítima que consta en los libros, debe pagarse, tome la razon, y se note en la escritura lo conveniente; y hecho la recogerá el Escribano, y copiará en el registro que queda en su poder, la nota que se haya puesto: lo que executarán pena de suspension de oficio por seis años, y de cincuenta ducados aplicados por mitad á penas de cámara y gastos de justicia; y para que lo cumplan, mandará el Intendente se les notifique, y archivará esta diligencia para que conste.„ Las ventas de tierras, viñas, olivares, dehesas y montes deben tener las mismas cláusulas observándose lo que se ha explicado en el n. 34.

Cláusula de venta á tasacion.

137 Quando se celebra la venta dexando el valor de la cosa al arbitrio de peritos, de que he hablado en los nn. 1 y 22, se ordenará la cláusula en la forma siguiente. „ Cuya casa le vende por el precio en que baxo de juramento la valúen dos peritos, á cuyo fin nombra por su parte á F. alarife en esta villa, el qual y el que elija el comprador en la aceptacion de esta escritura, han de medir y apreciar la citada casa, haciéndoseles saber por mí el nombramiento, y no conformándose ambos, ha de elegir la Justicia de esta villa un tercero para el propio efecto; y el comprador ha de pagar incontinente al otorgante la cantidad en que los dos la tasen, y no haciéndolo ha de ser apremiado á su solucion, y á la de las costas y daños que por su morosidad se le ocasionen en su exâccion con solo su juramento ó el de quien le represente: á cuya conseqüencia ninguno de los dos ha de poder reclamar la valuacion, pretender baxa, aumento, ni moderacion de ella, ni alegar lesion en mucha ni poca su-

ma; pues si la hubiere, por lo que al otorgante toca, hace al comprador gracia y donacion pura é irrevocable con todas las seguridades legales de lo que importe, y renuncia la ley recopilada, &c.„ Así continuará como la anterior, y en la aceptacion nombrará el comprador al perito que quiera, se obligará á estar y pasar por la tasacion que los dos hagan, ó el uno de ellos junto con el tercero que elija la Justicia en caso de discordia, hará á favor del vendedor igual gracia y donacion del ménos valor con la misma renuncia, y si ambos quisieren, se impondrán pena para que se exîja al contraventor tantas quantas veces falte al cumplimiento del contrato, sin que ya la pague, ya se le remita graciosamente, dexe de compelérsele á él por todo rigor de derecho. Luego proseguirá la escritura con las cláusulas generales que se ponen en las demas, y otorgada en estos términos hará saber el Escribano á los peritos el nombramiento, y les recibirá juramento de que tasarán la cosa por el precio justo segun su inteligencia sin causar agravio á los interesados. Despues la valuarán, y hecha la valuacion que ha de extenderse á continuacion del protocolo de la venta, la participará el Escribano á los contrayentes, quienes si se conforman con ella, firmarán la diligencia, y el comprador pagará el importe de la tasacion, poniendo recibo de ello el vendedor en el protocolo ante el Escribano para evitar la carta de pago separada, lo qual se prevendrá en la venta; y así evacuado dará copia de todo al comprador para que le sirva de título de propiedad; y si no se conforman, usarán de su derecho judicialmente para que se apremie al infractor á observar el contrato. Si los peritos están discordes, darán los interesados pedimento al Juez ordinario expresando el contenido de la escritura y la discordia, y solicitando que nombre tercero, el qual baxo de juramento teniendo presentes las declaraciones de los otros dos hará la suya, y estando concorde con alguna de ellas se apremiará á cumplir el contrato al que se resista, dándose, cumplido que sea, copia de todo lo actuado al comprador, como que es parte integral y substancial de la escritura. Si ambos contrayentes quieren conformarse con un perito, pueden hacerlo. Sobre como deben proceder los

peritos en la valuacion, véase el cap. 1 lib. 1 de la segunda parte nn. 66, &c. y 86.

Venta de esclavo.

138 Don Francisco López vecino de esta villa por la presente en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorgo : que vendo á Don Antonio Rodriguez de la propia vecindad un esclavo que tengo y adquirí por tal razon, llamado Pedro de tal, que es de tal altura, color, edad, &c. no padece mal de corazon, gota, ni otro accidente, ni enfermedad manifiesta ni secreta : no es prófugo, ladron, borracho, ni tiene otro vicio, tacha, ni defecto que le impida servir bien : no ha cometido delito porque merezca pena capital, ni ser deportado ó relegado; (*desterrado*) ni tampoco está obligado, ni hipotecado á deuda ni responsabilidad mia, y por tal lo aseguro : cuya venta hago por tanta cantidad (*se pondrá la fe de entrega del dinero ó renuncia de la ley de partida que cité en la escritura anterior*), declaro que los tantos reales son el justo precio y verdadero valor del citado esclavo, y que no vale mas, ni he hallado quien me haya dado tanto por él; y si mas vale, ó puede valer, hago al comprador, del exceso qualquiera que sea, gracia y donacion perfecta é irrevocable con todas las firmezas congruentes : renuncio la ley 1 tit. 11 lib. 5 de la Recop. que trata de las cosas que se compran, venden, ó permutan, y de otros contratos en que hay lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio ; y los quatro años que prefine para pedir su recision ó el suplemento á su justo valor ; y desde hoy en adelante para siempre hago una absoluta renuncia del derecho de patronato, señorío y posesion que me pertenece en dicho esclavo, todo lo qual juntamente con las acciones que me competen, lo traspaso en el comprador y en quien le represente, para que sea su esclavo, y por tal le posea, venda y disponga de él á su arbitrio como de cosa suya adquirida con legítimo y justo título, á cuyo fin se le entrego en presencia de los testigos que se nombrarán y del infrascripto Escribano, á quien pido que para documento de su pertenencia le dé copia autorizada de esta escritura, con la qual sin mas acto de aprehension

ha de ser visto habérsele transferido enteramente su propiedad y posesion; y me obligo á la eviccion y saneamiento del expresado esclavo, y á que si sobre él se le moviese pleyto, le defenderé á mis expensas en todas instancias hasta executoriarle y dexarle en su pacífica posesion; y si no pudiere conseguirlo, y por este motivo fuese despojado de él, ó tuviere algunas de las tachas ó enfermedades expresadas al principio de esta escritura, le restituiré incontinente á la eleccion suya el precio que ha desembolsado, y todas las costas y menoscabos que se le ocasionen, cuyo importe defiero en su juramento relevándole de otra prueba, ó el ménos valor que tenga á causa de la tacha ó enfermedad, por lo qual ha de poder executarme solo en virtud de esta escritura, y usar para ello de las acciones redhibitoria y del quanto ménos en el término que prescriben las leyes 64 y 65 tit. 5 Partida 5, y no despues, sin perjuicio de las de eviccion y lesion que quedan en su fuerza y vigor para el mismo fin. Por tanto al cumplimiento de todo lo expuesto obligo mis bienes, &c.

139 Si el vendedor dice que lo que vende no tiene vicio, tacha, ni defecto, ó los oculta al comprador, y este no quiere intentar contra él las acciones redhibitoria y del quanto ménos, se omitirá la obligacion del vendedor en quanto á esto, y se obligará el comprador en la aceptacion que ha de contener la escritura, á no usar de ellas, poniendo á este fin el Escribano la cláusula extendida en el núm. 50. Si lo vendido es esclavo, caballo, mula ú otro animal, ó mercaderías ó cosa semejante, ha de renunciar el comprador las leyes 64 y 65 tit. 5 part. 5; y si es heredad ó campo que cria malas yervas, ó casa, torre ú otro edificio que debe servidumbre ó tributo, la 63 del mismo título y Partida que tratan de dichas cosas, segun se ha explicado en el núm. 50 cit.

Venta de lana.

140 En tal parte tal dia mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco Suárez vecino de ella = Otorga: que vende á Antonio del Rio que lo es de tal villa, tantas arrobas de lana merina (*ó como fuere*) y de la pila de

su cabaña lanar fina trashumante, y esquileo que ha de hacer en el mes de Mayo próximo venidero en tal parage, y en dia claro, sol alto, corral barrido, limpio y seco, cuya lana ha de ser blanca, buena, lavada, (*ó sucia enteramente, segun se pactare*) enjuta, escogida, desfaldada y deservada, sin roña, cola, cadillo, hierro, añino, copete, basto y bastaso, y de toda satisfaccion á recibo segoviano, consideradas tres arrobas de añinos por dos de lana segun costumbre, y pesada arroba por arroba en marco de teja, como lo previene la ley recopilada (*ó con las caídas, peladas, añinos y roña, segun pacten los contrayentes*) se la vende por tantos reales cada arroba, de que recibe en este acto por parte de paga tantos en tales monedas que contadas y suplidas sus faltas los importaron, de la qual entrega doy fe, por haber sido á presencia mia y de los testigos que se nombrarán: otorga de ellos á su favor la mas eficaz carta de pago que conduzca á su seguridad: declara que el justo precio de las tantas arrobas de lana son los tantos reales á razon de tantos cada una, y que no valen mas, ni ha hallado quien le diese tanto por ellas; y si mas valen, ó pueden valer ahora, ó quando se haga el esquileo, del mayor valor en mucha ó poca suma hace á favor del comprador gracia y donacion pura é irrevocable con todos los requisitos legales, renunciando la ley 1 tit. 11. lib. 6 de la Recop. que trata de lo que se compra y vende por mas ó ménos de la mitad del justo precio, y el término que prescribe para rescindir el contrato, ó pedir el suplemento á su justo valor; y desde hoy en adelante para siempre se aparta del derecho que tiene á las tantas arrobas de lana, y le traspasa enteramente en el comprador, quien podrá acudir ó enviar persona de su satisfacion á tal parte, en donde se le ha de entregar, á escogerla y desechar todo lo que no fuere de legítimo recibo, segun queda pactado, para lo qual se obliga á avisarle ocho dias ántes, á tenérsela entregada en tantos de dicho mes y año, si el tiempo lo permitiere, á no venderla, darla, ni enagenarla en todo ni en parte á otro por mas, ni por el tanto que le ofrezca por ella; y si lo hiciere, ha de tener facultad el comprador para comprarla tan buena en donde y á quien quisiere por el precio en que pueda ajustarla; pues el otorgante se obliga á devolverle lo que dió en cuenta y

á satisfacerle por entero lo que mas le cueste, queriendo se le apremie á ello por todo rigor de derecho, como asimismo á la solucion de todas las costas y daños que se le ocasionen, cuyo importe defiere en su relacion jurada y testimonio de la tal compra, sin que sea necesaria otra justificacion, de que le releva: hipotecando especial y expresamente á su seguridad la referida cabaña con lo que tuviere de aumento entónces, é imponiéndose la pena de tantos reales para que en defecto de puntual cumplimiento en todo ó parte á lo estipulado en esta escritura, se le exija mas de lo expresado, y se entregue al comprador, sin que ya se pague ó no, ó graciosamente se remita: dexe de llevarse á debido efecto este contrato y de ser compelido á su puntual observancia. Por tanto el citado comprador que está presente, enterado de lo que se ha referido, dixo: que acepta esta venta en todo y por todo, á cuya conseqüencia se obliga á la solucion de tantos reales que faltan para cumplir los tantos, total importe de dichas tantas arrobas de lana en el mismo dia y acto en que se las acabe de entregar, y en buena moneda de plata, ú oro, pena de perder los tantos que dió en cuenta y parte de pago, á lo que quiere se le compela en la propia conformidad que al vendedor; y declara que no vale ménos cada arroba, y caso que al tiempo del esquileo tenga ménos valor, del que sea, hace á favor del vendedor igual gracia y donacion que la que este le ha hecho del mayor, para que este contrato sea igual á entrambos, con renuncia de la misma ley recopilada y término que prescribe; por lo que se obliga á no reclamarle, &c.

Venta de censo.

141 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco Rodriguez vecino de ella dixo: que por sí y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien hubiere de ellos título y causa en qualquiera manera, vende para siempre á Bernardo de las Heras vecino de tal lugar y á los suyos tantos mil reales de principal de un censo al quitar con réditos de tres por ciento al año que le pertenece, segun consta de la escritura que otorgó á su favor F. en tal parte, y tal dia, mes y año ante tal Escribano, hipotecando especialmente á su responsabilidad tales bienes

con obligacion de pagarle dichos réditos á tales plazos: cuyo censo está libre de toda especie de gravámen, se le vende por los tantos reales que importa su capital y recibe de su mano en este acto en tales monedas á mi presencia, de que doy fe, y como satisfecho efectivamente de ellos, formaliza á su favor la mas eficaz carta de pago y resguardo que conduzca á su seguridad, obligándose á no volverlos á pedir, ni otra persona en su nombre, pena de restituirlos con mas las costas; y en su conseqüencia renuncia por sí, y sus herederos y sucesores la propiedad, posesion y otro qualquier derecho que le corresponda en dicho censo, traspasándole con todas quantas acciones le competen en el comprador para que de su autoridad ó judicialmente tome la posesion de él, perciba y cobre enteramente desde hoy sus réditos á los plazos estipulados en la escritura primordial de imposicion, hasta que se redima, y en este caso su capital, otorgando de todo las cartas correspondientes de pago, finiquito y redencion; y para que no necesite tomar la posesion, le entrega por título de pertenencia la mencionada escritura á presencia mia, de que doy fe, formaliza á su favor esta, de la qual me pide le dé copia autorizada, y con ambas sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado. Asimismo da facultad al comprador para apremiar al censatario actual, á los poseedores que fueren de las hipotecas de este censo, y á cada uno insolidum, á que le reconozcan por dueño de él, y le paguen como á tal desde hoy sus réditos y no al otorgante, el qual consiente en que se les requiera sobre su cumplimiento, y subroga al comprador y á quien le represente en su propio lugar, grado y prelacion: se obliga á la eviccion y saneamiento del enunciado censo, y á que será cierto y efectivo su capital, se le pagarán los réditos á los plazos pactados en la escritura primitiva de su creacion, y no se le moverá pleyto, ni pondrá impedimento sobre su propiedad y goce: á que si se le moviere ó pusiere, saldrá á su defensa, luego que sea requerido conforme á derecho, y seguirá el pleyto á sus expensas en todas instancias hasta executoriarle y dexarle en pacífica posesion de él y segura cobranza de sus réditos; y á que no pudiendo conseguirlo le dará el capital que ha desembolsado y réditos que á la sazon se le deban, con todas las costas, gastos y perjuicios que se

le causen deferida su liquidacion en la relacion jurada de quien sea parte legítima para su percibo, sin que necesite de otra prueba, de que le releva en forma, queriendo ademas que de esta escritura se tome razon en el protocolo de la censual, en los títulos de pertenencia de sus hipotecas, en la contaduría de estas en el término legal baxo de la pena establecida, y en las demas partes que convenga para los efectos que haya lugar. Por tanto al cumplimiento de lo referido obliga sus bienes, &c.

Venta de Juro.

142 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Alvaro de Andrade, vecino de ella dixo: que le pertenece en posesion y propiedad un juro de tantos maravedís de principal y tantos de renta anual impuesto sobre la de salinas de tal parte en cabeza de F. á cuyo favor el Señor Rey D. Felipe IV el Grande expidió privilegio en el Real Sitio de tal á tantos de tal mes y año, firmado de su Real mano y refrendado de Don F. su Secretario, del qual se tomó la razon en tales oficinas: que tiene tratado el venderle á Juan Martínez vecino de tal lugar, y que para ello ha impetrado licencia de S. M., que Dios guarde, la que me entrega original para documentar esta escritura é insertarla en sus traslados, y cuyo literal tenor es el siguiente: (*La licencia en §. aparte.*)

Y usando de la licencia inserta que concuerda con la que está en el protocolo de esta escritura, de que doy fé, en la mejor forma que ha lugar en derecho y cerciorado del que le compete = Otorga: que por sí y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien hubiere de ellos título y causa en qualquier manera, vende y enagena para siempre al referido Juan Martínez y á los suyos tantos maravedís de renta anual y tantos de capital del expresado juro, el qual está libre de toda especie de gravámen, como lo asegura, por la misma cantidad que importa el capital: (*Se pondrá la fé de entrega ó renuncia de sus leyes, y luego proseguirá de esta suerte*) y renuncia la propiedad, posesion y otro qualquier derecho que le corresponda en el citado juro, traspasándole con todas las acciones que le competen en el mencionado Juan Martínez, para que tome judicial

ó extrajudicialmente su posesion, y le goce, enagene y disponga de él á su arbitrio como de cosa suya adquirida con justo título; y para que no necesite tomarla, le entrega en este acto á mi presencia, de que igualmente doy fe, el privilegio original con todos los instrumentos que acreditan su pertenencia, y cuya relacion se omite por evitar prolixidad: formaliza á su favor esta escritura, con la qual sin mas acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado; y le da facultad para que acuda á las expresadas oficinas y presente en ellas dicho privilegio con la copia original de este documento, á fin de que se tilde y borre el nombre del otorgante en todos los libros en que está sentado, y tomada la razon se siente y ponga en su lugar el suyo como legítimo dueño; y asimismo para que se le satisfaga desde hoy toda la renta que debe pagarse anualmente, y llegado el caso de su redencion, los tantos maravedís de su capital sin desfalco. Por tanto se obliga á su eviccion, seguridad y saneamiento, &c. (*Proseguirá la cláusula de eviccion como en la venta de censo, excepto lo tocante á toma de razon que se ha de omitir; y luego se pondrán las cláusulas generales como en las escrituras anteriores. Si se quisiere hacer relacion de los títulos de pertenencia del juro, se pondrá en el lugar correspondiente con arreglo á la escritura de venta extendida en el n.* 135. *Las de venta de efectos de villa requieren las mismas cláusulas que las de juros, pero no es necesaria la licencia que en la de estos; y en quanto á su relacion é introduccion, los mismos títulos servirán de norte y regla al Escribano para hacerla.*)

Venta de oficio renunciable de Escribano.

143 En tal parte y en tal dia mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella dixo: que vende á Antonio del Rio de la propia vecindad el oficio de Escribano público de tal ciudad que le pertenece en posesion y propiedad, con todos sus protocolos de escrituras públicas, pleytos civiles y criminales, y demas papeles concernientes á él, por libre de toda especie de gravámen, y por tantos mil reales que le entrega en este acto en tales monedas á presencia mia y de los testigos infrascriptos, de que doy fe; y como satisfecho efectivamente de ellos for-

maliza á favor del comprador la mas eficaz carta de pago que conduzca á su resguardo y seguridad: declara que los tantos mil reales son el justo valor del referido oficio, y que no vale mas, ni ha hallado quien le haya dado tanto por él; y que si mas vale, hace del exceso en mucha ó poca suma á favor del comprador gracia y donacion pura é irrevocable, renunciando la ley 1 tit. 11 lib. 5 de la Recop. que trata de lo que se compra, vende, ó permuta por mas ó ménos de la mitad del justo precio, y los quatro años que prefine para rescindir el contrato, ó pedir el suplemento á su verdadero valor: se desprende desde hoy para siempre por sí, y sus herederos y sucesores de la propiedad, posesion y otro qualquier derecho que le pertenece en el mencionado oficio, traspasándolo todo en el comprador para que dé su autoridad ó judicialmente tome la posesion del citado oficio que le corresponde en virtud de esta escritura; y á fin de que no necesite tomarla judicialmente, formaliza á su favor este instrumento, del que me pide le dé copia autorizada, con la qual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado. Y por quanto el expresado oficio tiene la calidad precisa de renunciarse, para que S. M. (*ó tal ciudad á quien por Real concesion toca su provision*) haga merced de él al comprador y se le libre el título competente, se obliga á renunciarle siempre que lo pretenda, previniendo que si despues de renunciado no viviere los veinte dias que prescribe la ley 4 tit. 4 lib. 7 de la Recop. y por esta causa se perdiere y recayese en el fisco, ha de ser por su cuenta y riesgo, y no del comprador, el qual ha de poder compelerle por todo rigor de derecho á la restitucion de los tantos reales que desembolsó por él, y de las costas y perjuicios que baxo del juramento, en que lo defiere, declare habérsele seguido; y para evitar el daño que puede ocasionarle el defecto de renuncia, sin perjuicio de constituirla separada como corresponde, la hace desde ahora con todas las cláusulas y firmezas que se exigen por derecho para su validacion, y quiere que la tenga y se estime como hecha con ellas sin reservacion; pero si viviere los veinte dias y por no presentarla á S. M. (*ó al ayuntamiento de dicha ciudad*) ó no tomar la posesion del oficio, ó no sacar el título y aprobacion dentro del término prevenido

por leyes de estos reynos, ó por otro motivo que no dependa del otorgante, cayese en comiso, ha de ser de cuenta del comprador, quien no ha de poder reclamar contra el vendedor ni sus herederos en ningun tiempo. Por tanto en los términos propuestos se obliga á su eviccion, seguridad, &c. (*Proseguirá como la primera escritura de venta. Si el oficio no tiene la calidad de renunciarse, deben omitirse las cláusulas de renuncia, en cuyo caso será una venta llana; y si es de Regidor ú otro semejante, no se ha de hablar de protocolos ni papeles sino tan solo de lo concerniente á él, y de que instruirán al Escribano sus títulos, los quales deberá tener presentes para la extension de la escritura.*)

Venta de bestia.

144 En tal parte y en tal dia mes y año ante mí el Escribano y testigos Joseph López vecino de ella dixo: que vende á Antonio Fernandez que es lo es de tal lugar, un caballo suyo de tal edad, altura y color (*se expresarán las demas señales que tenga*) ensillado y enfrenado, (*ó sin freno ni silla, segun se pactare*) sin tacha ni vicio que impidan servirse de él, por tantos reales; (*se pondrá la fé de entrega ó renuncia de sus leyes*) y declara que la expresada cantidad es el justo valor de dicho caballo, que no vale mas, ni ha hallado quien le haya dado tanto por él, y que si mas vale, hace del exceso en mucha ó poca suma á favor del comprador gracia y donacion perfecta é irrevocable con las firmezas necesarias, renunciando la ley 1 tit. 11 lib. 5 Recop. y los quatro años que prescribe para pedir la recision del contrato, ó que se supla su justo precio. En esta atencion se desprende de la propiedad, posesion y otro qualquier derecho que le pertenece en dicho caballo, traspasándole en el comprador para que le tenga, use y disponga de él como de cosa suya adquirida con título legítimo á cuyo fin se le entrega por la oreja, (*ó freno si le tuviere*) y me pide que de esta escritura le dé copia autorizada, con la qual y con dicha tradicion ha de ser visto habérsele transferido conforme á derecho la posesion del referido caballo. Asimismo se obliga á que sobre su propiedad y disfrute no se le moverá pleyto, y á que no se descubrirá vicio, tacha, ni

ningun defecto; y si se le moviere, ó descubriere, &c. (*Proseguirá esta cláusula como la de venta de esclavo que ha extendido, y luego se pondrán las generales*) La ley 65 tit. 18 P. 3 trae extendida esta escritura.

145. Si se vende la bestia con todas las tachas y costumbres buenas y malas que tiene, (que llaman á estilo de feria ó mercado) ha de ponerse aceptacion en la escritura obligándose al comprador á no intentar contra el vendedor las acciones adhibitoria y del quanto ménos: como en la cláusula extendida en el n. 59, y solo se obligará este á la eviccion de la propiedad, goce y posesion de la bestia como en otra qualquiera venta llana.

Venta de villa.

146. Don Francisco de Andrade vecino de esta villa y poseedor del mayorazgo fundado por N. digo: que á aquel corresponde entre otros bienes la villa de tal con su término que por el oriente confina con el de tal ciudad, por el occidente con el de tal lugar, por el septentrion con el de tal villa, y por el mediodia con el de tal: en cuya villa me pertenecen la jurisdiccion civil y criminal, alta, baxa, mero, mixto imperio, sus alcabalas, tales pechos, dehesas, montes, palacio, tantos prados de pastar y otros derechos en sus moradores que como vasallos mios me pagan hasta en tanta cantidad anual; de que hizo merced al fundador el Señor Rey D. N. en tal parte, á tantos de tal mes y año, firmada de su Real mano y refrendada por D. N. su Secretario; y por hallarse molestado de varios acreedores (*ó por otros motivos que tenga, los quales se expresarán*) para satisfacer los empeños que he contraido y redimir la vejacion en que me hallo, determiné vender la referida villa con todo lo que le corresponde, á cuyo fin supliqué á S. M. (que Dios guarde) me concediese la competente licencia, y precedidas varias diligencias é informes se ha dignado deferir á mi pretension, como acredita la Real facultad expedida en el Real Sitio de tal á tantos de tal mes y año que original se une á esta escritura para documentarla é incorporarla en sus traslados, y cuyo literal tenor es el siguiente. (*Aquí la Real facultad en §. aparte.*)

Y aceptando la licencia que contiene la Real cédula inserta, y haciendo uso de ella, por mí y en nombre de mis hijos, herederos, sucesores y demas llamados á la obtencion y goce del mencionado mayorazgo, y de quien de nosotros hubiere título y causa en qualquier manera, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete, de mi libre voluntad otorgo: que vendo á Don Fernando de tal y á los suyos la referida villa con todo su término, palacio, jurisdiccion civil y criminal, alta, baxa, mero, mixto imperio, alcabalas, pechos, prados, pastos, dehesas, montes, aguas estantes y corrientes usos, costumbres, entradas, salidas, derechos, regalías y servidumbres, y con todo lo demas que en ella, su término, y contra sus vecinos y moradores me pertenece, y puede corresponder de hecho y de derecho con arreglo á la merced expedida por S. M. el Señor Rey D. N. de que se ha hecho mencion, sin reserva alguna; y por libre de toda especie de gravámen (*si tuviere alguno, se expecificará y añadirá*, que no tiene mas) en tantos mil ducados que hacen tantos mil reales, y que en virtud del auto proveido ante el presente Escribano en tantos del mes próximo anterior por el Señor D. N. Corregidor de esta villa y Juez comisionado por la enunciada Real facultad para la solucion de mis acreedores, depositó el comprador en las arcas de la depositaría general de ella, como resulta de los autos de depósito que originales se insertan en esta escritura y á la letra dicen así. (*Aquí los autos en §. aparte.*)

Con este depósito me doy por satisfecho de los mencionados tantos mil ducados, y aunque su entrega ha sido efectiva, por no parecer de presente, la confieso renunciando la excepcion del dinero no entregado, (*esta es la llamada* de la non numerata pecunia) la ley 9 tit. 1 P. 5 que trata de ella, y los dos años que prefine para la prueba de su recibo: otorgo á su favor la mas firme y eficaz carta de pago que conduzca á su seguridad; y en su consequiencia declaro, que el justo precio de la mencionada villa con su término, jurisdiccion, regalías y demas derechos referidos son los tantos mil reales depositados, que no vale mas, ni ha hallado quien me haya dado tanto por ella, y que si mas vale, hago al comprador del exceso en mucha ó poca cantidad

gracia y donacion perfecta é irrevocable, renunciando la ley 1 tit. 11 lib. 5. Recop. que trata de las cosas que se compran, venden y permutan, y de otros contratos en que hay lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio; y el quadrienio que prefine para pedir recision de ellos ó el suplemento á su justo valor; y en virtud de la Real facultad inserta segrego y doy por segregada del citado mayorazgo la referida villa con su término y demas que queda expresado, del mismo modo que si nunca se hubiera vinculado ni incorporado en él, traspasando por mí y los que fueren poseedores de él segun los llamamientos prescriptos en su fundacion, el dominio, propiedad y otro qualquier derecho que me pertenece en dicha villa, &c. (*Proseguirá como la venta llana hasta el fin, y se prevendrá que en la escritura de fundacion del mayorazgo y en su protocolo se pongan las notas conducentes para que conste en lo sucesivo de su separacion. Si la villa es libre, no se necesita facultad Real para su venta, á no ser que en la merced hecha de ella se haya mandado que sin este requisito no pueda venderse ni enagenarse, y que todos los poseedores tengan precision de obtener título de confirmacion para poseerla.*)

Cabeza de venta de bienes de convento.

147 Estando en la sala de *profundis* (ó como se llame) del convento de Santo Domingo de esta villa de tal á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos el R. P. Fr. Francisco de tal, Prior, Fr. Juan Subprior, &c. (*se nombrarán los demas que hubiere y tengan voto de comunidad*) todos Religiosos profesos que confiesan ser la mayor parte de los que hay en él, y tienen voto de comunidad, congregados á son de campana, segun lo acostumbran, quando tienen que tratar y conferir sobre alguna cosa tocante al servicio divino y utilidad de este convento, por sí y en nombre de los ausentes é impedidos de presenciar este acto y de sus sucesores, por quienes prestan caucion de que pasarán por el contenido de este instrumento y no le reclamarán, baxo de la expresa obligacion que para su firmeza hacen de los bienes y rentas presentes y futuros de este convento=dixeron: le pertenecen en posesion y propiedad diferentes tierras con

su casa en término de tal villa, en que sucedió por muerte de F. que le instituyó por su único y universal heredero en el testamento que otorgó en tal dia, mes y año ante F. Escribano de su Número; de las quales no puede utilizarse á causa de la dilatada distancia y de producir muy poco en renta atendido su valor en propiedad, por no poder cultivarlas: en cuya atencion habiéndose proporcionado venderlas á F. vecino de aquella villa en tanta cantidad é invertirlo en otras inmediatas á este convento que quiere enagenar F. y seguírsele mucha utilidad devender aquellas y comprar estas, resolviéron executarlo, á cuyo fin se congregaron tres dias é hicieron tres tratados canónicos, dando despues parte de esta determinacion al R. P. Fr. F. su Provincial, quien en vista de las razones propuestas y del manifiesto beneficio que se seguia á este convento, le concedió la competente licencia en el de tal parte tal dia, mes y año, firmada de su mano, refrendada de F. F. Secretario de esta provincia, y sellada con el sello mayor de sus armas, que original con los tratados se une á este instrumento para documentarle, é insertarla en sus traslados, y que á la letra dice así. (*Aquí los tratados y licencia por el órden de sus fechas en §. aparte.*)

Y aceptando los padres otorgantes la licencia inserta y usundo de ella, en la mejor forma que ha lugar en derecho, cerciorados del que les compete en este caso, de su libre voluntad=Otorgan, que venden á F. de tal vecino de la expresada villa, &c. (*Proseguirá como la venta llana añadiendo los requisitos explicados en los* nn. 97 y 98.

Primer tratado.

148 Estando en la sala de *profundis* del convento de Santo Domingo de esta villa de tal (*si fuere cabildo dirá*, en la sala capitular, *ó el nombre que tenga*) á tantos de tal mes y año por ante mí el Escribano y testigos el R. P. Fr. F. Prior de él, Fr. F. Subprior, Fr. F. &c, á quienes doy fé, conozco, todos Religiosos profesos conventuales, y la mayor parte de los que dixeron haber en él y tener voto de comunidad, se congregaron á son de campana, segun lo acostumbran, siempre que tienen que conferir sobre alguna cosa útil al servicio de Dios y á este convento, y estando juntos les propuso dicho

P. Prior (*se expresará con la mayor claridad lo que les proponga*) y les mandó en virtud de santa obediencia que traten entre sí sobre lo expuesto, que vean, si será ó no útil á este convento que se efectue, y que den libremente su voto y parecer; y enterados respondiéron que lo mirarian y reflexionarian para dar con mas maduro acuerdo su voto, lo qual firmaron siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa. (*El segundo tratado se extiende como el anterior, y si los Religiosos responden que les parece útil, se expresará, como tambien si estan discordes, en cuyo caso deben ponerse las razones en que afianzan su dictámen y contradiccion, añadiendo, que no obstante difieren darlo decisivo para el dia tercero. Si los Religiosos resuelven en el primer tratado, porque segun su costumbre no ha de haber mas, se pondrá su resolucion.*)

Tercer tratado.

149 Estando en la sala de *profundis* del convento de Santo Domingo de esta villa de tal á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigo el R. P. &c. todos Religiosos profesos de este convento que confesaron ser la mayor parte de los que hay y tienen voto de comunidad en él, estando congregados á son de campana, como lo acostumbran, quando han de tratar alguna cosa tocante al servicio de Dios y beneficio de este convento, les propuso dicho P. Prior, (*se pondrá la proposicion como en las juntas precedentes*) y les mandó que libre y decisivamente diesen su voto; y enterados nemine discrepante dixeron: que les parecia muy útil y conveniente se efectuase todo segun dicho P. Prior habia propuesto, á cuyo fin querian que para su mayor estabilidad se formalizasen las escrituras correspondientes y se impetrase la licencia del R. P. Provincial prescripta por derecho canónico; y en esta atencion dicho P. Prior dixo que aprobaba su resolucion, la qual haria presente á dicho R. P. para que concediese la licencia referida, y tuviese cumplido efecto lo que les habia propuesto: mandó que todo se pusiese por testimonio, y lo firma con los demas Religiosos á quienes doy fé, conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

Cabeza y pie de venta judicial.

150 Don F. de tal del Consejo de S. M., su Alcalde de Casa y Corte, y Teniente Corregidor de esta villa de Madrid, su tierra y jurisdiccion por el Rey nuestro Señor: hago saber al Excelentísimo Señor Conde de tal, Presidente del Consejo, á los Señores de él y de todos los de S. M. á los Alcaldes de su Real Casa y Corte, al Corregidor de esta villa, á los Jueces de comision y demas de estos reynos, y á qualesquier Ministros de Justicia ante quienes se presentare esta escritura y pidiere su cumplimiento; que á instancia de Pedro de tal se han seguido ante mí por la escribanía del presente Escribano autos executivos contra F. sobre paga de tanta cantidad que le debia, los quales tuviéron principio en tal dia de tal mes y año por pedimento que presentó con escritura de obligacion que habia otorgado á su favor en tal parte á tantos de tal mes y año ante F. solicitando que mediante á haber espirado el plazo en que debió satisfacérsela y no haberlo cumplido, despachase execucion por ella, su décima y costas contra su persona y bienes, jurando no pedirla de malicia y protestando admitir en cuenta legítimas y justas pagas: á lo qual deferí en el propio dia y en su consequencia, &c. (*Se relacionarán lacónicamente y en §. aparte los autos hasta el estado de despachar la venta, en la que se insertará un testimonio á la letra de ellos para documentarla y no los originales, porque si se llega á ofrecer en lo sucesivo que tenga que tomarlos algun heredero del deudor ú otra persoca no se le pueden entregar estando protocolados.*)

Concuerdan los autos insertos con los que estan en el protocolo de esta escritura, de que el infrascripto Escribano da fé y á que me refiero: en cuya atencion usando de la Real jurisdiccion que exerzo y de la facultad que me conceden las leyes del reyno, en la forma que mas haya lugar en derecho=Otorgo en nombre de F. y sus hijos, herederos y sucesores que vendo á F. &. (*proseguirá como la venta regular, hablando siempre el Juez en nombre del deudor dueño de la cosa que se vende, privándole de su propiedad y posesion, y obligándole juntamente con sus herederos á la eviccion y saneamiento, del mismo modo que si fuera su apoderado, y con-*

claida la renuncia general añadirá) y de parte de S. M. exhorto á los referidos Señores Jueces, y de la mia les pido y encargo, y mando á los alguaciles de esta corte y villa, porteros de ambas y demas ministros (*si la venta se despachare en otra jurisdiccion, mandará solamente á los de la suya*) guarden y executen, y hagan guardar y executar esta escritura sin contravenir á ella con ningun pretexto; y los referidos ministros han de cumplirlo pena de prision y de cincuenta mil maravedís para la Real cámara, baxo la qual mando igualmente á qualquier Escribano que sea requerido por el comprador ó por quien le represente, se lo notifiquen y dé testimonio de ello sin sacar esta escritura de su poder; y para su estabilidad así lo otorgo y firmo ante el presente Escribano del Número en esta villa á tantos de tal mes y año, siendo testigos F. F. y F. vecinos de ella, y dando fé yo el Escribano de que conozco al Señor Juez otorgante.

Retroventa.

151 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella dixo: que Antonio Fernandez que lo es de tal lugar, por escritura que otorgó á su favor en tal dia, mes y año ante tal Escribano, le vendió una casa suya sita en tal parte con tales linderos, por tanta cantidad con la condicion de poder recobrarla dentro de tantos años, como entre otras cosas resulta de la citada escritura, á que se remite; y estando cerca de espirar el término prefinido para su recuperacion requirió judicialmente al otorgante que se la restituyera, pues estaba pronto á entregarle incontinente los tantos reales que desembolsó por ella, á lo qual condescendió en fuerza de la obligacion que constituyó en la aceptacion de dicha escritura, y cumpliendo con ella, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorga: que retrovende y restituye al enunciado Antonio Fernandez la mencionada casa en la conformidad que se la vendió, con todas las cláusulas de translacion de pleno dominio, posesion y demas que se expresan en la referida escritura de venta, las quales da aquí por repetidas é insertas, como si literalmente lo fueran; y

si por la expresada escritura que le entrega original con los demas títulos de pertenencia, de que doy fé, y por el tiempo que ha poseído la enunciada casa, ha adquirido algun derecho á ella, le traspasa enteramente en el mencionado Antonio, mediante á recibir de su mano en este acto los tantos reales que el otorgante le dió por ella en tales monedas, &c. (*se expresarán las que sean, y si la entrega hubiere precedido al acto, se pondrá la confesion y renuncia de la ley 9 tit. 1 Part. 5 como en otras escrituras, y proseguirá*) y formaliza á su favor la escritura de retroventa, cesion é íntegra restitucion con todas las cláusulas necesarias por derecho para su estabilidad y resguardo, sin quedar obligado á su saneamiento ni responsabilidad, en atencion á no haber padecido decremento ni deterioro miéntras la ha tenido en su poder, ni haber impuesto sobre ella ningun gravámen; y si este pareciere, quiere y consiente en ser compelido á indemnizarle, exônerarle de él y á satisfacerle otro tanto como importe, y las costas y gastos que se le originen en su exâccion, sin que sea necesaria mas justificacion que el testimonio que acredite el gravámen, aunque para darle no preceda su citacion ni auto de Juez, pues le releva de todo. Así pues el referido Antonio que está presente, acepta esta escritura, se da por entregado de la de venta y de los títulos de dicha casa confesando que esta no tiene desmejoro ni desfalco en su fábrica, y que se halla en el mismo estado que quando la vendió al expresado Francisco, segun el reconocimiento que han hecho peritos de su satisfaccion, por lo qual le da enteramente por libre de su responsabilidad, se obliga á no reclamar esta escritura, aunque se descubra luego en la casa algun daño grave ó leve; y si lo hiciere, quiere, á mas de no ser oido judicial ni extrajudicialmente, que se le compela á su observancia y condene en costas, como á quien pretende lo que no le toca. Por tanto al cumplimiento de este contrato obligan ambos otorgantes sus personas y bienes, &c.

Permuta de bienes profanos.

152 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el

Escribano y testigos Francisco y Antonio de tal vecinos de ella, á quienes doy fe, conozco, dixeron: que les pertenecen en posesion y propiedad, al expresado Francisco una viña y dos tierras contiguas de pan llevar en término de esta villa y sitio llamado tal, tasadas en tantos reales, y al mencionado Antonio una casa dentro de sus muros en tal calle valuada en otros tantos reales, las quales han determinado permutar; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar por derecho, de su libre voluntad = Otorgan: que por sí y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien hubiere de ellos título y causa en qualquier manera, permutan para siempre, el enunciado Francisco una viña con tantas cepas de vidueño blanco y dos tierras de pan llevar confinantes con ella de tanta cabida, situadas en término de esta villa y parage llamado vulgarmente *tal* que lindan (*se pondrán sus linderos*) y estan apreciadas por peritos nombrados de conformidad en tantos mil reales; y el citado Antonio una casa sita en esta villa en tal calle (*se expresarán su fábrica, pies de sitio, linderos y demas señales conducentes*) la qual han valuado alarifes que los otorgantes eligieron á este fin, en otros tantos mil reales: cuyas tierras, viña y casa declaran no tener vendidas ni enagenadas, y que estan libres de toda especie de carga y responsabilidad, y como tales las truecan en los términos propuestos con todas las entradas, salidas, usos, costumbres, derechos, regalías y servidumbres que han tenido, tienen y les corresponden y deben corresponder sin reserva alguna, por el mismo precio en que las han valuado dichos peritos, del que con ellas se dan mutuamente por contentos y pagados á su voluntad, y por no parecer de presente su entrega, renuncian, &c. (*se pondrá la renuncia y carta de pago como en la venta de villa, y continuará*) y asimismo declaran que la cantidad en que se han estimado las referidas fincas, es su justo precio y que no valen mas, ni han hallado quien les haya dado tanto por ellas; y si mas valen, se hacen del mayor valor en mucha ó poca cantidad recíproca gracia y donacion perfecta é irrevocable, &c. (*Proseguirá como la de venta hasta el fin, y se obligarán ámbos á la eviccion de lo que truecan.*

153 Si las cosas que se permutan ó alguna de ella tienen gravámen, se expresará. Si interviene dinero para igualarse, ya sea por valer ménos algunas de las permutadas, ya por tener sobre sí alguna carga, y se entrega al tiempo del otorgamiento, dará el Escribano fé de ello, y si no parece de presente, confesará el otorgante que le ha recibido del otro, en la misma forma que en las escrituras anteriores, y ambos declararán que con él quedan igualados y no hay lesion, y que de la que haya, se hacen mutuamente gracia y donacion irrevocable, &c.

Permúta de piezas eclesiásticas.

154 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Francisco Pérez, Canónigo de la santa iglesia catedral de Santiago, y Don Pedro Bermúdez que lo es de la de Toledo, ambos Presbíteros, á quienes, doy fé, conozco = dixeron: que por beneficio de su salud y otras justas causas determinaron permutar sus prebendas ó canonicatos, y para conseguirlo impetraron licencia de S. M. (que Dios guarde) quien se ha servido concedérsela en el Real Sitio de tal á tantos de tal mes y año, firmada de su Real mano y refrendada de D. F. su Secretario, la qual se une original á esta escritura para documentarla é insertarla en sus traslados, y á la letra dice así. (*Aparte la licencia.*)

Y usando los otorgantes de la licencia inserta, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorgan: que permutan las citadas prebendas; para que cada uno goce y sirva desde el dia en que tome posesion, la que el otro ha gozado y servido hasta ahora, con las regalías, emolumentos, cargas y pensiones anexas á ellas, segun lo practícan y deben practicar los demas Canónigos de dichas santas iglesias sin reservacion: renuncian el derecho que han tenido á ellas traspasándole recíproca y enteramente, y se dan tan amplio y suficiente poder como es necesario para que puedan tomar la posesion de sus respectivos canonicatos, sin que sea preciso que por su parte intervengan mas requisitos, ni que para ello espere el uno al otro: juran

por las sagradas órdenes que han recibido, formando al mismo tiempo la cruz sobre su pecho con la mano derecha conforme á su estado, que esta permuta es simple y que en ella no ha intervenido, interviene, ni intervendrá directa, indirecta, tácita, ni expresamente ninguna especie de simonía ni otro pacto ilícito y reprobado por derecho: declaran que tampoco hay lesion ni engaño, por estar cerciorados del producto, utilidad y cargas de los expresados canonicatos; y que si la hubiere, se hacen de la que haya, mutua gracia y donacion perfecta é irrevocable con las firmezas necesarias, no quedando por consiguientes sujetos á ninguna responsabilidad: se obligan á no reclamar esta escritura ni en todo ni en parte, y consienten, si lo hicieren, en que no se les oiga judicial ni extrajudicialmente y en que se les condene en costas. Por tanto al cumplimiento de este contrato obligan sus bienes, &c.

Posesion extrajudicial.

155 Estando en tal sitio, término y jurisdiccion de esta villa de tal á tantos de tal mes y año Francisco Pérez vecino de ella, á quien pertenecieron las tierras contenidas en la escritura de venta anterior, dió á Juan Alvarez vecino de tal parte, en cuyo favor la formalizó, la posesion real, actual, corporal, ó quasi de tal tierra por esta y por todas las demas entrándole por la mano en ella; y el dicho Juan Alvarez se paseó por dicha tierra, esparció puñados de ella, arrancó yerbas, é hizo otros actos posesorios sin contradiccion de ninguna persona, de todo lo qual pidió se le diese testimonio para su resguardo: á cuya consequencia el vendedor requirió por ante mí á Antonio Rodriguez colono ó arrendador da todas las tierras que constan vendidas en dicha escritura, y está presente, contribuyera con la renta que habia vencida y se devengará desde el dia tantos de tal mes de este año en que se celebró la venta, al comprador y no á otro, y le reconociese por dueño propietario de ellas, lo qual se obligó á cumplir; y todos tres, á quienes, doy fé, conozco, lo firmaron siendo testigos, &c. (*Si la posesion fuere de casa, dirá*): y en se-

ñal de verdadera posesion se paseó por sus piezas, abrió y cerró sus puertas y ventanas quedándose con sus llaves, é hizo otros actos posesorios, &c. *El requerimiento á los inquilinos, si los hubiere entónces, ha de ser como el de arriba, y no habiéndolos se pondrá en diligencia, separada. Si la posesion fuere de una cosa sola, se omitirá la expresion*, y por todas las demas, *que contiene la antecedente.*)

Auto para dar posesion judicial.

156 La posesion judicial se da en virtud de auto, ó mandamiento del Juez, ante quien la parte legítima presenta ó exhibe para tomarla los documentos, en cuya virtud, y no de otro modo debe dársele, cuyo auto se extiende en estos términos: „Por presentados (*ó exhibidos*) los documentos que se refieren, y por lo que resulta de ellos, dese á esta parte sin perjuicio de tercero de mejor derecho la posesion real, actual, corporal ó quasi de (*se expresará lo que sea*) con el goce de sus frutos, regalías y aprovechamientos desde tal dia inclusive siguiente á el en que falleció fulano, (*ó en que se celebró la venta de tal casa ó se le donó, ó lo que fuere*) y con la obligacion de cumplir sus cargas, (*si las tuviere, y si no, se omitirá esta expresion*) y amparésele y defiéndasele en ella: impónese la pena de cincuenta mil maravedís para la cámara de S. M. á quien se le perturbare sin vencerle primero en juicio: requiérase á las personas que deben contribuirle con sus rentas, lo hagan baxo la de volverlas á pagar si las diesen á otra persona, para lo qual se confiere comision á qualquier alguacil de este juzgado y Escribano de S. M. dense á esta parte los testimonios que pida para su resguardo, y devuélvanse los documentos presentados. El Señor Don F. Corregidor de esta villa de tal lo mandó á tantos de tal mes y año, y lo firma.„

Posesion de un vínculo.

157 En tal villa á tantos de tal mes y año F. alguacil de su juzgado cumpliendo con lo que se manda en el auto

anterior por ante mí el Escribano dió á Don F. vecino de ella la posesion real, actual, corporal, ó quasi del vínculo fundado por F. y sus agregados con el goce de sus frutos, emolumentos, regalías y obligacion de cumplir sus cargas desde tal dia inclusive siguiente al del fallecimiento de D. F. su último poseedor, por el qual está vacante: cuya posesion le dió sin perjuicio de tercero de mejor derecho en la escritura de su fundacion, (*se citará con individualidad el Escribano, fecha y lugar de su otorgamiento*) y en señal de verdadera posesion ojeó y leyó en dicha escritura, é hizo otros actos posesorios, y la tomó sin contradiccion alguna por todos los bienes y efectos pertenecientes al referido vínculo así por fundacion como por agregacion: estando pronto dicho alguacil á ampararle y defenderle en ella, y á exigir la pena de cincuenta mil maravedís para la Real cámara en cumplimiento de dicho auto, á quien se la perturbe sin vencerle primero en juicio: de todo lo qual pidió testimonio para su resguardo, y firma con el mencionado alguacil, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa, de que doy fé.

Posesion judicial de una casa.

158 En tal villa á tantos de tal mes y año por ante mí el Escribano F. alguacil de su juzgado en virtud de la comision dada en el auto anterior dió á Francisco de tal vecino de ella sin perjuicio de tercero de mejor derecho la posesion real, actual, corporal ó quasi de tal casa sita, &c. (*se expresarán la calle y los linderos*) con el goce de sus alquileres y aprovechamiento desde tal dia en que consta por la escritura exhibida habérsela vendido F. y en señal de verdadera posesion habiéndole entrado por la mano en dicha casa y entregadole las llaves de sus puertas, las abrió, cerró, se paseó por sus piezas ó quartos, echó fuera á los que estaban en ellos é hizo otros actos posesorios sin la mas leve contradiccion: estando pronto dicho alguacil á ampararle y defenderle en ella, y á exigir para la cámara de S. M. la pena de veinte mil maravedís en cumplimiento del auto mencionado, á quien se le perturbe sin vencerle primero en juicio:

de todo lo qual pidió testimonio para su resguardo, y firma con el citado alguacil siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa, de que doy fé.

159 En los autos de posesion judicial se pone siempre el aditamento, *sin perjuicio de tercero de mejor derecho*, porque se da sin audiencia ni citacion de nadie, y el que la toma puede pedirla con instrumentos simulados, ó aunque no lo sean, puede haber algun otro llamado que sea preferido por la proximidad de parentesco, ó por otro motivo, lo qual no sucede, quando precede conocimiento de causa en contradictorio juicio como en la tenuta, en que quien no parece dentro de los seis meses siguientes al dia de la vacante, solo tiene accion á litigar la propiedad, y aquel á cuyo favor se declara aquella, hace suyos los frutos vencidos. Las demas posesiones únicamente sirven para provocar al juicio, y luego que comparece otro, se convierten en simple citacion á persona incierta de ciertas que son las que tienen derecho á poseer y no se conocen. No puse pena en la posesion extrajudicial, porque nadie puede imponerla á otro sino la ley ó el Juez como executor de ella.

Libertad de esclavo.

160 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco Hernandez vecino de ella, á quien, doy fé, conozco, dixo: que tiene un esclavo llamado Juan de los Santos, negro, con los ojos grandes, de tal estatura, edad y nacion que adquirió por tales razones; y por haberse convertido á nuestra santa religion, sirviéndole con toda lealtad, y por otros justos motivos, ha determinado manumitirle, y para que tenga efecto, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorga: que da plena libertad al citado Juan de los Santos para que la tenga, goce y disfrute, como si fuera naturalmente libre, renunciando desde hoy para siempre el dominio que hasta ahora ha tenido y el derecho de patronato que podria tener sobre él, y confiriéndole amplia facultad para que trate, reste, comparezca en juicio por sí ó por medio de sus apoderados, y practique sin intervencion del otorgan-

te todo quanto está permitido á los que nacieron libres; pues para ello formaliza á su favor esta escritura con los requisitos conducentes á su mayor estabilidad: me pide que le dé de ella las copias autorizadas que quiera para su resguardo: obliga su persona y bienes á no revocar ni en todo ni en parte, á no interpretar, ni reclamar esta libertad y manumision, aunque concurran las causas que para volverle á su poder y dominio prescriben las leyes de estos reynos que renuncia juntamente con todas las demas que le favorezcan, y quiere que si lo hiciese, no se le oiga ni admita en ningun tribunal. Así lo otorga y firma, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

161 Las copias de las escrituras de venta y retroventas se han de sacar en papel del sello mayor, siendo la cantidad de mil ducados, en una ó muchas sumas: siendo de ménos hasta ciento, en el del sello segundo, y baxando de aquí en el del sello quarto. Lo mismo se ha de decir de las escrituras de permutas de qualesquiera género ó especies señalandose precio, y sino se señala, se escribirán en papel del sello primero. Las posesiones judiciales ó extrajudiciales y los tratados se han de escribir en papel del sello quarto, y las escrituras de libertad en el del segundo.

Apéndice de las Reales órdenes modernas pertenecientes á este capitulo.

Circular de 20 de Diciembre de 1796. = De resultas de haber ocurrido al Rey los texedores de lienzos de la villa de Cardenete, provincia de Cuenca, quejándose de que la Justicia de aquel pueblo intentaba sujetar á precios fixos las obras que hacian, sobre lo qual se formó competencia entre el Intendente y la misma Justicia, se encargó de órden de S. M. á la Junta General de comercio y moneda que con presencia de las noticias que tuviese de lo que en quanto al referido particular sucedia en el reyno, propusiese lo que se le ofreciese y pareciese. Así lo executó, y conformándose S. M. con el dictámen de la Junta por su Real resolucion que por la via reservada de Hacienda se comunicó al Consejo en 12 de Julio de

este año, se ha servido declarar por punto general que todos los texidos y manufactutas del reyno, sin embargo de qualesquiera otra disposicion, se han de poder vender por el precio en que se convengan las partes sin sujecion alguna á tasa ó regulacion de las Justicias, ni á otra providencia que lo determine, quedando únicamenee á salvo á los interesados los recursos de derecho y por el órden de este para los casos de lesion ó engaño. Publicada en el Consejo, &c.

Circular de 7 de Abril de 1800.--Por los repetidos recursos que desde la publicacion de la Real cédula de 17 de Julio de 1799 se han hecho á S. M. al Consejo y al Señor Gobernador á nombre de diferentes cuerpos eclesiásticos y seculares, y por otros muchos particulares, se ha visto con dolor el abuso que ha tenido en su práctica y execucion aquella providencia general dirigida al comun beneficio, y que bien observada hubiera sin duda alguna producido los saludables efectos que se propuso S. M. para suplir la falta de numerario originada de la interceptacion del comercio y navegacion que ocasiona la guerra, consolidando al propio tiempo el crédito de los vales Reales.

No era ciertamente de esperár que estando este papel moneda tan asegurado con los vínculos y obligaciones mas solemnes, y con las hipotecas generales y particulares consistentes en los arbitrios creados con el preciso destino de invertir sus productos en el pago de réditos anuales y amortizacion del capital, de que hablan con tanta repeticion todas las cédulas expedidas en el asunto, hubiera causado tan lastimosos efectos el reprobado manejo de algunas personas que sin otro miramiento que el de aumentar sus intereses particulares, y con grave perjuicio de su honor y conciencia, han conseguido desacreditar este papel moneda en términos de hacerlo correr en la opinion pública por la mitad ó ménos de su valor; negándose á hacer las reducciones con el beneficio legal de 6 por 100, que con la calidad de por ahora autoriza uno de los capítulos de la cédula, pues ó no han hecho algunas teniendo guardado el numerario, ó si las han hecho, ha sido con un quebranto sumamente excesivo y por me-

dio de convenciones privadas dificiles de averiguar.

De aquí ha resultado hacer rápidos progresos el agiotage y aumentarse diariamente el número de individuos que imitando tan pernicioso exemplo aspiran á enriquecerse por medio de estas torpes grangerías, y lo que es mas, queriendo hallar en la santidad de la ley, cuyo espíritu desprecian, el apoyo seguro á sus torcidas intenciones, viniendo por tan reprehensible conducta á dexar burlados los saludables fines y objetos del Gobierno, y á convertir en ruina del Estado y de las clases mas distinguidas de los vasallos, lo que se habia considerado como remedio á la pública necesidad.

Las Caxas de Reduccion, que ofrecian un pronto recurso á los precisos cambios ó reducciones de vales para todos aquellos que careciesen de numerario en los pagos, compras y otras negociaciones menores en que no puede tener cabimiento el papel moneda, ocurriendo al propio tiempo á contener la codicia, disipar los infundados rezelos esparcidos en la opinion comun y restablecer el crédito de los vales, ni han podido juntar hasta aquí los fondos de su dotacion, no obstante el mucho tiempo que desde la publicacion de la Real cédula ha transcurrido, ni seria de esperar llegase el deseado momento de quedar establecidas y corrientes, si ántes que se repitan las providencias oportunas y eficaces á conseguir el fin, no se remueven los obstáculos é impedimentos con que cohonestan los accionistas pudientes la imposibilidad de entregar sus qüotas por falta de moneda efectiva que no llega á sus manos, quedándose en la de los arrendadores de sus frutos y rentas en contravencion del literal contexto de sus obligaciones escrituradas, sin arbitrio en los dueños ó propietarios para obligarles al cumplimiento de lo ofrecido, ni hallar abrigo sus instancias en las Justicias y tribunales, por no contravenir á los capítulos 2º, 4º y 5º de la cédula á que se acogen, queriendo sirvan de escudo á sus injustas ideas.

Aunque tan reprobadas operaciones son un convencimiento perentorio de los esfuerzos del interes privado, se han notado otras todavía mas reprehensibles que ofen-

den el decoro y trastornan hasta los principios del derecho natural. Tales han sido los muchos contratos y obligaciones que despues de publicada la cédula se han otorgado ofreciendo expresa y repetidamente hacer los pagos en moneda metálica con todas aquellas seguridades que el genio mas desconfiado podia apetecer hasta conseguir y obtener lo que era objeto de la negociacion, y una vez conseguido olvidar inhonestamente las promesas subrogando el papel á la moneda con el quebranto del 6 por 100, sin reparar que si semejantes convenciones eran contra la cédula, no podia el mismo que la quebrantaba hacer válido un acto prohibido, ni reportar lucro de su contravencion, al mismo tiempo que la otra parte ménos culpada recibia por entero el daño: resultando por precisa conseqüencia de tan delinqüente conducta no solo la falta de buena fe y el indecente quebrantamiento de una promesa repetida sino el trastorno absoluto de los principios de sana moral que deben servir de basa en los contratos y convenciones de toda sociedad bien arreglada.

Todos estos desórdenes los representó el Consejo á S. M. en consulta de 21 de Marzo próximo, proponiendo los remedios que consideraba necesarios para atajar unos males de tanta transcendencia, tomando ocasion de cierto recurso de los muchos que sobre este asunto se hicieron al Consejo, y en el que con mas particularidad se hacian ver los perjuicios que acasionaba la indiscreta aplicacion y abuso de la Real cédula; y S. M. cuya delicada conciencia mira con horror todo lo que pueda ceder en ofensa de las leyes y de las buenas costumbres, oyó benignamente lo que se le proponia, y por su Real resolucion publicada en 26 del mismo se ha servido conformar con el parecer del Consejo mandando entre otras cosas:

Que en todos los contratos de arrendamiento, compras, ventas y qualesquiera otras obligaciones pendientes, anteriores ó posteriores á la Real cédula de 17 de Julio de 1799, cuyos pagos aunque vencidos estuviesen por satisfacer, se observe religiosamente lo capitulado y convenido por las partes; haciendo el de los vencidos no pagados, y el de los que en adelante se vencieren, en la

especie de moneda que se hubiese ofrecido; y que esta misma regla gobierne en los contratos que se celebren en lo sucesivo, executándose otro tanto con las letras de cambio que tuvieren su aceptacion corriente.

Que en los ajustes y convenciones verbales de qualquiera especie que sean, y que por ser asuntos del trato comun y diario no llegan á reducirse á escrito expresen los compradores con sencillez y buena fe la clase de moneda en que han de entregar el precio, para que con este conocimiento puedan embeber los vendedores la diferencia entre la moneda corriente y el papel amonedado.

Que si por falta de pago de los deudores fuese necesario proceder judicialmente contra sus bienes, y no hubiese otros que vales Reales, se reduzcan de cuenta de los mismos.

Y que todos los que por encargos ó comisiones particulares ó de Real hacienda recauden contribuciones ó caudales en que no tengan propiedad, hagan precisamente la entrega á su dueño en las mismas especies que lo recibieron, sin que ni estos ni aquellos puedan escudarse con el tenor de los capítulos citados de la Real cédula, ni otros que traten del asunto, los quales sobre no deber comprehenderles segun el espíritu y presupuestos con que se extendieron, quiere S. M. á mayor abundamiento queden desde hoy en adelante en suspension, y sin producir efecto alguno que derogue estas declaraciones; todo por ahora, y hasta que establecidas y consolidadas las Caxas de Reduccion de un modo sólido y permanente, segun se necesita para que la Real cédula reciba su perfeccion y complemento, otra cosa se sirva determinar S. M.

Circular de 20 de Febrero de 1801.— Por el Excmo. Señor D. Pedro Cevallos, primer Secretario de Estado y del Despacho, se ha comunicado al Consejo por medio del Excmo. Señor D. Gregorio de la Cuesta, Gobernador de él, en 26 de Enero próximo la Real órden que se sigue.

„Informado el Rey de lo muy imperfectos y maltratados que estan los patrones originales de pesas y medidas que rigen en la mayor parte de estos reynos, segun resultó del exâmen que de ellos ha mandado hacer S. M., é igualmente enterado de la poca atencion que hasta aho-

ra se ha dirigido á un negocio de tan conocida importancia: ha resuelto S. M. poner en ello el órden conveniente y necesario; y al mismo tiempo conociendo los graves inconvenientes que siempre ha ocasionado la variedad de pesas y medidas, y la justicia y utilidad de que sean unas mismas en todos sus reynos y señoríos, ha determinado S. M. que se lleve á efecto la igualacion de pesas y medidas que ha sido mandada en diferentes tiempos, sin que hasta ahora se haya verificado enteramente; y para que se logre la utilidad real de esta uniformidad con la menor incomodidad posible de los pueblos, ha resuelto S. M. que se tomen por normas las pesas y medidas que esten en uso mas generalmente en estos reynos, prefiriendo el evitar la confusion que de alterarlas resultaria, al darles cierto órden y enlace sistemático que se podria desear.

Estas normas son el patron de la vara que se conserva en el archivo de la ciudad de Búrgos, el patron de la media fanega que se conserva en el archivo de la ciudad de Avila, los patrones de medidas de líquidos que se custodian en el archivo de la ciudad de Toledo, y el marco de las pesas que exîste en el archivo de ese Consejo.

Las pesas y medidas que deberán pues ser de uso general en todos los reynos y señoríos de S. M. y que en lo sucesivo se llamarán pesas y medidas españolas, serán las siguientes.

El pie será la raiz de todas las medidas de intervalos ó de longitud, y se dividirá, segun se acostumbra, en 26 dedos, y el dedo en mitad, quarta, ochava y diez y seisava parte; é igualmente se dividirá el pie en 12 pulgadas, y la pulgada en 12 líneas. — La vara ó medida usual para el trato y comercio, y demas usos en que se emplea, se compondrá de tres de dichos pies; y sedividirá, segun se acostumbra, en mitad, quarta, media quarta ú ochava, y media ochava; como tambien en tercias, medias tercias, ó sexmas ó medias sexmas.

Para que la legua corresponda próximamente á lo que en toda España se ha llamado y llama legua, que es el camino que regularmente se anda en una hora, será dicha legua de veinte mil pies, la que se usará en todos los casos

en que se trate de ella, sea en caminos Reales, en los tribunales y fuera de ellos.

El estadal para medir las tierras será de 4 varas ó 12 pies de largo. — La aranzada para medir las tierras será un quadro de 20 estadales de lado, ó tendrá de superficie 400 estadales quadrados. — La fanega de tierra será un quadro de 24 estadales de lado, ó tendrá de superficie 576 estadales quadrados. Esta fanega de tierra se dividirá en 12 celemines, y cada celemin de tierra en 4 quartos ó quartillos. — Para medir todo género de granos, la sal y demas cosas secas se usará el cahiz de 12 fanegas y la fanega de 12 celemines. — La fanega se dividirá en dos medias fanegas y en 4 quartillas, y el celemin se dividirá en mitades sucesivas, segun se acostumbra, con los nombres de medio celemin, quartillo, medio quartillo, ochavo, medio ochavo y ochavillo. — Para medir todo género de líquidos, á excepcion del aceyte, se usará la cántara ó arroba, y sus divisiones por mitades sucesivas, que son media cántara, quartilla, azumbre, media azumbre, quartillo, medio quartillo y copa. — El moyo será de 16 cántaras. — Las medidas para el aceyte estarán como hasta aquí arregladas al peso, y se usará como hasta ahora de la arroba y sus divisiones, que son media arroba, quarto y medio quarto de arroba, libra, media libra, quarteron ó panilla y media panilla. — Para las cosas que se compran y venden al peso, se usará la libra de 16 onzas, la que se dividirá, segun se acostumbra, en mitades sucesivas con los nombres de media libra, quarteron y medio quarteron. La onza se dividirá tambien en 2 medias onzas, en 4 quartas, en 8 ochavas ó dracmas, y en 16 adarmes, y para los usos en que se necesita mayor division, se dividirá el adarme en 3 tomines y cada tomin en 12 granos. La arroba de peso se compondrá de 25 libras, y el quintal será de 4 arrobas. — Los médicos y boticarios continuarán usando de la libra medicinal de 12 onzas iguales á las onzas del marco español para evitar los daños que de alterarla podrian resultar á la salud pública.

Determinadas de esta suerte las medidas y pesos, y sus nombres que han de ser de uso general, ha comisionado S.M.

á D. Juan de Peñalver para cuidar de la construccion de los patrones necesarios, de la materia y forma mas convenientes para su exâctitud y conservacion; los que hallándose concluidos, se ha dignado S. M. exâminarlos, han merecido su Real aprobacion, y son los siguientes.

Dos patrones de la vara, el uno de platina y el otro de hierro, que son iguales en una temperatura determinada: dos juegos de pesas desde la libra hasta el adarme por mitades sucesivas, el uno de platina y el otro de laton, de forma cilíndrica, con un pomo ó botón liso por arriba: un juego de medidas de áridos desde la media fanega hasta el ochavillo, todas de laton, de forma cilíndrica, y cuya altura es próximamente igual al diámetro de la base: un juego de medidas de líquidos compuesto de cántara, media cántara, quartilla, azumbre, quartillo y medio quartillo, las quales son de cobre, á excepcion de la azumbre que es de laton, y su forma es la de un cono truncado, siendo su altura próximamente igual al diámetro de la base, y este casi cinco veces mayor que el diámetro de la boca: un juego de medidas para el aceyte compuesto de media arroba, quarto de arroba, libra, media libra, panilla y media panilla, todas de la misma materia y formas que las de los otros líquidos.

Todos los referidos patrones que se hallan en poder de Don Juan de Peñalver, se tendrán desde ahora en adelante por primarios y originales, y se depositarán y conservarán en el archivo del Consejo, de donde no se extraerán en ningun caso, ni se hará de ellos ningun uso sino en circunstancias muy particulares y con órden expresa de S. M.

Para fixar en lo sucesivo la extension, cabida ó peso respectivamente de dichos patrones, y poder verificarlos en qualquier tiempo, si por acaso ó por algun accidente se sospecha que han padecido alteracion, ha mandado S. M. que se compare el pie con la longitud del péndulo simple que oscila los segundos en Madrid, y la libra con el peso de un pie cúbico de agua pura en determinadas circunstancias; como igualmente que se averigue y fixe la cabida en libras de agua pura de las me-

didas de capacidad, cuyos resultados se comunicarán en su tiempo al Consejo.

Pero aunque la forma que se ha dado á los patrones, es la mas conducente á su exâctitud y conservacion, es no obstante poco acomodada á los usos comunes; y por tanto ha resuelto S. M. que las medidas de granos y demas cosas secas en los usos comunes conserven la misma forma que actualmente se acostumbra darles, ajustándolas á la cabida de sus respectivos patrones por medio de un grano menudo echado con lentitud é igualdad, si son de madera, ó por medio del agua, si fueren de algun metal; y para evitar las diferencias y fraudes que pueden resultar de la variedad de las formas, tanto midiendo rasado como colmado, tendrán estas medidas ciértas y determinadas dimensiones, de manera que todas las de igual cabida y mismo nombre tengan iguales dimensiones, sean de madera ó de algun metal, no permitiéndose otra forma ni otras dimensiones en las medidas de uso.

La media fanega tendrá pues la forma que actualmente se la da, y consiste en un fondo de igual ancho, pero ménos largo que la boca, sobre el qual se levantan tres lados planos y rectos, siendo el quarto lado inclinado para la comodidad de llenarla y vaciarla. La boca tendrá de largo 37½ dedos, y de ancho 16½ dedos, incluyéndose en esto el grueso de los bordes. La luz de dicha boca sin el grueso de los bordes será de 35 dedos de largo y 15 dedos de ancho. El fondo tendrá de ancho 15 dedos y de largo 25½ dedos, la altura interior de la medida de 12 dedos.

Así en esta medida como en las demas de granos que se siguen, no se exigirá que las dimensiones sean rigurosamente las que aquí se señalan, y se tendrán por buenas las medidas cuyas dimensiones no varíen la quarta parte de un dedo en los de media fanega y quartilla, y $\frac{1}{16}$ de dedo en las demas, á excepcion de las dimensiones de las bocas, comprehendido el grueso de los bordes, en las quales no se permitirá mas diferencia que $\frac{1}{8}$ de dedo en la media fanega y quartilla, $\frac{1}{16}$ de dedo en el celemin y medio celemin, y $\frac{1}{32}$ de dedo en las restantes. La quartilla tendrá la misma forma que la media fanega. La boca tendrá, incluso el grueso de los bordes,

27 $\frac{1}{2}$ dedos de largo y 14 dedos de ancho. La luz de la boca sin contar el grueso de los bordes tendrá 25 dedos de largo y 12 dedos de ancho. El fondo tendrá de ancho 12 dedos y de largo 18 $\frac{7}{8}$ dedos. La altura interior de la medida será de 10 dedos.- El celemin ó almud será de boca quadrada, y este quadro, incluso el grueso de los bordes, tendrá 12 $\frac{9}{16}$ dedos de lado. La luz de la boca igual al fondo tendrá de lado 11 dedos. La altura interior será de 7 $\frac{1}{4}$ dedos.- El medio celemin será de boca quadrada, y este quadro, incluso el grueso de los bordes, tendrá 9 $\frac{5}{16}$ dedos de lado. La luz de la boca, igual al fondo, será un quadro de 8 dedos de lado. La altura interior será de 6 $\frac{7}{8}$ dedos. El quartillo será de boca quadrada, y este quadro, incluso el grueso de los bordes, tendrá 7 $\frac{15}{16}$ dedos de lado. La luz de la boca, igual al fondo, será un quadro de 6 $\frac{1}{2}$ dedos de lado. La altura interior será de 5 $\frac{1}{16}$ dedos.- El medio quartillo será de boca quadrada, y este quadro, incluso el grueso de los bordes, tendrá 6 $\frac{1}{4}$ dedos de lado. La luz de la boca, igual al fondo, será un quadro de 5 dedos de lado. La altura interior será de 4 $\frac{3}{8}$ dedos.- El ochavo será de boca quadrada, y este quadro, incluso el grueso de los bordes, tendrá 5 dedos de lado. La luz de la boca, igual al fondo, será un quadro de 4 dedos de lado. La altura interior será de 3 $\frac{7}{16}$ dedos. El medio ochavo será de boca quadrada, y este quadro, incluso el grueso de los bordes, tendrá 3 $\frac{11}{16}$ dedos de lado. La luz de la boca, igual al fondo, será un quadro de 3 $\frac{1}{4}$ dedos de lado; la altura interior será de 2 $\frac{13}{16}$ dedos. El ochavillo será de boca quadrada, y este quadro, incluso el grueso de los bordes, tendrá 3 $\frac{1}{8}$ dedos de lado. La luz de la boca, igual al fondo, será un quadro de 2 $\frac{1}{2}$ dedos de lado: la altura interior será de 2 $\frac{3}{16}$ dedos. En quanto á las medidas de líquidos nada se prescribirá acerca de la forma de ellas; pero en quanto á los fondos ó suelos, ninguno podrá pasar de 12 dedos de ancho, y las bocas tendrán el ancho siguiente: la la de cántara de 6 á 7 dedos, la de la media cántara de 5 á 6 dedos, la de la quartilla de 4 á 5 dedos, la de la azumbre y media azumbre de 3 á 4 dedos, la del quartillo de 2 á 3 dedos, y las del medio quartillo y copa de 1 $\frac{1}{2}$ á 2 dedos. Las bocas de las medidas del aceyte serán de 5 á 6 dedos la de

arroba, de 4 á 5 dedos la de media arroba, de 3 á 4 dedos las de quarto y medio quarto de arroba, de 2 á 2 ½ dedos la de libra, de 1 ½ á 2 dedos la de media libra, y de 1 ½ á 1 ¾ dedos las de panilla y media panilla; y no pasará de 1 ½ dedos en qualquiera otra medida menor; entendiéndose estas dimensiones de la luz de la boca, sin incluir el grueso de los bordes. Los fondos ó suelos de las medidas de arroba y media arroba de aceyte, si son de cobre, laton ú otro metal, no podrán pasar de 14 dedos, siendo circulares, ni de 12, si son quadrados: los de quarto y medio quarto de arroba no pasarán de 12 dedos, si son circulares, ni de 10, si son quadrados: los de las demas medidas menores no pasarán de 6 ½ dedos, siendo dichos suelos de suficiente solidez. En las medidas mayores de líquidos como la arroba, media, quarto y medio quarto de arroba, habrá muescas ó ladrones, y estos no estarán en frente sino á un lado del asa de la medida.

Para dar principio á la igualacion de pesas y medidas ha resuelto S. M. que todos los pueblos se provean de patrones sacados por los originales nuevamente construidos, en la forma siguiente.

Todas las ciudades cabezas de provincia tendrán patrones iguales á los originales mencionados; á saber, un marco de pesas de bronce ó laton de 8 libras con sus divisiones por mitades sucesivas hasta el adarme, y una pesa de media arroba de hierro ó de laton: un juego de medidas de granos, otro de las medidas del vino y demas líquidos, y otro de las medidas del aceyte: todas las quáles medidas serán de cobre ó de laton, y de la misma forma que los originales.-- Estos patrones se conservarán en el archivo de la ciudad, y no se hará de ellos otro uso que el verificar en ciertos tiempos los patrones que sirvan para el ajuste y arreglo de las medidas y pesas de uso comun, segun se ordenará al debido tiempo, quando establecida la uniformidad disponga S. M. lo conveniente para la conservacion de ella en lo sucesivo.-- Otro igual juego de patrones se entregará á la persona que con el nombre de Fiel Almotacen, Marcador, Afinador, ú otro tenga á su cargo el cotejar, ajustar y marcar las pesas y medidas que pidan ó presenten otros pueblos ó los particulares.

Todas las ciudades cabezas de partido deberán tambien tener dobles patrones, entregando un juego completo al Marcador ó persona que cuide del abasto y cotejo de estas pesas y medidas; y para evitar gastos bastará que las pesas y medidas que se conserven en el archivo, sean una vara y un juego de pesas, segun queda dicho: una media fanega, un celemin, un quartillo y un ochavo: una media cántara, una azumbre y un quartillo de líquidos: una medida de media arroba de aceyte, otra de libra y otra de panilla ó quarteron; bien que dichas ciudades podrán, si quieren, tener completos dichos patrones; y así estas como las cabezas de provincia podrán tambien tener mayor número de patrones, si lo tienen por conveniente. -- Las dichas ciudades cabezas de provincia y de partido deberán acudir á Madrid para proveerse de los patrones expresados, á cuyo fin resolverá S. M. lo conveniente para que la execucion de ellos se haga con brevedad, economia y exâctitud.

Las demas ciudades, villas y lugares acudirán á proveerse de patrones á sus cabezas de partido ó de provincia, segun le corresponda y esté establecido, y podrán tenerlos de la materia que mas les acomode, guardando las formas que quedan prescritas para las medidas de capacidad; en la inteligencia de que deberán tener á lo ménos un juego completo de cada especie de patrones, y que en quanto á las pesas deberán acudir á Madrid por los patrones todos los pueblos que pasen de quinientos vecinos.

Para evitar todos los gastos que sea posible, podrán enviar las ciudades, villas y lugares, cada qual adonde le corresponda, segun queda expresado, los patrones que actualmente tengan; los que exâminados, y hallados justos en sus formas y dimensiones, extension, cabida ó peso respectivamente, ó corregidos, si se pudiese, se marcarán y devolverán, pagando dichas ciudades, villas y lugares los costes que esto ocasionare. -- Todas las ciudades cabezas de provincia y de partido deberán acudir á Madrid para proveerse de los patrones expresados en el término de un mes desde que se les haya pasado la órden correspondiente á este efecto. -- Luego que dichas ciudades estén provistas de los expresados patrones, deberán acudir á ellas para

el mismo objeto respectivamente, y segun les corresponda, todas las demas ciudades, villas y lugares en el término de quince dias; y por lo que hace á las pesas, deberán acudir las que quedan expresadas á Madrid en el término señalado de un mes para proveerse de ellas.- Luego que todos los pueblos estén provistos de dichos patrones, se señalará la época en que debe empezar el uso uniforme de las pesas y medidas españolas en todos los reynos y señoríos de S. M.

Las ciudades, villas ó lugares que usen pesas ó medidas distintas de las que aquí van indicadas, harán el cotejo de ellas con las nuevas, y determinarán y establecerán la correspondencia de unas con otras; ó bien si lo tienen por conveniente, enviarán aquí sus patrones para que se haga el cotejo, y se les dé el resultado de él; y de esto se formará una tabla ó manual para el uso é inteligencia de todos, imprimiéndose por cuenta del Ayuntamiento, quien podrá hacerlo por sí, ó vender ó arrendar esta impresion, á fin de que el producto quede para ayuda de los gastos de los nuevos patrones.

Para precaver y cortar las dudas y litigios que con el tiempo se pueden suscitar, se archivarán los patrones antiguos de las pesas y medidas que sean realmente distintas de las que ahora se mandan usar; pero no se executará así con aquellos patrones que tienen su orígen de las pesas y medidas que actualmente se prescriben, ó que están reputadas iguales á estas, aun quando se encuentre alguna diferencia; pues esto solo probaria que dichos patrones eran poco exâctos.

Todos los contratos, censos y obligaciones de qualquiera especie que sean, anteriores á la época en que empiece el uso uniforme de las pesas y medidas españolas, se reducirán, cumplirán y pagarán por las pesas y medidas mandadas ahora usar uniforme y generalmente; y por las mismas deberán hacerse, cumplirse y pagarse los que se celebren en lo sucesivo, sin lo qual no serán válidos ni de ninguna fuerza.-- A estas mismas pesas y medidas deberán arreglarse en todos los casos los empleados en la Real Hacienda, Guerra, Marina, Reales Fábricas, Comercio y demas ramos. - Igualmente deberán usarse en los escritos de ciencias y artes, encargando el Consejo á los Censores de dichos escritos que no

los aprueben sin que esten reducidas las medidas y pesas extrangeras, exceptuándose el caso en que se trate de simple relacion ó proporcion.

Ultimamente ha resuelto S. M. que para dirigir la execucion de esta empresa y entender en lo que ocurra sobre estos puntos se forme una Junta temporal presidida por el Gobernador del Consejo y compuesta de quatro ú cinco Ministros de dicho supremo tribunal; y que esta Junta en todos los casos necesarios consulte á S. M. por medio del ministerio de mi cargo; como igualmente que luego que la uniformidad de pesas y medidas se halle establecida, y se forme el reglamento sobre lo que se debe observar y practicar en lo sucesivo para la conservacion de dicha uniformidad, se disuelva la referida Junta y pase entónces este negocio al Consejo.— Todo lo que participo á V. E. de Real órden... en inteligencia de que se avisará por medio de órden circular el mes en que deban acudir á esta corte las ciudades cabezas de provincia y de partido, y los pueblos que pasen de quinientos vecinos, á surtirse de las medidas y pesas que se mandan establecer.

En las Adiciones págs. 57 y 58 se inserta la Real cédula de 8 de Junio de 1802 sobre la introduccion y venta de los libros extrangeros; bien que respecto á este punto ha de estarse particularmente á lo prevenido en los artículos 18, 19 y 20 de la Real cédula de 3 de Mayo de 1805, por la que se ha creado un nuevo Juzgado de Imprentas y librerías del reyno con inhibicion del Consejo, &c. Tambien se inserta la circular de 11 de Noviembre de 1802 dirigida á evitar los monopolios y abusos en el comercio de granos.

FIN DEL TOMO I.

FEBRERO REFORMADO

Y ANOTADO,

Ó LIBRERÍA DE ESCRIBANOS

QUE COMPUSO

DON JOSEPH FEBRERO

Escribano Real y del Colegio de la corte,

Y HA REFORMADO EN SU LENGUAGE, ESTILO, MÉTODO Y MUCHAS DE SUS DOCTRINAS ILUSTRÁNDOLA, Y ENRIQUECIÉNDOLA CON VARIAS NOTAS Y ADICIONES PARA QUE SE HAN TENIDO PRESENTES LAS REALES ÓRDENES MODERNAS,

EL LIC. D. JOSEPH MARCOS GUTIERREZ:

OBRA NO SOLO NECESARIA Á LOS ESCRIBANOS SINO TAMBIEN UTILÍSIMA Á TODOS LOS JUECES, ABOGADOS, PROCURADORES, AGENTES DE NEGOCIOS Y Á TODA CLASE DE PERSONAS.

PARTE I.

De últimas voluntades, herencias abintestato, mayorazgos, patronatos, capellanías, contratos, oficios públicos y otras varias materias con las escrituras correspondientes á ellas.

TOMO II.

TERCERA EDICION.

CON PRIVILEGIO.

MADRID

En la Imprenta de la Administracion del Real Arbitrio de Beneficencia año de 1805.

Este tomo y los siguientes se hallarán en la librería de Castillo enfrente de S. Felipe el Real.

Ca tenemos, que todos los de nuestro señorío deven saber estas nuestras leyes. (*Ley* 31 *tit.* 14 *P.* 5.) I deve la lei ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, y que ninguno por ella resciba engaño. (*Ley* 1 *tit.* 1 *lib.* 2 *de la Recop.*)

CAPÍTULO X.

De los arrendamientos.

§. I.

1 Arrèndar es dar ó recibir alguna heredad ó renta para utilizarse de ella por tiempo determinado y precio cierto, ó segun la costumbre del pueblo; y alquilar es dar ó recibir alguna cosa mueble ó semoviente en iguales términos, aunque tambien se dice alquilar una casa. Arrendador es el que da, y arrendatario, que asimismo se llama colono, el que toma en arrendamiento. Conviene para mayor claridad no equivocar ó confundir la significacion de estas voces.

2 Los Corregidores no pueden arrendar los oficios de Justicia ni otros cuya provision les toca por razon de sus corregimientos, (*a*) ni tampoco el Prelado eclesiástico puede arrendar sus veces, ó poner Vicario por precio. (*b*)

3 Los Consejeros, Oidores, Alcaldes de Corte y sus Tenientes, Contadores mayores, sus Oficiales, y los de la Real Casa, Privados, Caballeros, Comendadores, Alcaldes, Regidores, Escribanos, Alguaciles, Oficiales del concejo y otras personas poderosas no pueden ser arrendatarios ni recaudadores por mayor, ni menor, ni fiadores, aseguradores, ni abonadores de rentas Reales, ni concegiles de las ciudades, villas y lugares en que exercen sus oficios, pena de privacion de estos y de perder la quarta parte de sus bienes; (*c*) ni tampoco los eclesiásticos, si no dan fianzas legas, llanas y abonadas. (*d*)

4 Todas las cosas del comercio humano, sean muebles, raices, ó semovientes, y las obras de manos pueden arrendarse ó alquilarse por tiempo limitado, ó por la vida de alguno de los contrayentes ó de ámbos; (*e*) y por ningun transcurso de tiempo puede el arrendatario alegar prescripcion, ni dexar de pagar la renta, (*f*) pues es un mero detentor; mas para que ninguno alegue dicha pres-

(*a*) Leyes 12 t. 4 y 13 t. 6 lib. 3 y 8 t. 3. lib. 7 Rec. (*b*) Ley 8 t. 17 P. 1. (*c*) Leyes 12 t. 4 lib. 3, 3 t. 5 lib. 7 y 4, 5, 7 y 9 t. 10 lib. 9 R. (*d*) Ley 8 t. 10 lib. 9 Rec. (*e*) Leyes 2 y 3 t. 8 P. 5. (*f*) Leyes 5 t. 30 P. 3 y 4 t. 15 lib. 4 R.

cripcion, si se le hace el arrendamiento por diez años, y para que se eviten pleytos, es muy conveniente que no exceda de ocho ó nueve, que luego puede prorogársele. (1)

5 Los oficios públicos de jurisdiccion como de Jueces, Regidores, Merinos, (2) Alguaciles y otros semejantes no pueden arrendarse, y si sus dueños los arriendan, los pierden, y los arrendatarios, si los usan, incurren en las penas que los que exercen oficios públicos que no les pertenecen. (*a*) Tampoco deben arrendarse los oficios de Escribanos, (*b*) bien que la costumbre general del reyno está en contrario.

6 Los bienes eclesiásticos solo se deben arrendar por tres años segun una disposicion pontificia; (*c*) pero no se halla admitida, y así se arriendan por el mismo tiempo que los profanos.

7 En virtud de este contrato quedan obligados arrendador y arrendatario: el primero á entregar al segundo la cosa arrendada, sino es que se le prohiba por derecho, ó esté imposibilitado por caso fortuito ú otro justo motivo, en cuyo caso se disolverá el contrato, y á permitirle que por el tiempo estipulado use de ella y goce de sus frutos; y el segundo á satisfacer al primero el precio convenido, miéntras la disfrute, porque si perece, cesa su obligacion de contribuir con la pension; y si esto sucede, ó se la quita un tercero por culpa y dolo del arrendador, debe este abonarle toda la utilidad que podia seguírsele. Si no hubo dolo ni culpa de su parte, ha de

(1) Es tan manifiesto en dichas leyes 3 y 4 que el arrendatario no puede prescribir la cosa arrendada, que yo no temeria ningun pleyto, aun quando diese en arrendamiento una heredad por 50 años.

(2) "Antiguamente en España, dice Terreros en su diccionario, habia uno que se llamaba Merino mayor que tenia jurisdiccion amplia, subdelegando á otro Merino con la jurisdiccion que le queria dar; pero el Merino que con nombre de tal ha quedado, hoy en algunas partes, es un oficial inferior de justicia que executa las órdenes de algun Corregidor ó Teniente Corregidor; y de hecho en las Montañas de Búrgos, en Cataluña, Galicia y otras partes, hay Merinos que mandan siete y ocho, y aun cincuenta lugares, y les suelen llamar Alcaldes Merinos que estan sujetos al Corregidor del partido, y son superiores á los Alcaldes particulares: ántes los ponia el Corregidor, y hoy los pone el Rey." El Señor Cornejo en su diccion. for. dice con mas extension quienes eran los Merinos mayores y los menores, y qué facultades competian á unos y á otros.

(*a*) Ley 8 t. 3 lib. 7 Rec. y Real prov. de 28 de Abril de 1786 acordada sobre su observancia. (*b*) Leyes 41 y 42 t. 20 lib. 2 y 4 t. 25 lib. 4 Rec.
(*c*) Extravag. Ambitiosæ de reb. ecclesiæ alienand.

reintegrarle del interes, ó darle otra cosa de igual clase y calidad por el propio precio y tiempo; pero sino se la entrega, ó aunque se la entregue, sino puede usarla por algun impedimento casual ó de tercero, en que no interviene dolo ni culpa del arrendador, no se halla obligado este al interes, ni aquel á la pension. (a) Y si el arrendatario no usa de la finca por culpa ó impedimento suyo, está obligado no obstante á pagar al arrendador la pension íntegra, (b) excepto que este inmediatamente que la ve desamparada, la arriende á otro por igual precio á causa de no haber recibido daño. (c)

8. Debe manifestar el arrendador al arrendatario los vicios ocultos de la cosa arrendada, y cumplir en todo la convencion hecha, de suerte que por su culpa no experimente perjuicio, y de lo contrario ha de volverle el precio del arrendamiento, y abonarle las utilidades que con este podia adquirir, y los daños que se le originen, aunque no se hubiese expresado, sino es que se pacte lo contrario. (d) Igualmente está obligado á satisfacer las cargas y tributos públicos que por razon de la cosa arrendada se deben, (e) y á repararla de modo que el arrendatario pueda usarla cómodamente el tiempo estipulado, y no haciéndolo, tiene accion aquel para pedir que la repare, ó le minore á proporcion el precio. (f) Asimismo lo está á bonificarle las expensas y mejoras hechas en ella que han de subsistir despues de concluido el arrendamiento, (g) y no queriendo abonárselas tiene facultad para llevárselas, si pueden quitarse sin deteriorar la finca, ó quando no, para retener esta por via de compensacion el tiempo preciso para su reintegro; (h) pero si quando celebran el contrato, pactan lo contrario, ó hay otra costumbre en el lugar en que se halla la finca, ó no han de durar mas que el tiempo del arrendamiento por haberlas hecho el arrendatario por su privativa comodidad, no debe ser compelido á su abono. (i)

(a) Góm. lib. 2 Var. cap. 3 nn. 1, 2 y 3. Ferrar. Biblioth. verb. Locatio n. fin. (b) Arg. ley 27 §. 1 y ley 55 §. 2 ff. Locati. (c) Ferrar. lug. cit. nn. 72 y 73. (d) Leyes 21 t. 8 P. 5, 15 §. 8, 24 §. 4 y 33 al fin, vers. Si colonus tuus, ff. Locati. (e) Ley unic. ff. de Via publica. (f) Leyes 15 y 25 ff. Locati. (g) Leyes 24 tit. 8 P. 5, 55 y 61 ff. Locati. (h) Ley 19 §§. 4 y 5 ff. Locati. Góm. lug. cit. n. 20. (i) Leyes 61 ff. Locati, y 24 t. 8 P. 5.

9 Quando poseen muchos un fundo ó casa, y el uno ó la mayor parte quiere arrendarle, y los demas no, ó quiere arrendarle á persona determinada por cierto precio y con ciertas condiciones, y los consocios lo repugnan; para evitar esta discordia se puede recurrir á uno de dos medios: al de la division pidiéndola qualquiera de ellos, pues tiene accion á esto, ó al de que se divida entre todos el tiempo de su disfrute, durante el qual cada uno podrá gozarla por sí, ó arrendarla. Ademas si el uno quiere arrendar el fundo á cierta persona y el otro á otra, será preferido el que propone persona honesta, y si ámbas lo son, deberá interponerse el Juez para evitar que se origine escándalo de su discordia, y que el fundo esté inculto. Y si uno de los socios quiere tomarle en su cabeza por su justo precio y el otro lo repugna é intenta arrendarle á un extraño, será preferido el socio. (*a*)

10 Tiene obligacion el arrendatario de cuidar de las cosas que se le arriendan, de suerte que no se disminuyan, ó deterioren por su culpa ú omision, ó por enemigos suyos, y devolverlas al arrendador sin deterioro concluido el arrendamiento pena de reintegrarle de los intereses y perjuicios que justifique se le ocasionaron; (*b*) y si disfruta de tal suerte el fundo rústico que se disipa y por esta razon se disminuyen los frutos en los años sucesivos, es responsable á los intereses que pierda su dueño. (*c*) Ademas si ántes que espire el tiempo del arrendamiento, dexa el arrendatario la cosa arrendada sin causa justa y razonable, debe pagar la pension de todo el tiempo por que se le arrendó. (*d*)

11 Tambien tiene obligacion el arrendatario de satisfacer el precio del arrendamiento al plazo estipulado, y si no se prefinió, ha de seguirse la costumbre del lugar de la cosa arrendada. A falta de plazo y costumbre ha de pagarle al fin de cada año, y no lo haciendo puede el arrendador despojarle de ella. (*e*) Si se pacta que ha de hacerse la paga en pan ó vino, debe estarse á la medida de Avila para la del pan, y á la de Toledo para la del vino, y de otra manera es nula la escritura, aunque intervenga juramento, y el Escri-

(*a*) Véase á Góm. lib. 2 Var. cap. 3 n. 14. (*b*) Leyes 7 y 18 t. 8 P. 5. (*c*) Leyes 25 §. 3 y 35 §. 1 ff. Locati, y pen. ff. de Usufr. legat. (*d*) Leyes 24 §. 2 y 55 §. 2 ff. Locati. (*e*) Ley 4 t. 8 P. 5.

bano que la autorice, pierde el oficio y ha de pagar diez mil maravedís. (*a*) Si son muchos los arrendatarios, ha de ser reconvenido cada uno solamente por su parte, á no ser que se obligue insolidum, en cuyo caso puede el arrendador repetir por todo el arrendamiento contra el que le parezca; (*b*) y dudándose si el arrendatario pagó la renta de los años precedentes, cumple con manifestar los recibos de los tres últimos, (pues no basta la prueba por testigos) y queda libre no probando el arrendador lo contrario. (*c*)

12 Poseyendo uno de los socios ó herederos alguna heredad, si percibe sus frutos, debe comunicarlos con el consocio, esté presente ó ausente; (*d*) pero si posee alguna casa que está proindiviso, y la habita toda, no tiene que darle nada por razon de alquiler, quando por su parte le corresponde bastante habitacion para él y su familia. (*e*)

13 Todos los frutos que produce la cosa arrendada, y estan en ella, se hallan afectos tácitamente á la responsabilidad del arrendamiento y menoscabos que aquella haya padecido durante él, en cuya atencion puede el arrendador retenerlos por derecho pignoraticio, inventariándolos previamente ante testigos, (*f*) y es preferido en ellos por su renta á todos los acreedores del arrendatario de qualquier calidad que sean; (*g*) pero hoy nadie los retendria sin autoridad judicial.

14 Si los frutos se destruyen ó pierden enteramente por caso fortuito como por lluvias excesivas, gran sequedad, avenidas, granizo, piedra, rayos, fuego, sol, viento, aves, langosta, gusanos, tejones, garduñas ú otros animales, ó por enemigos del estado que los talen; nada ha de pagar el arrendatario por aquel año; y si coge algunos, está en su eleccion dar al arrendador todo el arrendamiento, ó el sobrante, deducidas las expensas hechas en sus labores; pero si se pierden por su culpa, como por labrar ó custodiar mal la heredad, ó por espinas, ó malas yerbas

(*a*) Ley 2 tit. 13 lib. 5 R. (*b*) Leyes 13 Cod. de Locato y 2 tit. 16 lib. 5. R. (*c*) Ley 3 Cod. de Apoc. public. Amaya en ella n. 26. Véase á Pareja de Edition. tom. 2 tit. 7 resolut. 10 nn. 60, &c. y 75. (*d*) Leyes 6 §. 1 ff. Communi dividund. y 40 ff. de Negot. gest. (*e*) Gómez lug. cit. n. 14 vers. Item adde y Aillon n. 15. (*f*) Ley 5 tit. 8 P. 5. (*g*) Ley 22 cap. 3 tit. 21 lib. 4 R.

que nacen en ella, ó porque se consumen por sí mismos, ó porque dió causa á que algun enemigo suyo los quemase en venganza, ó los talase y robase, debe satisfacer el arrendamiento íntegro. (a)

15 Si el arrendatario coge tanto en un año, sea en el anterior ó en el siguiente al mencionado, que alcanza para satisfacer el arrendamiento y expensas hechas en los dos, ó se obliga á su solucion, aunque por qualquier evento funesto se pierda el fruto, debe pagarle por entero, como asimismo quando renuncia la esterilidad; y si la abundancia de un año es tanta que excede al duplo de lo que en los precedentes uno con otro solia producir la heredad, ha de satisfacerle duplicado, sino es que hubiese provenido de una industria extraordinaria, como de haber hecho en la heredad mas labores que las regulares, ú otras mejoras. (b)

16 Convienen los AA. en que no se comprehenden en los casos fortuitos los *insólitos y muy contingentes*, que son los que nunca se han oido ni visto en una region por espacio de 40 años, ni era presumible que aconteciesen naturalmente en ella, á ménos que se expresen en la escritura; (c) como asimismo en que habiendo esterilidad á nada está obligado el arrendatario; mas para evitar dudas y pleytos renunciará este, si quisiere, la esterilidad, los casos fortuitos, la ley 22 tit. 8 Partid. 5 que trata de ellos, y los insólitos y muy contingentes: tomará en sí el peligro que por qualquiera causa suceda en la heredad; y se obligará al pago total del arrendamiento, con lo qual quedará obligado á todo, como lo dice la ley 23 del mismo tit. "El primero es, si quando se fizo el pleyto del arrendamiento, se obligó el que recibió la cosa, que por qualquier ocasion que se perdiesse el fruto, á él perteneciesse el daño." Pero el Escribano no ponga esta condicion y renuncia sin órden especial del arrendatario, á quien debe instruir de sus efectos, para que sepa la obligacion que contrae, pues no es justo gravarle sin que preceda este requisito.

17 Pero si el dueño no arrienda sus tierras por dinero sino por grano, segun sea la abundancia ó escasez de la

(a) Ley 22 tit. 8. P. 5. Gutier. de Juram. confirmat. part. 1 cap. 24. Góm. lug. cit. n. 18. (b) Ley 23. tit. 8. P. 5. (c) Góm. lug. cit. n. 19. Ferrar. Biblioth. verb. Locatio nn. 78 y 79.

cosecha, se ha de pactar: "que el arrendatario ha de pagar la renta en trigo (*ú otra semilla que estipulen*) á proporcion de la cosecha deducidos los gastos: que para verificar lo que ha de ser, ha de avisar precisamente todos los años al dueño ántes de coger los frutos, y ámbos elegirán dos peritos y tercero en discordia, ó el Juez de oficio, para que valúen aquellos y la renta que deba dar, habiéndose de pasar indispensablemente por lo que los dos tasen; y que si el arrendatario no avisase y nombrase su perito ántes de la recoleccion, aunque despues alegue y pruebe por testigos, tazmías, (1) ó por otro medio haber habido esterilidad, no le ha de valer, y se le ha de poder apremiar á la satisfaccion de tanta cantidad por todo rigor de derecho y via executiva." Puesta así la cláusula no es necesario renunciar la esterilidad, leyes, ni casos expresados, ni que el arrendatario reciba en sí el peligro; pues debe observarse lo que estipulen no siendo opuesto á la ley ni buenas costumbres. (*a*)

18 En los arrendamientos de dehesas no pueden los ganaderos renunciar el derecho de la posesion que adquieren, ni imponerse juramento sobre ello, pena de privacion de oficio al Escribano ante quien se otorgue la escritura, y asimismo de cincuenta mil maravedís al que haga ó admita dicho juramento; y si el Escribano autoriza instrumento en que se traspase por puja el arrendamiento de dehesas en que los hermanos de la Mesta tienen adquirida posesion, incurre en la de treinta mil maravedís, multa que tambien se impone al dueño y pujador por hacerla y admitirla. (*b*)

19 El arrendatario de rentas Reales no puede pretender descuento de su arrendamiento, aunque no haya renunciado las cosas expresadas, ni alegar lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, lo qual han de jurar él, y sus fiadores y abonadores, como asimismo que no harán cesion

(1) Tazmía es la porcion de granos que de una parva lleva cada uno de aquellos entre quienes se reparten los diezmos, y tambien las relaciones de los interesados en ellos que se forman en las contadurías de las iglesias catedrales. Diccion. de la leng. Castell.

(*a*) Ley 2 tit. 8 P. 5 que dice al fin. "Otrosí decimos, que todos los pleytos (*pactos*) que pusieren entre sí los omes sobre los arrendamientos, è los alogamientos, que deben valer, è ser guardados, fueras ende los que fuessen puestos contra las leyes deste nuestro libro ó contra buenas costumbres."

(*b*) Ley 3 cap. 5 y 7 tit. 14 lib. 3 R.

de bienes, ni pedirán relaxacion del juramento. (a) No debe admitirse por arrendatario de ellas al que por su aspecto parece ser menor de 25 años, sin que jure que no alegará lesion ni menor edad, ni pedirá restitucion; y el Escribano que le admitiere sin este requisito, incurre en pena de diez mil maravedís. (b)

20 Aunque regularmente hablando, si el arrendatario no coge fruto, ó coge poco por esterilidad ú otros casos fortuitos, está obligado el arrendador á remitirle el arrendamiento de aquel año, ó á prorata de los gastos de la cosecha, (c) porque la pension se le da en compensacion de los frutos, y la razon y equidad exigen que á proporcion de ellos y de las expensas la satisfaga; no tiene semejante obligacion de remitir el todo ó parte en los siguientes casos fuera de los ya expresados. El primero es, quando el arrendatario da al dueño por razon de arrendamiento alguna parte de los frutos como tercera, quarta, ó mitad, porque en este caso se reparte entre los dos la utilidad ó pérdida: (d) el segundo es, quando en el reyno ó provincia hay costumbre de no remitir cosa alguna al arrendatario, pues la costumbre generalmente recibida tiene fuerza de ley, y obliga lo mismo que los pactos: (e) el tercero es, quando la esterilidad es de la que suele haber, ó proviene de vicio ó intrínseca qualidad de la cosa arrendada, y el arrendatario la tomó en arrendamiento siendo sabedor de aquella, (f) pues debe echarse á sí mismo la culpa; (g) y el quarto es, quando el daño ó esterilidad es leve. (h)

21 El heredero universal debe observar los contratos celebrados por su causante, porque se reputa en quanto al derecho y cargas una misma persona con el difunto. En esta

(a) Leyes 2 y 15 tit. 9 lib. 9. R. (b) Ley 6 tit. 10 lib. 9. R. El que quisiere instruirse de las condiciones de estas rentas, sus pujas, prometidos, fieldades y pagas que se han de hacer á los arrendatarios de ellas: de quienes pueden serlo ó no, y del órden judicial de sus pleytos, vea los títulos 7, &c. y 16 lib. 9 R. Por lo respectivo á la alcabala, á los contratos de que se debe, y á las diligencias que han de practicar el arrendatario y el que la paga, véanse los 17, 18 y 19 de dicho lib. (c) Cap. 3 de Locato, leyes 15 § 2 y 25 § 6 ff. Locati, y 8 Cod. de Locato. (d) Leyes 25 § 6 ff. Locati, y 52 § 4 ff. Pro socio. (e) Leyes 5 y 6 tit. 2 P. 1. (f) Ley 15 § 2 ff. Locati. (g) Ley 22 tit. 34 P. 7. (h) Ley 25 § 6 ff. Locati.

atencion los herederos del arrendador y arrendatario estan obligados á pasar por el arrendamiento que sus causantes hicieron por tiempo determinado, hasta que espire. (*a*)

22 Pero si muere el arrendatario del usufructo de alguna heredad, no puede suceder su heredero en su disfrute; bien que si tenia satisfecho en todo ó en parte el arrendamiento de aquel año y no percibido el fruto, está obligado el arrendador á restituir á su heredero lo que su causante le anticipó, ó á permitirle que recoja los frutos de él; (*b*) y si estos son de beneficio, no puede el arrendatario cobrarlos de la iglesia, ni cobrar tampoco de ella lo que pagó al Beneficiado que se los arrendó, sino que ha de reconvenir á los herederos de este ó á sus fiadores. (*c*)

23 Tambien estan obligados la muger casada á pasar por el arrendamiento que en su nombre hizo su marido, (*d*) los menores por el que hicieron sus tutores, (*e*) y el Prelado eclesiástico por el que celebró su predecesor con los requisitos prescriptos por derecho, puesto que fué celebrado en nombre de la iglesia, de quien era legítimo Administrador, y no en el suyo propio, y así este arrendamiento se equipara al que hace el tutor de los bienes de su menor. (*f*)

24 No está obligado el comprador á pasar por el arrendamiento que hizo el vendedor; pero el arrendatario tiene la accion de repetir contra este, ó sus herederos el daño que se le cause por no conservarle en el arrendamiento todo el tiempo estipulado, á ménos que se hubiese pactado lo contrario al tiempo de hacerle. (*g*) Tampoco lo está el Beneficiado á pasar por el que hizo de su beneficio su antecesor, porque espira con la muerte de este: (*h*) ni el sucesor particular del arrendador y arrendatario por el que estos hicieron, ni de consiguiente el usufructuario, legatario y donatario de ellos que son sucesores singulares: (*i*) ni el sucesor en el mayorazgo por el que hizo el poseedor anterior, (*k*) excepto

(*a*) Ley 2 tit. 8 P. 5. (*b*) Ley 3 tit. 8 P. 5. (*c*) Ley 9 tit. 17 P. 1. (*d*) Covar. lib. 2 Var. cap. 15 n. 5. Góm. lib. 2 Var. cap. 3 num. 8. (*e*) Ley 8 ff. de Administ. &c. peric. tutor. (*f*) Ferraris Biblioth. verb. Locatio artic. unic. n. 9. (*g*) Ley 19 tit. 8 P. 5. Góm. lug. cit. n. 9. (*h*) Rota Recent. part. 10 decis. 219 n. 10. (*i*) Góm. lug. cit. Gutier. Can. q. cap. 8 nn. 4, 8, 10 y 19. (*k*) Ley 9 §. 1 ff. Locati. Véase á Greg. Lop. ley 2 tit. 8 P. 5 glos. 4.

que aquel preste su consentimiento y concurra con este al arrendamiento obligándose á no reclamarle: ni asimismo el heredero fideicomisario por el que hizo el fiduciario, que es el gravado á la restitucion de la herencia: (a) por manera que siempre que el arrendador no tiene pleno dominio ni administracion en la finca que arrienda, no se halla obligado su sucesor á pasar por el arrendamiento que celebró, á ménos que se obligue á ello, porque acabado el derecho del que da, espira el del que recibe. (b)

25 Si la cosa arrendada es tierra, viña ú otra heredad, sea de persona privada, sea de la república, fisco, ó iglesia, y el arrendatario la retiene tres dias despues de haber espirado el arrendamiento, debe pagar por el de aquel año tanta pension como en cada uno de los precedentes; pues por el mismo hecho es visto que quiere tenerla arrendada por uno mas por el mismo precio, y con las mismas condiciones, hipotecas y seguridades, exceptuando la fianza, sino se renueva, porque esta depende de la voluntad de un tercero, y la pena, porque no es anexa á este contrato. Pero si es casa, torre ú otro edificio, solo está obligado á satisfacer el alquiler del tiempo que la ocupe con respecto al anterior. La razon de disparidad consiste en que de las casas podemos servirnos en qualquier tiempo, y en todos hay regularmente quien las ocupe, lo qual no puede decirse de las heredades, por ser preciso labrarlas, beneficiarlas y sembrarlas en la estacion oportuna, para que fructifiquen, y de lo contrario nada producen en un año, perderá el dueño su renta, y no hallará quien las tome; (c) mas cumplido el arrendamiento no tiene el arrendatario obligacion de continuar en él.

26 Durante el tiempo del arrendamiento no puede el arrendador quitar la cosa arrendada al arrendatario, si le paga puntualmente, aunque otro le ofrezca mayor precio por ella; (d) pero finalizado debe este desocuparla, y no lo haciendo podrá ser compelido á ello, á restituirla al ar-

(a) Ley 69 §. 1 ff. de Legat. 2. (b) Góm. lug. cit. n. 8 versic. Tertia conclusio. (c) Ley 20 tit. 8 P. 5. Véase á Góm. lug. cit. nn. 15, 16 y 17, á Ayllon y las limitaciones que trae Greg. Lop. dicha ley 20. (d) Ley 6 tit. 8 P. 5.

rendador ó á sus herederos, y á pagarles el duplo, y los daños y menoscabos que por su culpa se les hubiesen ocasionado. (*a*) Despues puede el arrendador volver á arrendarla á quien quisiere, sin que el primer arrendatario tenga accion para impedírselo ni inquietar al segundo en su disfrute, (*b*) ni preferencia para continuar por el mismo precio ú otro mayor, (*c*) sino es que sea arrendatario de heredades del fisco, ó que en el lugar en que está la finca, haya costumbre de prelacion; (*d*) pero hoy se debe observar como justo lo que manda la Real provision expedida en 26 de mayo de 1770 para el repartimiento de pastos, y de tierras labrantías de propios y arbitrios, y concegiles, cuyo cap. 9 dice así: "En los arrendamientos de tierras, fundos y posesiones de particulares quedan en libertad sus dueños para hacerlos como les acomode, y se convengan con los colonos. Y se previene que en el principio del último año estipulado tenga obligacion el dueño y colono de avisarse para su continuacion, ó despedida como mutuo desahucio; y faltando el aviso del último año, si solo se hiciere en el fin de este, se entienda deber seguir el año inmediato, como término para prevenirse qualquiera de las partes, sin que los colonos tengan derecho de tanteo, ni á ser mantenidos mas de lo que durare el tiempo estipulado en los arrendamientos, excepto en los paises, pueblos, ó personas en que haya, ó tengan privilegio, fuero, ú otro derecho particular; y no se comprehenden en esta providencia los foros del reyno de Galicia, sobre los quales se debe esperar la resolucion de S. M." En esta provision se manda á todos los Jueces del reyno cumplan su contenido no obstante lo dispuesto en las anteriores, por ser contra la libertad que corresponde á cada uno como dueño para hacer lo que quiera de sus bienes; mas lo tocante á desahucio solo ha de entenderse en tierras de labor, aunque algunos lo extiendan á las casas.

27 Pero si el arrendamiento es de casa ó tienda, puede el dueño despojar de ella al inquilino ó arrendatario, aunque no esté cumplido el tiempo del arrendamiento, por

(*a*) Ley 18 tit. 8 P. 5. (*b*) Ley 32. Cod. de Locato. (*c*) Cap. 9 que se inserta. (*d*) Ley 5 tit. fin. Part. 2 Góm. lug. cit. n. 5.

las causas que expresa la ley 6 tit. 8 P. 5 en estas palabras: "La primera es, quando al Señor cae la casa en que mora toda, ó parte de ella, ó está guisada para caer, é non han otra en que more, ó ha enemistad en aquella vecindad en que mora, ó otra premia (*violencia ú opresion*) porque non osa morar en ella: ó si cassase él alguno de sus fijos, ó si los ficiesse Cavalleros. La segunda es, si despues que la logó, (*alquiló*) apareció alguna cosa atal en la casa, porque se podria derribar, si non fuesse adobada; pero en estos dos casos sobredichos tenudo es el Señor de la casa de dar al alquilador otra en que more, á tal con que le plega (*agrade*) fasta el tiempo en que deve morar en la otra, ó descontarle del loguero (*alquiler*) tanta parte quanta viniere en aquel tiempo que deve en ella morar. La tercera razon es, quando el que toviesse la casa logada, usasse mal della, faciendo en ella algund mal, porque se empeorasse: ó llegando en ella malas mugeres, ó malos omes de que se siguiesse mal á la vecindad. La quarta es, si alogasse la casa por quatro años, ó cinco, aviendo á dar por ella cada año loguero cierto: cá si passaren dos años, que non pagasse lo que devia á dar, dende adelante puedele echar de ella. E por qualquier destas razones sobredichas puede echar ante de tiempo el Señor de la casa al que la toviere alogada, ó alquilada, maguer el otro non quiera." (*a*)

28 Puede asimismo ser despojado el arrendatario de la cosa arrendada, aunque no sea casa, ni se haya cumplido el tiempo estipulado, si su dueño la vende; pero este tiene obligacion de pagarle tanto precio del arrendamiento quanto falte para cumplirse dicho tiempo; (*b*) como tambien los daños que se le ocasionen, con los intereses, pues así es justo, porque pudo reservar en la venta el derecho del colono ó inquilino, y no lo hizo. (*c*) Exceptuase el fisco que nada tiene que satisfacer á su arrendatario. (*d*). Pero no podrá ser despojado el colono en dos casos que trae la ley 19 tit. 8 P. 5. "El primero es, si fizo pleyto con el vendedor quando

(*a*) Para la mejor inteligencia de esta ley véase á Góm. lib. 2. Var. cap. 3 n. 6, á Ayllon n. 7, y á los AA. que este cita. (*b*) Ley 19 tit. 8 P. 5. (*c*) Greg. Lop. ley 19 cit. glos. 4 y 9. (*d*) Ley fin. ff. de jure Fisci.

gela vendió, que non le pudiesse echar della al que la toviesse alogada, fasta que el tiempo fuesse complido á que la logó. El segundo es, quando el vendedor la toviesse logada para en toda su vida de aquel á quien la logára, ó para siempre, tambien del, como de sus herederos. Cá por qualquier destos dos casos non la podria enagenar para poderle echar della al que la tenia logada, ó arrendada: ante decimos, que deve ser guardada la postura." Tampoco podrá ser despojado, quando el arrendador hipotecó generalmente sus bienes á la seguridad del contrato, ó especialmente la cosa arrendada, y se obligó á no venderla ni enagenarla durante el tiempo del arrendamiento, renunciando las leyes que le favorecian, pues por razon de este pacto es nula la enagenacion, y por la hipoteca especial de la cosa arrendada adquiere el arrendatario derecho en ella, y á no ser despojado hasta que espire el tiempo del arrendamiento; (*a*) lo qual se ha de poner en la escritura, como verá el Escribano en las que extenderé. Y es de advertir que en Real cédula de 16 de septiembre de 1784 se declara que ningun empleado en rentas Reales goza de privilegio que impida el uso libre de su casa al dueño de la que aquel ocupa, y que solo debe gozarle en el caso de que se trate de nuevo arriendo, y sea precisa la casa para custodia y despacho de los géneros y efectos de la Real hacienda, por no haber otra proporcionada en el pueblo; como asimismo que el conocimiento de los autos sobre nuevo arriendo ó despojo toca á la Justicia Ordinaria.

29 El arrendatario puede subarrendar á otro igualmente idoneo ó capaz la cosa que se le arrendó para el propio uso y no otro, y por el mismo tiempo ó ménos, teniendo cómoda division, si arrienda parte de ella, y no perjudicando á su dueño, ni á otro inquilino ó colono, excepto que al tiempo de celebrar el arrendamiento se lo haya prohibido el arrendador. (*b*)

30 Aunque el subarrendatario, ó segundo arrendatario no se obligue á favor del dueño de la cosa arrendada (sea

(*a*) Góm. lug. cit. n. 9 vers. Ex quo infertur, y vers. Quarto limita. Gutier. Can. q. cap. 8 nn. 1, 5, 14, 15, 29, 30 y 31. Covar. lib. 2. Var. cap. 15 n. 2. (*b*) Góm. lug. cit. n. 11. Ayllon n. 18.

casa, tierra, viña, ú otra) sino del primer arrendatario ó segundo arrendador, y por esta razon no se halle obligado por accion personal, tiene el dueño derecho pignoraticio en los frutos que produce y bienes que exîsten en ella, por el arrendamiento que se le debe, á causa de estar tácitamente afectos á su responsabilidad, (*a*) y de ser visto quasi contraer el subarrendatario con el dueño y obligarse por el mismo hecho de entrar voluntariamente sus bienes en la cosa arrendada, de manera que estando en ella puede el arrendador pedir su seqüestro; si bien hay AA. que opinan lo contrario fundándose en que como aquel no tiene accion personal contra el subarrendatario, tampoco puede tenerla hipotecaria contra sus bienes, y que por lo mismo este y los suyos estan obligados solamente al segundo arrendador: en cuya atencion para cortar disputas, es lo mejor que se pacte en la escritura de arrendamiento, *que el arrendatario no ha de poder subarrendar el todo ni parte de las cosas que se le arriendan*; ó sino se le prohibe, *que en caso de subarrendarlas ha de poder proceder el dueño contra los bienes del subarrendatario.*

31 En esta corte se estiman por perpetuos los arrendamientos de sus casas, porque regularmente no se prefine el término que han de durar, y por tanto es á voluntad del inquilino el habitarlas el tiempo que quiera, aunque si se muda, espira por el mismo hecho el arrendamiento, y no puede dexar en la habitacion otro inquilino sin permiso del dueño ó administrador, y si lo hace, le despojará este incontinente como intruso. Así pues, pagando el inquilino puntualmente por medios años, ó meses, segun se estipula, ningun tribunal le despoja, á ménos que concurra alguna de las quatro causas de la ley, ni se le aumenta el precio del arrendamiento, ni tampoco aunque la casa necesite algun reparo mayor, si quiere sufrir la incomodidad de la obra, y ántes bien se le ampara á él y á su viuda, á quien como á socia es visto alquilarse tambien, y á sus hijos y herederos que al tiempo de su muerte viven en compañía. Es verdad que segun las leyes acabado el tiempo del arrendamiento, ó muriendo el arrendatario, puede el dueño lanzar al inquilino

(*a*) Ley 5 t. 8 P. 5. Góm. lug. cit. n. 12 Ayllon n. 13.

de su casa, y si no se prefine tiempo, al fin del año; pero á este derecho municipal no escrito, fundado en una tácita y presunta reconduccion, y conservado por repetidas executorias y costumbre de la corte, dió lugar la desordenada avaricia de los dueños de las casas que principiaron á subir cada medio año sus alquileres, valiéndose de este pretexto para despojar á los inquilinos, por cuya razon, y para evitarles el perjuicio y gastos de mudanzas los protegen los tribunales no habiendo causa legítima para el despojo. Mas sin embargo me parece que aun quando no se prefina término, debe espirar el arrendamiento con la vida del inquilino: que ninguno de sus herederos tiene derecho para permanecer en la casa por el mismo precio contra la voluntad del dueño, por ser personal el arrendamiento: que por lo mismo deben ser despojados, á ménos que aquel reciba de ellos el medio año anticipado despues de la muerte del inquilino, pues con este acto los reconoce por tales: que no recibiéndole deberán ser preferidos por el tanto á otro, dando al dueño la competente seguridad, si no la tiene de ellos; y que lo contrario es precisarle á vincular y perpetuar el arrendamiento en sugetos con quienes jamas contraxo, y privarle del libre uso de sus bienes contra toda razon y justicia. (1)

32 Quando el dueño de la casa alquilada por tiempo determinado en esta corte intenta despojar al inquilino por alguna de las causas legales, ó por haber espirado el tiempo del arrendamiento, ó por no querer que continúe en ella, si el inquilino acude al Alcalde de Corte, á quien toca mensualmente, y pretende mandamiento de amparo, se le concede por 40 dias, para que en ellos pueda buscar otra adonde mudarse; cuyo término empieza desde el dia de la primera notificacion ó requerimiento, y es perentorio, ya se haga en virtud de auto judicial, ya por el dueño ante Escribano. Así se dispone en el cap. 5 del privilegio concedido por el Rey Don Felipe Tercero á esta villa de Madrid en Lerma á 8 de mayo de 1610 que está en el auto 5 t. 15 lib. 3 de la Recopil. y dice así: "Que los amparos que se suelen dar sobre las casas, acabado el tiempo de su arrendamiento, no

(1) Véase el auto acordado de 31 de julio de 92 inserto en el apéndice de este cap.

queriendo el dueño de ella arrendarla al que la viviere, no excedan de 40 dias, y este sea término perentorio, para que no se pueda alargar por ningun Alcalde, ni por mi Consejo, por el agravio que recibe el dueño de la casa, ocupándosela contra toda su voluntad á título del dicho amparo, pues los dichos 40 dias despues de cumplido el arrendamiento es término bastante para que el alquilador busque casa, y pase á ella; y si el dueño de la casa le hubiere requerido ante Escribano que salga, se entienda que los 40 dias han de correr desde el dia del requerimiento."

33 El dueño de bestia, nave, vasos, toneles ú otras cosas semejantes está obligado á darlas buenas, y quales deben ser para el uso que las alquila, y á declarar al que las toma en alquiler, los defectos y tachas que tienen; y no haciéndolo así, á responder del daño que se le ocasione, aunque alegue ignorancia de la tacha ó defecto, porque todos deben saber, si son buenas ó malas las cosas que alquilan. (*a*)

34 El que recibe en alquiler alguna bestia, debe volverla á su dueño tan buena como se la alquiló: si se muere por su culpa, ha de darle otra igual ó su valor; y si le causa algun daño, ha de pagarle su importe, con mas todo el alquiler devengado en el tiempo que se sirvió de ella, y en aquel en que por el daño dexó de usarla. Si dice que ha de ir en ella á una parte y la lleva á otra, ó mas léjos, ó la recibe por tiempo determinado y la tiene mas en su poder, y por este motivo se muere ó deteriora: ó se le alquila para un uso y la destina á otro, ó le quita el aparejo con que se le alquiló y le pone otro, ó mas carga, queda obligado en iguales términos al daño; (*b*) y en caso de morir ó perecer la bestia ó cosa alquilada se presume casual la muerte, y á nada está obligado no probándose lo contrario. (*c*) De la extension de esta escritura trata la ley 76 tit. 18 Partid. 3, y por ofrecerse rara vez y no tener nada de especial se omitirá.

35 La escritura de arrendamiento ha de contener seis cláusulas fuera de las generales que se ponen en qualquiera escritura de obligacion. La primera es, que se diga quién, á quién y qué se arrienda con expresion individual de su sitio,

(*a*) Leyes 13 y 14 t. 8 P. 5. (*b*) Leyes 1 y 6 t. 17 lib. 3 del Fuero Real. (*c*) Góm. lug. cit. n. 22.

cabida y linderos, (sino es que el arrendatario por saberlo, se dé por satisfecho, en cuyo caso puede omitirse dicha expresion) por quanto tiempo y precio, y á qué plazos se ha de pagar este; y por si hay lesion en él, renunciarán los contrayentes la ley 1 tit. 11 lib. 5 Recop. que trata de ella. La segunda es, que se exprese con qué condiciones, que serán las que quisieren los interesados, no siendo opuestas á derecho ni á buenas costumbres. La tercera es, que el arrendador se obligue á no quitar al arrendatario la finca arrendada por mas, ni por el tanto que otro le dé, ántes que se cumpla el tiempo estipulado, aunque sea con pretexto de habitar la casa, labrar la tierra, viña ú olivar, administrar por sí el diezmo, ó fruto, &c. ú otro sin excepcion, si le paga puntualmente y usa de la cosa arrendada como debe; bien que por la naturaleza del contrato no puede despojarle, aun quando esto no se exprese. La quarta es, que si la cosa arrendada es libre, se obligue á no venderla ni enagenarla durante el tiempo del arrendamiento, y que si lo hiciere, sea nulo, hipotecando especialmente á la seguridad de este pacto la misma cosa. La quinta es, que se obligue igualmente á la eviccion y saneamiento de la cosa arrendada, pues aunque por la naturaleza del contrato lo está, bueno es que se exprese. Y la sexta es, que el arrendatario acepte el arrendamiento, y se obligue á la solucion del precio á los plazos prescriptos, y á cuidar y labrar como debe la cosa arrendada, de modo que por su culpa ó negligencia no padezca decremento ni deterioracion, pena de pagar los daños; y si es tierra ú otra finca fructífera, puede recibir en sí la esterilidad y casos fortuitos, insólitos y muy contingentes, obligándose á pagar el arrendamiento íntegro, no obstante que sucedan. Tambien puede obligarse á no subarrendar el todo ni parte de lo que se le arrienda, y entónces esto mas contendrá la escritura.

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

ARRENDAMIENTO DE TIERRAS.

36 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Antonio de Villanueva vecino de

ella = otorga : que da en arrendamiento á Francisco Fernández de la propia vecindad por tiempo y espacio de nueve años y ocho pagas que empiezan á correr desde el presente y cumplirán en Santa María de agosto del que vendrá de tantos, diferentes tierras libres que le pertenecen en posesion y propiedad en tal sitio del término de esta villa, cuyos linderos y cabida son estos. (*Se especifican por extenso en §. aparte.*)

Las tierras que se han expresado por menor, componen tantas fanegas de sembradura, las quales arrienda al dicho Fernández por los referidos nueve años y ocho pagas, y tantos reales en cada una con las condiciones siguientes.

Ha de traer á dos hojas, no de otra suerte, y ha de labrar, cuidar y beneficiar las citadas tierras, de modo que experimenten aumento y no diminucion; y si por su culpa ó negligencia, ó de los que las labraren de su órden, ó por enemigos suyos se ocasionare á todas ó parte de ellas deterioracion en mucha ó poca cantidad, ó las disfrutare todos los años, ha de ser responsable á reintegrar al otorgante, ó á quien tenga su accion, todos los menoscabos que se le ocasionen á justa tasacion de inteligentes sin la menor excusa ni dilacion; y ha de poder ser apremiado á ello por todo rigor de derecho, ademas de ser despojado de este arrendamiento.

Ha de satisfacer puntualmente en cada una de las ocho pagas mencionadas tantos reales que ha de poner por su cuenta y riesgo en casa y poder del otorgante en esta villa, en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no en otra cosa ni especie, habiendo de ser la primera paga en fin de agosto del año próximo venidero, y así las demas sucesivamente: por manera, que pasado sin haberlo hecho en todo ó parte, ha de poder compelerle el otorgante á su solucion con costas y salarios, y asimismo quitarle este arrendamiento.

Si subarrendare las citadas tierras ó parte de ellas, ha de ser á persona lega, llana, abonada, y que las labre en la forma propuesta, por el propio tiempo y no mas; y en caso de no pagar puntualmente al otorgante ha de poder proceder este contra los frutos y bienes del subarrendatario por todo lo que el arrendatario esté debiendo á la sazon, y

entenderse aquel para este caso como verdadero arrendatario y no como subarrendatario.

En el último año de este arrendamiento ha de dexar libres y desocupadas enteramente las enunciadas tierras, y en el penúltimo la mitad de ellas sin necesidad de mas requerimiento, ni deshaucio, para que el nuevo arrendatario que entre á cultivarlas, las barbeche á uso de labranza; y no ha de poder pretender preferencia por el tanto para continuar en ellas, aunque pague puntualmente y cumpla en todo lo demas este contrato; pues queda al arbitrio del otorgante el prorogarle este arrendamiento, ó removerle de él; y no haciéndolo así ha de perder todos los frutos y semillas que hubiere echado en ellas, y gastos que hubiese tenido en sus labores, sin que ni á unos ni otros tenga el derecho mas leve, porque por el mismo hecho han de quedar á beneficio del otorgante en pena de la contravencion, y el nuevo arrendatario ha de proseguir en su labranza como parte legítima, contra lo qual no se ha de admitir excepcion de uso y costumbre, ni otra alguna, aunque sea legal, y ántes bien ha de ser nulo lo que se practicase en contrario.

No ha de pretender descuento ni baxa del precio de este arrendamiento en ninguno de los años que dure, aunque no se perciba fruto de las referidas tierras por falta de cuidarlas, ó por algun caso fortuito de piedra, granizo, niebla, fuego, mucho sol, ayres, aguas, hielos, langosta, gusanos, ú otros insectos, aves ó animales, ó enemigos suyos ó del estado que le talen ó quemen, ó por otro de los inopinados, insólitos y muy contingentes; pues ántes bien ha de hacer las pagas anuales, como si hubieran sido muy fértiles, por haberse considerado para su ménos valor en renta, no haber lesion alguna, quedar compensado el arrendatario con esta consideracion, y ser como de su cuenta y riesgo qualquiera ruina ó funesto evento que acaezca, y no del otorgante ni de quien le sucediese.

El otorgante y quien le suceda no quitarán al arrendatario ni á sus herederos este arrendamiento por mas ni por el tanto que otro dé por él, hasta que espire el tiempo prefinido, ni con el pretexto de querer labrar las tierras por sí mismo, ni con otro alguno, sea el que fuere sin excepcion ni limitacion, excepto que no paguen pun-

tualmente su precio, ó no cumplan en todo ó parte las condiciones con que se ha celebrado, en cuyo caso estará en su eleccion despojarlos de él ó conservarlos. Tampoco venderán, ni enagenarán las tierras, y si lo hicieren, ha de ser nula la enagenacion y continuar este arrendamiento, para cuya mayor estabilidad las hipoteca especial y expresamente á la observancia de esta condicion, á fin de que no pase derecho á tercero poseedor. (*A continuacion se pondrán las demas condiciones que estipularen los otorgantes.*)

Con estas condiciones da en arrendamiento á dicho Francisco Fernández las expresadas tierras, y se obliga á que le serán ciertas y nadie le inquietará en su goce; y si alguno lo hiciere, ó salieren en todo ó parte fallidas por pertenecer á otro dueño, le dará otras tan buenas de igual cabida, en sitio tan cómodo, por dicho precio, con la propia comodidad para su labranza, y en que disfrute las mismas utilidades, ó en su defecto le pagará con arreglo á la ley 21 tit. 8 P. 5 todas las labores y beneficios que hubiere hecho en cada una, el precio del arrendamiento que desde el dia de la incertidumbre, ó verificacion de falencia corresponda proporcionalmente á las que la tuvieren, las utilidades que podia adquirir, y las costas y menoscabos que se le siguieren, con los intereses correspondientes, cuya liquidacion defiere en su relacion jurada, relevándole de otra prueba. Por tanto el expresado Francisco Fernández que se halla presente, habiendo oido á la letra esta escritura y enterádose de sus condiciones dixo: que recibe en arrendamiento las referidas tierras por los nueve años mencionados, y se obliga á cultivarlas, beneficiarlas y cuidarlas como buen labrador, á satisfacer anualmente, y poner á su costa por su cuenta y riesgo en casa y poder de su dueño, ó de quien le represente, en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no en otra cosa ni especie los tantos reales al plazo pactado; y no lo haciendo, quiere que le apremie á ello por todo rigor de derecho, y que para la cobranza pueda enviar executor adonde el otorgante tuviere bienes, con tantos maravedís de salario al dia de los que se ocupe en ella, contando por los del camino en ida y vuelta á razon de ocho leguas: por cuyos salarios, costas y daños se ha de hacer la misma execucion, trance, remate de bienes y pa-

go que por el principal, sin que sea necesaria mas justificacion que dicha relacion jurada, para lo qual renuncia la ley 31 tit. 21 lib. 4 de la Recopilacion, y demas leyes y estilos de audiencias y tribunales que prohiben enviar executores y Jueces de comision á costa de los interesados, y moderan los salarios; sin que para exîmirse de su total ni parcial satisfaccion le sirvan de excepcion ni excusa los casos especificados en la quarta condicion, porque recibe en sí el peligro que pueda haber en los frutos de dichas tierras, quiere que todo sea de su cuenta y riesgo, segun se expresa en ella, renuncia la ley 1 tit. 11 lib. 5. Recop. que trata de la lesion, con los quatro años que prefine para pedir recision del contrato, ó el suplemento á su justo valor, y la 22 del tit. 8 Partid. 5 que dice: "que perdiéndose los frutos por caso fortuito no está obligado el arrendatario á pagar cosa alguna del arrendamiento, y que no perdiéndose todos está en su eleccion el pagarle, ó entregar el sobrante, deducidas las expensas que hizo en su labranza:" se conforma en esta parte con lo que dispone la 23 del mismo título y Partida en quanto manda "que obligándose el arrendatario á pagar el arrendamiento sin embargo de qualquier caso fortuito que suceda, queda obligado á ello," y consiente en ser compelido al cumplimiento de esta condicion por todo rigor de derecho. Asimismo se obliga á dexar las enunciadas tierras libres y desembarazadas con arreglo y baxo de la pena contenida en la condicion quarta, como tambien á no reclamar esta escritura en todo ni en parte. Así pues, á tener por firme este contrato obligan ámbos otorgantes todos sus bienes y derechos, presentes y futuros, hipotecando asimismo el arrendatario los frutos que produzcan dichas tierras á la seguridad del precio de este arrendamiento, costas, daños y menoscabos que se ocasionen al arrendador: renuncian todas las leyes, &c.

Alquiler de casa.

37 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Antonio de Villanueva vecino de ella dixo: que alquila á Francisco Fernández de la propia vecindad una casa que le pertenece en tal calle por tiempo

de quatro años, los quales han de empezar á correr en este dia y cumplirán víspera de otro tal de igual mes y año de tantos, y por tres mil reales cada uno baxo de las condiciones siguientes.

El referido Francisco ha de habitar por sí propio dicha casa, y caso que subarriende parte de ella, por no necesitar todos sus quartos, ha de ser para el mismo uso y no otro, y por el expresado tiempo y no mas, á persona lega llana y abonada que no goce de fuero, ni sea de mal vivir, ni use mal de ella; y si lo contrario hiciere, ó la subarrendare toda, ha de tenerse por fenecido este arrendamiento, y ha de ser obligado el inquilino á expeler á su costa á los subarrendatarios.

En cada uno de los expresados quatro años ha de pagar y poner á su costa por su cuenta y riesgo en casa y poder del otorgante, ó de quien tenga su accion, los referidos tres mil reales en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no en otra cosa ni especie para tal dia; y pasados diez desde este sin haberlo hecho le ha de poder echar, despojar y executar no solo por su importe sino tambien por las costas, salarios y daños que se le originen, deferida su liquidacion en la relacion jurada del otorgante, ó de quien le represente, sin que sea necesaria otra prueba, pues le releva de ella; y en caso de subarrendar parte de la casa y no pagar con puntualidad ha de poder proceder el dueño por lo que esté debiendo, contra los bienes del subarrendatario, al qual quedará la repeticion contra el arrendatario por lo que satisfaga por este.

Ha de cuidar de la expresada casa, de suerte que no experimente el mas leve daño, y si por su culpa, omision, enemigos suyos ú otro motivo semejante padeciere alguno grave, ó leve, se le ha de poder compeler á su reintegro y á ponerla en el estado actual en virtud de esta escritura y reconocimiento de dos peritos que ámbos otorgantes elijan de conformidad, ó de oficio en rebeldía sin mas sentencia ni declaracion.

Si fuere preciso hacer en la casa algun reparo mayor ó menor, ha de avisar al otorgante para que le haga con maestros y oficiales de su satisfaccion, y pagar con sus libranzas en cuenta de este alquiler la cantidad que se libre

contra él, la que abonará con recibo del maestro á su continuacion, sin que pueda pasar á hacerlo sin licencia suya por escrito, y si lo hiciere sin esta, no ha de tener accion á pedirle cosa ni cantidad alguna, ni á quitar ni demoler la obra, ni á pretender por ella descuento de este alquiler, y ántes bien ha de quedar todo á beneficio de la expresada casa en pena de la contravencion.

Si para mayor comodidad y servidumbre suya ó del subarrendatario quisiese mudar alguna puerta, ventana, ó tabique, y ensanchar ó reducir algunas piezas, tampoco ha de poder hacerlo sin dicha licencia, ni exceder de lo que se exprese en ella; y aunque el otorgante se la conceda, no ha de poder pretender descuento de este alquiler ni demoler la obra sin su consentimiento, á ménos que en la licencia se prevenga lo contrario, ampliando esta condicion; pues ántes bien ha de hacerla á su costa y ser visto por el mismo hecho haber querido beneficiar de su espontanea voluntad á la casa y al otorgante, mediante á que no necesita actualmente de reparo ni obra nueva, y á que se la alquila en la disposicion en que está; y si la demoliere, incurra por su mala fé en la pena de volverla al estado que tenia al tiempo de su demolicion, de pagar al otorgante las costas y daños que se le ocasionen, y de poder ser despojado de ella.

Pasados los quatro años de este alquiler ha de desocupar enteramente la citada casa sin necesidad de requerimiento ni aviso de su dueño, y entregar á este buenas todas las llaves interiores y exteriores de sus puertas segun las recibe, para que el nuevo inquilino pueda entrar á habitar en ella.

Pagando puntualmente el precio anual de este arrendamiento no le despojará el otorgante, ni quien le represente de dicha casa por mas ni por el tanto que otro le dé por su alquiler, aunque sea con pretexto de querer habitarla por sí, ú otro qualquiera sin limitacion, excepto que intervenga alguna de las otras causas que prescribe la ley 6 tit. 8 P. 5: ni tampoco la venderá, ni enagenará durante el tiempo prefinido, y si lo hiciere, ha de ser nula la enagenacion y subsistir este arrendamiento, para cuya mayor estabilidad hipóteca especial y expresamente la enunciada casa, como lo previene la ley 19 del mismo título y Partida.

Si falleciere el inquilino ántes que espiren los quatro

años, ha de continuar su heredero en este alquiler en iguales términos hasta que se cumplan; mas para ello le ha de pagar siempre un año anticipado por via de fianza, y satisfaciéndole no han de poder hacer novedad en el alquiler el otorgante ni los suyos, durante el tiempo que falte, sin que preceda causa legal. Sino lo hace, queda á su eleccion despojarle, ó conservarle, sin que con ningun motivo ni pretexto se le pueda privar de esta accion, siempre que quiera intentarla, pasados tres dias despues de la muerte del inquilino.

Con estas condiciones alquila al referido Francisco la citada casa, obligándose á que la gozará pacíficamente todo el tiempo prefinido, y si sobre su goce se le moviere algun litigio, le defenderá á sus expensas en todas instancias hasta conseguirlo, ó no pudiendo, le dará otra tan capaz con iguales comodidades, en tan buen sitio, y por el mismo precio y tiempo, ó en su defecto le volverá el importe del alquiler que tenga anticipado, las mejoras hechas de su órden, y todas las costas, perjuicios y menoscabos que se le originen, deferida su liquidacion en su relacion jurada sin otra prueba, pues le releva de ella. Por tanto el mencionado Francisco Fernández habiendo oido á la letra esta escritura y enterádose de su contenido dixo: que recibe en alquiler la enunciada casa por el tiempo y precio, y con las condiciones expresadas, las quales se obliga á cumplir con la mayor exâctitud, y á no reclamarlas ni interpretarlas en todo ni en parte con ningun pretexto. En esta atencion ámbos otorgantes por lo que á cada uno toca, obligan todos sus bienes, &c.

38 Con arreglo á estas dos escrituras y á lo que se ha explicado, pueden los Escribanos hacer todas las que se ofrezcan, poniendo las condiciones que los contrayentes quisieren. Si se pacta el pago de la renta de tierras en trigo ó en otra semilla, se ha de obligar el arrendatario *á entregarle bueno, enjuto, limpio y de recibo*, no de otra forma. En el arrendamiento de viñas y olivares suelen ponerse los plazos de las pagas por octubre y enero, que es quando se coge su fruto, contarse las cepas y olivos, y obligarse el arrendatario á conservarlos, ó en su defecto á pagar tanta cantidad por cada uno que falte, ó plantar otros en su lugar. Si hay árboles, se suelen contar tambien, expresarse

su especie y prohibirse al colono el cortar madera baxo de cierta pena, la qual pueden imponerse recíprocamente los contrayentes en todos los contratos, para que el contraventor la page todas las veces que lo sea. Si se hace subarriendo, se ha de citar en él la escritura de arrendamiento, y el subarrendatario podrá obligarse no solo á favor del arrendatario sino tambien del dueño, pues de esta suerte se evitan pleytos. Ademas se prevendrá que si el arrendatario no paga, pueda el dueño dirigir su accion contra el subarrendatario por el arrendamiento íntegro, con lo qual no será perjudicado.

39 Las copias de los arrendamientos y subarriendos deben sacarse en papel del sello segundo, si no contienen precio fixo, y si le contienen, les coresponde el mismo que á las de las ventas. Algunos dudan, si el papel se ha de regular por el precio de todo el tiempo que dura el arrendamiento, ó por el de cada uno de los años que comprehende, pues no se halla declarado en las leyes; y por tanto debo decir que si la obligacion de satisfacerle es anual, se regulará por el que importe cada año, porque en cada uno nace y espira la obligacion de pagar, y son tantas las obligaciones como los años de arrendamiento ó pensiones; pero si es por muchos y hasta el último no se obliga el arrendatario á su pago, se sacarán en el que corresponda como obligacion única, arreglándose por las ventas sin diferencia. Lo mismo procede en los alquileres de bestias, muebles y otros semejantes.

Apéndice de las Reales órdenes modernas pertenecientes á este capítulo.

Auto acordado de 31 de julio de 1792. — En la villa de Madrid á 31 de julio de 1792 los Señores del Consejo de S. M. dixeron: que siendo freqüentes los recursos que se hacen sobre preferencia en los arrendamientos de casas de Madrid, con que se complican los tribunales, y de que resulta á los dueños el impedimento de la facultad que su dominio les da de arrendarlas y convenirse en el precio con los inquilinos que entran de nuevo; y habiéndose hecho tambien comun el abuso ó exceso de traspasarlas dichos inquilinos en otras personas sin noticia ni consentimiento

de los mismos dueños, haciendo negociaciones de la hacienda agena y privándoles por este medio de arrendar las casas vacantes á su justo arbitrio: para atajar semejantes desórdenes y perjuicios, y reducir las cosas á las disposiciones de derecho, despues de haber tomado los informes y noticias correspondientes, y exâminado este asunto con el cuidado que exîge su gravedad é importancia, se ha tenido por conveniente y necesario tomar providencia que contenga las negociaciones y fraudes que se hacen en perjuicio tanto de los dueños de casas como de los vecinos. En su conseqüencia, y de lo consultado y resuelto por S. M. debian de mandar y mandaron que en adelante y desde la publicacion de este auto acordado se guarden y observen por lo tocante á Madrid en los arriendos de casas, pago de alquileres y tasas de estos las declaraciones y reglas siguientes.

1 Los dueños y administradores puedan libremente arrendar las casas á las personas con quienes se conviniesen, sin que ninguna, por privilegiada que sea, pueda pretender ni alegar perferencia con motivo alguno, salvo los Alcaldes de Casa y Corte que debiendo vivir dentro de sus respectivos quarteles, podrán en conformidad de lo que dispone la Real cédula de 6 de octubre de 1768, usar del derecho de preferencia en las casas vacantes ó desocupadas dentro de sus quarteles.

2 Muerto el inquilino pueda continuar en la misma habitacion su viuda, y si no la tuviese, ó no quisiese, uno de sus hijos en quien se conviniesen los demas, y no conformándose, el mayor en edad.

3 Para precaver los daños y perjuicios que la continuacion de estos inquilinatos podria causar á los dueños de casas, se declara que así como por el auto acordado 5 tit. 15 lib. 3 pueden los inquilinos usar del derecho de la tasa, le tendrán en los mismos términos sus dueños, pasados diez años de la habitacion, y de la misma facultad podrán usar si continuasen habitándola por otros diez, y empezándose á contar desde la publicacion de este auto acordado, porque en este largo tiempo puede haber variado el valor del precio de las dichas habitaciones.

4 Se prohibe todo subarriendo y traspaso del todo ó parte de las habitaciones á no ser con expreso consentimien-

to de los dueños ó administradores, y se anulan tambien los que estuviesen hechos sin esta circunstancia, bien que deberán ser preferidos los inquilinos en los arrendamientos, entendiéndose derechamente y sin litigio con los dueños, con tal que al inquilino principal que subarrendó, se le rebaxe la cantidad del subarriendo que hizo y ha de percibir el dueño de la casa.

5 Mediante que en coformidad de la costumbre observada en Madrid el inquilino que ha de habitar la casa, anticipa el importe del medio año, si se verificase que ántes de cumplirlo la dexase, el dueño ó administrador le devolverá á prorata la cantidad que corresponda al tiempo que faltare para cumplir el medio año, y lo mismo se entienda con los alquileres que se anticipan en las habitaciones que se pagan por meses.

6 No puedan los dueños y administradores tener sin uso y cerradas las casas, y los Jueces les obliguen á que las arrienden á precios justos convencionales ú por tasacion de peritos que nombren las partes y tercero de oficio en caso de discordia, aunque se diga y alegue no poder arrendarlas, por estarles prohibido por fundaciones, ó por otro motivo, pues semejantes disposiciones no pueden producir efecto en perjuicio del bien público.

7 Las personas que saliesen de la corte con destino ó por largo tiempo, no puedan retener sus habitaciones ni con pretexto de dexar en ellas parte de su familia; pero esta prohibicion no deberá entenderse con los que se ausentasen por falta de salud, comision, ú otra causa temporal de corta duracion.

8 Habiendo acreditado la experiencia que se ocupan las casas largo tiempo con los bienes muebles y alhajas de los que mueren para venderlos en almoneda, y que se usa del fraude de entrar y subrogar otros, haciéndose por este medio interminables dichas almonedas, se declara y manda que se acaben durante los seis meses primeros, y pasados quede desocupada, aunque no se haya concluido.

9 Ningun vecino pueda ocupar ni tener dos habitaciones, como no sean tiendas ó talleres necesarios á su oficio ó comercio.

10 Quando los dueños intentasen vivir y ocupar sus

propias casas, los inquilinos las dexen y desocupen sin pleyto en el preciso y perentorio término de quarenta dias, prestando caucion de habitarlas por sí mismos y no arrendarlas hasta pasados quatro años.

11 Las cesiones ó traspasos que se hiciesen de las tiendas de qualquiera especie, casas de trato ó negociacion, sean puramente por el precio en que se regulasen ó conviniesen por los efectos, enseres, anaqueles y demas de que se compongan, sin llevar por via de adehala ni otro pretexto cantidad alguna, y la casa ó habitacion en que estuviese situada, vaya con el precio que pagaba el inquilino.

12 Sobre el contenido de estas reglas, mediante ser claras, los Jueces no admitan demandas ni contestaciones, y las que admitieren las determinen de plano y sin figura de juicio.

Cédula de primero de mayo de 1793.—Don Cárlos, &c. Sabed: que habiendo advertido el mi Consejo que en algunos pueblos se executaban las subastas y remates de los ramos arrendables de propios y arbitrios por el método y práctica que en el principado de Cataluña, que es igual al que se observa en los hacimientos de mis rentas Reales, sin embargo de no gozar de sus privilegios, circuló órden á los Intendentes con fecha 22 de noviembre de 1775, reencargando la observancia del artículo quinto de la Real instruccion de 30 de julio de 1770 que previene se saquen dichos ramos de propios y arbitrios á pública subasta, y se rematen en el mayor postor, por conocer que los propios y arbitrios de Cataluña se gobiernan por diferentes reglas que los de las demas provincias de España. Con el objeto de que no se perjudicase á los rematantes de los abastos de carnes en los acopios que hubiesen hecho, y de que no se diera lugar á pleytos é instancias viciosas que ocupaban inútilmente á mis tribunales el tiempo necesario para otros negocios que exigian su primera atencion; expidió el mi Consejo la Real provision de 10 de mayo de 1784 que se os comunicó circularmente, en que se manda que en los referidos abastos de carne no se celebre mas que un remate con señalamiento de dia, fixacion de edictos, anticipacion y expresion de condiciones, y que verificado no se admitiese otra postura ó baxa que se hiciese de él. Y habiéndose

formado últimamente expediente en el mi Consejo con motivo de una Real órden mia que se le comunicó con fecha 4 de julio de 1791, sobre que se extendiese á toda la península lo resuelto para el principado de Cataluña, á fin de que las Justicias y Juntas de propios hagan los arriendos de los demas ramos, como se practican los de mis rentas Reales, en quanto á mejoras, pujas y demas que se observa; exâminado en el mi Consejo con lo que resultaba de otro que se unió relativo á este asunto, y expusieron mis Fiscales, me hizo consulta en 3 de agosto del de 1792, proponiéndome su parecer, y por Real resolucion conforme á él y á lo acordado por el mi Consejo en 24 de marzo próxîmo mandé expedir esta mi cédula: por la qual mando se observen exâctamente las reglas y método establecido en el artículo quinto de la Real instruccion de 30 de julio de 1760, y en la órden del mi Consejo comunicada á los Intendentes en 22 de noviembre de 1775, declarando, como declaro á mayor abundamiento, que verificado el remate de los ramos arrendables de propios y arbitrios á favor del postor que hubiese hecho mas beneficio, no se admita otra postura ó baxa que se hiciese despues, excepto la de la quarta parte que se ha de verificar dentro de noventa dias de celebrado el mismo remate; y en su conseqüencia quiero que esta mi resolucion la observeis, &c.

Circular de 23 de junio de 1798. = Ha considerado S. M. que los arrendamientos de rentas decimales que en muchas partes se hacen á pública subasta, dan lugar á que se estanquen en una mano grandes almacenes de frutos de primera necesidad y aun se acopien por los arrendatarios, (socolor de que pertenecen á sus arriendos) otras considerables cantidades de dichos frutos, haciendo un tráfico perjudicialísimo á la causa pública, y levantando el precio de varios artículos de preciso consumo. Estas ventas separan los granos y demas producciones del altar, en cuyas manos serian mas útiles para socorrer las necesidades del pueblo que en las de un traficante que todo lo sacrifica á su intereses. Los productos de los diezmos administrados por los mismos interesados, ó por personas de probidad, y no en grandes porciones, estarian mas bien repartidos, se mantendrian á un precio mas moderado, no se venderian tan caros al

mismo que los ha contribuido y que es acreedor á que con ellos se le auxilie: su percepcion se haria con mas dulzura y condescendencia que por medio de los compradores; y no es de creer que los Eclesiásticos los dexasen de vender en los tiempos en que mas los necesita el pueblo, reservándolos con el torpe deseo de aumentar su precio.

Tambien ha meditado S. M. que sacando á pregon las rentas decimales se llama para hora y dia determinado á muchas gentes, á fin de que compren la cosa que solo vende uno, y que no han de pagar sino despues de haberla percibido y disfrutado: que el admitir pujas con premios y alicientes es hacer se paguen á precios excesivos las especies que se venden, y cuyos precios se aumentan precisamente con los gastos de los viages, estada en el pueblo del contrato y de las escrituras de él: que por esto es indispensable que se siga la carestía del género que sufre estos aumentos, y que llege á un precio desmesurado: que por todo resulta una desproporcion enorme entre el vendedor y comprador: que en las circunstancias presentes es muy oportuno remover todas aquellas causas que pueden influir á que los géneros de primera necesidad se encarezcan, y con especialidad los granos que son el alimento mas indispensable del hombre; y que S. M. no puede permitir se use de unos medios injustos acaso y muy agenos de la verdadera piedad, para hacer que crezcan mas y mas los precios de los granos que se venden.

Estas consideraciones sin duda han movido á algunas iglesias á abolir las subastas de las rentas decimales, y las mismas persuaden poderosamente al piadoso corazon de S. M. á determinar que no se permitan en lo sucesivo semejantes subastas; y habiendo oido lo que dixeron sus tres Fiscales, y conformándose con el parecer del Consejo en consulta que dirigió á sus Reales manos en 28 de marzo de este año, ha venido en mandar se dirija esta acordada á los MM. RR. Arzobispos, RR. Obispos, Cabildos y demas á quien corresponda, significándoles ser la Real voluntad de S. M. se suspendan por ahora las subastas públicas de rentas decimales, voto de Santiago, tercias Reales y rentas dominicales, como tambien las de las rentas que gocen qualesquiera comunidades, y personas eclesiásticas y secu-

lares que consistan en granos, y que los M. RR. Arzobispos, RR. Obispos y Cabildos informen con la brevedad posible lo que estimaren conveniente en órden á dichas subastas, reglas y modos que puedan establecerse para evitar los perjuicios que se originan conciliando sus intereses con los del público, no dudando S. M., &c.

CAPÍTULO XI.

De los censos.

§. I.

1 Este nombre ó palabra *censo* tiene varios significados. Unas veces se toma por la estimacion y aprecio que antiguamente se hacia de los bienes de los ciudadanos á fin de cargar y repartir proporcionalmente á cada uno el tributo que debia pagar: otras, por los mismos bienes: otras, por el *padron* ó empadronamiento de los ciudadanos para la distincion de estados, y distribucion y aplicacion de cada uno así en la paz como en la guerra al ministerio para que era apto é idoneo: otras, por lo que se contribuye á algun señor por razon de vasallage; (*a*) y finalmente en estos reynos se entiende comunmente por el gravámen que algunos imponen sobre sus bienes con diferentes condiciones, del qual y de sus clases trataré con la claridad posible para instruccion del Escribano.

2 El censo en comun segun mi propósito *es un derecho de percibir cierta pension anual por haberse transferido el dominio de alguna cosa ó cantidad en quien da la pension.* Esta definicion conviene con el verdadero censo puramente entendido, porque no es la misma cosa que se hipoteca á su seguridad, ni la pension anual que se paga, sino el derecho de percibir esta. Dividese el censo en *enfitéutico*, *consignativo*, *reservativo y vitalicio.* El enfitéutico *es un contrato por el qual da uno á otro cierta cosa raiz, transfiriéndole su dominio útil, y reservando en sí el directo con la precisa obligacion de pagarle anualmente en reconocimiento de señorío algu-*

(*a*) Ferrar. Biblioth. verb. Census, nn. 1, 2, 3 y 4.

na corta pension, (1) *y siempre que se venda, la decena, veintena, ó cincuentena parte del precio de la venta; y de haber de requerirle, si la quiere por el tanto, ó de pedirle licencia para celebrarla.* Llámase *enfitéutico*, porque este adjetivo se deriva de las palabras *emphiteusis*, ó *emponema* que son griegas y equivalen en nuestro idioma á *mejora*, cultivo y plantacion; (*a*) pues antiguamente se daban en enfitéusis los predios incultos para cultivarlos y edificar en ellos, por cuyo medio se aumentaron la labranza y poblacion siendo así este contrato útil al estado. Tambien se llama *perpetuo*, porque el enfitéuta no puede redimirle contra la voluntad del señor del dominio directo. Este censo (hablo del *secular* y no del *eclesiástico* ó de bienes eclesiásticos) se divide en *hereditario y familiar*: el hereditario *es aquel en que solo pueden suceder los herederos, sean legítimos ó extraños*; y el familiar *aquel en que solo sucedan los hijos y descendientes, sean ó no herederos, y aunque repudien la herencia paterna.* Así, el hereditario se trae á colacion, y el familiar no: del hereditario se debe sacar tercio y quinto, no del familiar que ha de dividirse con igualdad entre todos los hijos. (*b*)

3 De este censo usaron mucho los antiguos en estos reynos, pues con motivo de tener incultas varias porciones de tierra, y carecer de medios para cultivarlas y fabricar en ellas, las daban á otros en enfitéusis con diferentes condiciones. La primera era que las labrasen ó hiciesen fábrica en ellas dentro del término que se prefinia, y procurasen siempre su aumento ó mejora. La segunda era que habian de pagarles anualmente cierta pension corta en dinero ó en otras especies, y quantas veces se enagenasen por otro medio ó título que no fuese de sucesion por testamento ó abintestato, el laudemio que es la decena, veintena, ó cincuentena parte

(1) No tenemos ninguna ley que determine en general quál ha de ser esta corta pension, por lo que hay acerca de ella mucha variedad segun la de los tiempos y provincias, cuyas costumbres y otras circunstancias deberán tenerse presentes para arreglarla; pero es indudable que debe ser menor que la del censo redimible, así porque el enfitéuta no tiene facultad para redimir, como porque el señor del dominio directo ademas de este tiene el derecho del laudemio y otros.

(*a*) Rubiños. Ferr. Bibliot. verb. enfitéusis, art. y n. 1. (*b*) Parlad. different. 71 §. 2 nn. 1, &c. y 5.

del precio que diesen por ellas, debiendo en caso de venderlas pedirles licencia ó requerirles si las querian por el tanto, á causa de ser preferidos por derecho (*a*) á otro qualquiera. La tercera era que no pagando los réditos en dos años continuos cayesen en comiso, y pudiese el dueño apoderarse de ellas. La quarta era que habian de tenerlas bien labradas y reparadas de todo lo necesario, sin poder venderlas ni enagenarlas á memoria, capellanía, patronato, vínculo, mayorazgo, ni á comunidad eclesiástica ni secular que llaman *manos muertas*, ni á personas prohibidas, (que son las muy pobres ú opulentas, (1) Clérigos, y tambien mugeres, (*b*) porque no pueden ser encarceladas) (2) ni tampoco vincularlas, hipotecarlas, ni gravarlas, partirlas entre dos ni mas herederos, ni otras personas; para que siempre estuviesen íntegras en un solo poseedor. Ademas solian ponerse otras condiciones, é intervenian otros requisitos, entre estos el de otorgarse escritura segun está mandado, (*c*) para que siempre constase su derecho.

4 Don Pedro Melgarejo tratando en su compendio de contratos públicos del censo perpetuo enfitéutico, dice que es pernicioso, que en Galicia, Leon y otras provincias causó graves daños, y que para evitarlos le prohibió una ley recopilada, (*d*) por lo qual omitió el explicarle, pero dicha ley no prohibió que se fundasen censos perpetuos, y solo mandó que todos los redimibles que se habian impuesto hasta entónces, y sonaban ser perpetuos, no siéndolo, y los que en adelante se impusieran con obligacion de pagar sus réditos en especie que no fuese dinero, en contravencion de otra ley recopilada, (*e*) se satisfaciesen en este á razon de catorce mil el millar; y que sin embargo de que en las escrituras de su constitucion se les llamase perpetuos, se tuviesen por

(*a*) Leyes 29 t. 8 P. 5 y 13 t. 11 lib. 5 R.

(1) "Pero dévela vender á tal ome de quien pueda el señor aver el censo, tan ligero como del mismo.„ Ley fin. cit.

(*b*) Greg. Lop. ley fin. tit. 8 P. 5 glos. 13 verb. á Orden.

(2) Esta razon no puede ser bastante al presente que lo que era privilegio de las mugeres y nobles por sangre ó privilegio, ha llegado á ser ley general de que solo se exceptuan las personas que no tengan destino ú oficio. Pragmática de 27 de Mayo de 1786.

(*c*) Ley 3 t. 14. P. 1. (*d*) La 7 t. 15 lib. 5. (*e*) La 4 t. 15 lib. 5.

redimibles y pudieran redimirse como tales, pagando su capital al propio respecto: lo qual es muy diverso de la prohibicion que supone Melgarejo. (*a*)

5 Aunque el censo perpetuo segun el estilo general de esta corte y otras partes es pernicioso actualmente, no solo porque han cesado las causas que hubo antiguamente para usarle, sino tambien porque muchos y con razon no quieren fabricar, por la utilidad que tienen los señores del dominio directo con detrimento de los enfitéutas, en que suban los laudemios segun los gastos y aumentos que se hagan en las fábricas, y por este motivo hay mucha deformidad en los edificios de la corte; no es tan perjudicial como los que en Galicia llaman *foros*, (y son una especie de censos enfitéuticos vitalicios con el impropio apellido de perpetuos, de que trata una ley de Partida, (*b*) ó por mejor decir, arrendamientos por vidas determinadas) pues aunque convienen en algunas de sus condiciones, se diferencian en que son temporales, v. gr. por una, ó mas vidas de Reyes y generaciones; y en que cumplidas vuelven el solar, y todo lo edificado y aumentado en él á poder del señor del dominio directo, de suerte que aunque este pague al enfitéuta, ó forista la estimacion que se da á las mejoras, (que llaman *perfectos*) queda perjudicado, así porque nunca se valúan por lo que merecen, ya por contemplacion de los señores que regularmente son poderosos, ya por no tener presente los peritos el estado del solar quando se dió á censo, y el imponderable trabajo que habrán tenido los enfitéutas, ó foristas en ponerle en el que se halla; (que en algunos parages puede superar en gran manera á su valor) como porque los despojan dexándolos destituidos de todo asilo y alvergue, lo qual no sucede en los de esta corte, porque á mas de pagarse en dinero sus réditos, y poderse redimir siendo libres, conviniéndose los interesados, no se prefine término para su redencion, ni el enfitéuta puede ser despojado de la finca observando por su parte los pactos de la escritura primitiva de su creacion: de manera que con superior razon deberian reducirse á redimibles por tres cincuentenas segun la ley de Partida, y su

(*a*) Para la inteligencia de esto véase á Gutier. lib. 2 pract. 9. 170.
(*b*) La 69 tit. 18 Part. 3.

capital á censo reservativo al quitar, y se evitarian tantos pleytos y perjuicios que se originan á los foristas.

6 Quando se concede el enfitéusis por ciertas vidas, se cuentan tantas de estas, quantas son las personas que suceden en él, y quando se concede por generaciones, no es así, pues todas las personas de un mismo grado, v. gr. todos los hijos de un poseedor se tienen por una generacion, los nietos por otra, los biznietos por otra, &c. (*a*) Ademas concediéndose por varias vidas, si uno de los sucesores le enagena, se ha de esperar la muerte de entrámbos para contar una vida, no habiéndose pactado lo contrario. (*b*)

7 Los Comendadores del priorato de Castilla y Leon en la órden de San Juan pueden dar á foro por tres vidas de Reyes en el reyno de Galicia las viñas, casas y terrenos de sus encomiendas sitos en dicho reyno segun bula del Papa Urbano VIII, expedida á su instancia en Roma á 20 de noviembre de 1641, y cumplimentada por la religion, precediendo informacion de ser útil el aforarlas hecha por Comisarios de la órden.

8 El censo enfitéutico no es venta ni arrendamiento, sino un compuesto de estos dos contratos; (*c*) pero mas se parece al segundo que al primero. (*d*) Sus réditos deben pagarse en dinero, no en otra especie, y en esta corte está impuesto por lo general á dinero y gallinas en esta forma. Cada solar que tiene 50 pies de fachada y 100 de fondo, y cuyo sitio ó área plana multiplicados unos por otros compone 5 mil pies quadrados, ó superficiales, está dado á censo por 2 ducados y 2 gallinas de renta anual, y reguladas estas á 4 reales asciende todo á 30 reales que se pagan anualmente de réditos. Algunos estan impuestos en otros términos, y en todos se observan los pactos prescriptos en la escritura primitiva de su constitucion, excepto el de comiso que no se halla en uso.

9 El censo enfitéutico se puede acabar por quatro causas. La primera es no pagar el cánon ó pension anual: la segunda enagenar la finca injustamente: la tercera haberse

(*a*) §. Emphiteusim in Authent. de Non alienand. reb. Eccles. glos. in §. 1. Qui feudum dare pos. in usib. feudor. (*b*) Auth. de Non alienand. cit. §. Emphiteusim dich. y §. Quod autem dictum est. Parl. differ. 71 §. 2 nn. 11, 12 y 13. (*c*) Ley 3 t. 14. P. 1. (*d*) Ley 28 t. 8 P. 5.

acabado las vidas por que se dió; y la quarta renunciar el enfitéuta en el señor el enfitéusis. (*a*) Si el dueño del censo es iglesia, monasterio, ú órden, y por no pagar el enfitéuta los réditos en dos años, quiere apoderarse de la finca, puede hacerlo de su propia autoridad por ministerio de la ley sin necesidad de acudir á la justicia ni de citar al enfitéuta; y si es lego, han de pasar para esto tres años seguidos sin contribuir con la pension; pero si el enfitéuta los satisface dentro de diez dias despues de cumplido dicho término, está obligado el señor del dominio directo á recibirlos, y no puede tomar la cosa enfitéutica con pretexto de comiso por esta causa. (*b*) Tampoco cae en comiso, quando el enfitéuta no los satisfizo por ignorancia ú otra causa justa: quando el señor le debia por otra razon igual cantidad, pues puede usar de la compensacion: quando no los quiso recibir: quando sin embargo de haberse pasado el término los recibe: ni quando el enfitéuta purga la mora. (*c*) Mas es de advertir que sin embargo de la facultad que da la ley al señor del dominio directo para apoderarse de la finca por la falta del pago, ninguno lo hace ni debe hacer, miéntras no preceda declaracion de haber caido en comiso, segun se practica en todos los tribunales del reyno; y aun el comiso como pena desproporcionada á la morosidad de la paga de la pension se tiene por injusta, y por lo mismo no está en observancia.

10 Perdiéndose enteramente por algun caso fortuito la cosa enfitéutica queda libre el enfitéuta de pagar al señor del dominio directo la pension anual; pero siempre que se conserve la octava parte de aquella, tiene que satisfacerla toda, como si nada se hubiera perdido. (*d*) Asimismo ha de continuar pagando al Soberano las cargas Reales. (*e*)

11 Para empeñar el enfitéuta la finca enfitéutica á persona mas poderosa que él, debe hacérselo saber al señor del dominio directo; y para venderla á qualquiera, sea ó no su igual, ha de requerirle ántes, si quiere ó no tantearla, manifestándole el precio efectivo que le dan por ella y con qué

(*a*) Parl. lib. 2 rer. quot. c. 16 n. 1. (*b*) Dich. ley 28. Véase á Greg. Lop. en ella glos. 13 y á Gómez en la 68 de Toro n. 4. (*c*) Ferrar. Biblioth. verb. Enfitéusis art. 3 num. 10. (*d*) Ley 28 t. 8 P. 5. Greg. Lop. en ella glos. 9, 10, 11 y 12. (*e*) Ley 2 Cod. de Jur. emphit.

pactos, lo qual se llama vulgarmente *pedir licencia*, aunque en la ley no hay tal expresion, baxo la pena de comiso, pues es preferido por el tanto á un extraño. Si dice que no quiere tantearla, puede el enfitéuta venderla incontinente á quien le parezca, sin que el señor tenga accion para impedírselo, con tal que no sea á los expresados en el num. 3. Si calla al tiempo del requerimiento, puede en el discurso de los dos meses siguientes á este y no despues usar del derecho de tanteo. (*a*) Si dos tienen pro indiviso el dominio directo, debe el enfitéuta requerir á ambos, y no queriendo el uno usar del tanteo, puede hacerlo el otro. (*b*)

12 La prueba mayor y concluyente para acreditar el dominio directo es la escritura del contrato enfitéutico; (*c*) pero en su defecto se puede hacer tambien por dos ó tres reconocimientos del gravámen á que está afecta la finca enfitéutica. La razon es, porque si el enfitéusis se justifica con dos confesiones extrajudiciales estando ausente el señor del censo enfitéutico, (*d*) con mayor razon se probará el dominio directo con un doble reconocimiento estando presente y aceptándole el señor; pues el reconocimiento duplicado es una confesion doble judicial, y con tal prueba plenamente no solo contra el que le hace y sus sucesores universales sino tambien contra los sucesores singulares y terceros poseedores. (*e*)

13 Un solo reconocimiento prueba igualmente el dominio directo contra el reconocedor y sus sucesores que traen causa de él, mas no contra los terceros poseedores que no la tienen: (*f*) lo qual se limita respecto á estos, quando en los instrumentos de enagenacion como venta ó permuta consta la confesion del dominio directo; pues esta aunque extrajudicial, como hecha en instrumento público hace fé en favor del ausente, y junto con el reconocimiento único le prueba plenamente. (*g*) Tambien se limita, quando con dicho reconocimiento concurren el haber pagado las pensiones ú otros adminículos, (*h*) el laudemio ó la licencia del

(*a*) Ley fin. t. 8 P. 5. (*b*) Greg. Lop. dich. ley fin. gl. 4. (*c*) Vela dissert. 12 n. 81. (*d*) Surd. decis. 10 n. 84. (*e*) Vela dissert. 33. num. 70. (*f*) Cancer. part. 1. Var. cap. 11 num. 21. (*g*) Surd. decis. 10 num. 7. (*h*) Mascard. Conclus. 544 n. 10.

señor para la enagenacion del fundo enfitéutico, porque prueba no solo contra quien hizo el reconocimiento sino asimismo contra sus herederos y otros qualesquiera terceros poseedores; pero en todos estos casos tiene el señor que probar la identidad del predio enfitéutico, (*a*) debiendo acreditarla con los fines ó linderos de dos partes á lo ménos, (*b*) por no bastar la prueba de testigos, (*c*) y así convendrá pactarlo en la escritura de dacion á censo para evitar dudas y disputas.

14 Quando el enfitéuta vende la finca enfitéutica, corresponde al señor del dominio directo el laudemio, esto es, la decena, veintena, ó cincuentena parte del precio segun lo pactado en la escritura de dacion, á no ser que use del tanteo, en cuyo caso como se consolidan ámbos dominios directo y útil, y espiran el censo y la obligacion del enfitéuta, no puede exigirle, como he visto practicar y executoriado por el Consejo.

15 Los censos perpetuos ó enfitéuticos pueden reducirse á temporales y redimibles con el unánime consentimiento de los interesados; pero si pertenecen á capellanía ó memoria pia, se requiere el de los patronos y Capellan, como tambien licencia del Juez eclesiástico; y si á mayorazgo, es indispensable facultad Real para su validacion, al modo que tampoco vale la dacion en enfitéusis de bienes vinculados, sin que esta intervenga, porque es enagenacion. El modo de hacer la deduccion de los de esta corte ántes del auto acordado del Consejo era baxar primero la carga Real de huesped de aposento, si la finca la tenia, ó la habia tenido, y el enfitéuta la habia remitido; pues por haberlo hecho con su caudal, y estar cargada sobre el suelo y fábrica, se le debia abonar, como sino estuviera redimida, haciéndose de lo contrario una manifiesta injusticia: luego el capital del censo, y del resto sacar las tres veintenas iguales, que viene á ser un quince por ciento, á cuyo efecto se tasaba la finca por su valor intrínseco, como si se hubiese de dar el dinero por ella, y no como si se hubiera de subastar, no conviniéndose de otro modo los interesados. Y aunque parece que con semejante deduccion se perjudicaba al señor

(*a*) Mascard. lit. E. conclus. 608. (*b*) Leotard. de Usur. q. 53 num. 3. (*c*) Casaneo in Cons. Burg. rub. 6 col. 2 §. 3 n. 4. Ciriac. Contr. 245 n. 11.

del dominio directo, porque ántes que se impusiese la carga Real, era dueño del solar, y tenia derecho á las veintenas íntegras de todo el valor de la casa baxado el capital de su censo, y que por lo mismo debian deducirse primero que la carga Real; no es así á la verdad, porque esta se ha impuesto no solo sobre la fábrica sino tambien sobre el solar, sin el que no podia haberla, y el enfitéuta debe pagar únicamente de lo que posee como libre, y baxándola del valor total de la finca pagan ámbos dueños á proporcion, como que se deduce de un caudal comun. Hoy se observa lo mismo en quanto á la deduccion de la carga Real; mas por lo respectivo al censo perpetuo hay variedad, y sirve de regla el auto acordado inserto al fin de este capítulo, en que se manda deducir tambien el capital del farol ó alumbrado, y así se practica, excepto que el comprador compre la casa libre del censo perpetuo y sus derechos, pues en este caso se le da redimido, ó se le abonan el duplo capital y tres cincuentenas para que con el importe de todo esto le redima.

16 Si no se paga el precio de contado, constituye el enfitéuta en la aceptacion de la escritura censo redimible reservativo, de suerte que el perpetuo se extingue, muda su naturaleza y dominio, y se otorgan dos escrituras en una: la primera de venta del censo perpetuo en quanto perpetuo y de sus derechos, y la segunda de censo reservativo redimible con las condiciones regulares de estos y prelacion en la hipoteca á otro qualquier acreedor del censatario, como que dimana el censo de parte del precio que queda reservado en ella; y si se quiere redimir, se saca primero de capital de la carga Real á razon de un quatro por ciento, despues con arreglo al auto acordado el duplo capital del censo á razon de tres por ciento, luego el capital del farol al mismo respecto, y del residuo el importe de tres cincuentenas, ó un seis por ciento iguales, los quales con el duplo capital se entregan en dinero al señor, y este otorga escritura de redencion á favor del enfitéuta, dándose por pagado del importe del capital y derechos del censo, declarando quedar libre de este y consolidados ámbos dominios directo y útil, que no hubo lesion en la regulacion de las cincuentenas, y que para el caso de haberla cede su importe á

favor del enfitéuta, como lo verá el Escribano en la escritura que extenderé para su instruccion en el n. 81, pues por lo que tiene de enagenacion, requiere mas cláusulas que la mera redencion; y aunque no falta quien diga que en la venta de fincas enfitéuticas no se debe baxar el importe del solar, porque este es del señor del dominio directo, y no se vende, sino tan solo la fábrica, ó mejoramientos que son de el del dominio útil; nada obsta, porque todo se tasa, y por lo mismo que no es del enfitéuta, se debe baxar del total valor para su dueño, no debiendo deducirse solamente en el caso de que se valúen meramente la fábrica, ó mejoras, porque de lo contrario se haria un notorio agravio al comprador.

17 Si se vende casa que tiene censo enfitéutico y carga Real, deben deducirse los capitales de ámbas en la forma explicada, despues el del farol, y luego tres cincuentenas iguales, ó un seis por ciento, y no cada una con separacion, como algunos han sutilizado por sacar algo mas, pues esto no lo manda el auto acordado; y posteriormente las demas cargas segun su prelacion y los réditos de todas que se esten debiendo: siendo de advertir que los réditos siguen la misma naturaleza que sus capitales, porque son accesorios y lo accesorio sigue á lo principal; y aunque el capital del censo posterior es anterior á la redencion de los réditos del precedente, no lo es á la obligacion de satisfacerlos, ni á la causa de deber de este, por cuya razon y porque se contemplan frutos suyos, deben deducirse al mismo tiempo que su capital y ántes que el posterior; y hechas todas las referidas deducciones deposita, ó entrega el comprador el precio líquido sobrante, quedando á su cargo la satisfaccion de su importe. El referido auto acordado puede servir de regla para otras partes, si no hay en ellas costumbre contraria, pues habiéndola ha de observarse, á no ser que la escritura primordial exprese lo que se ha de practicar.

18 Si se impone censo redimible sobre casa que tenga las referidas cargas, se han de deducir estas primero, luego diez años de sus réditos á razon de tres por ciento, ó de ménos segun las escrituras de imposicion, á diferencia de las cincuentenas que se baxan al de seis: despues el capital

del que se va á imponer y otros diez años de sus réditos al mismo respecto, excepto que se dé á ménos; y si hechas estas deducciones sobra la mitad del valor de la finca segun su justa tasacion, es buena y segura la imposicion, como tambien lo será, aunque no tanto, si solo sobra algo mas que la tercera parte; bien que siendo el censo para reparar ó aumentar la cosa, aunque su dueño sea posterior en tiempo, será preferido como refeccionario á los demas acreedores hipotecarios anteriores pactándolo en la escritura. Los réditos decenarios deben baxarse, no porque sea rigorosamente necesario, sino para que quede mas seguro el nuevo censualista, pues puede suceder que por no haberse pagado se venda la hipoteca en pública subasta.

19 Si la finca que se hipoteca, pertenece á muger casada, es preciso no solo que haya de sobrante líquido dicha mitad sino tambien la tercera parte á lo ménos de la otra mitad, porque como aunque renuncie la ley 61 de Toro, se la amparará en la mitad de su dote, para que no quede indotada, con esta mitad no debe contarse para nada. Tendrá bien presente esto el Escribano, por si descuida con él el censualista, para que no se pierda el capital que se impone, por ser dificil probar que la muger casada recibe beneficio y utilidad en gravar su hacienda; pero si el censualista se conforma en otros términos, no se detenga en autorizar la escritura, porque con prevenírselo descarga su conciencia, y ninguna ley le impone pena por ello, ni se lo prohibe.

§. II.

Del censo consignativo.

20 El censo consignativo redimible ó al quitar *es un contrato en que una persona consigna sobre alguna finca cuyo dominio pleno se reserva, y vende á otra por cierto precio que recibe de ella, el derecho de percibir la pension anual que se estipula, miéntras no satisface la cantidad que le entregó.* (a) Este censo causa alcabala, tiene el nombre de compra y venta, (b) y para que sea lícito, se requieren seis cir-

(a) Ferr. Biblioth. verb. Census n. 7. (b) Tratan de él con este título las extravagantes de los Sumos Pontífices Martino V y Calixto III,

cunstancias: la primera es que se imponga sobre cosa determinada del censatario, ó imponedor, de que como hipoteca especial puedan exîgirse los réditos: la segunda, que la tal cosa sea raiz y fructífera, porque si se impone sobre cosa mueble, semoviente ó frutos de la raiz, será nula la imposicion: la tercera, que se compre y venda por precio justo, que es el que por ley ó costumbre legítima está tasado y permitido, pues en toda compra y venta se requiere por naturaleza que el precio sea justo; como tambien que los réditos se paguen en dinero y no en otra cosa: la quarta, que si la finca se arruina, ó falta en todo ó en parte, falte proporcionalmente el censo: la quinta, que sin consentimiento del censualista no se enagene la hipoteca censual á persona ménos segura y abonada que el censatario, de la qual sea dificil exîgir la pension; y la sexta es que intervenga el pacto de retrovendendo absoluto y libre, de suerte que no se prefina término para la redencion del censo; ni puede ser compelido el censatario á ella, pues la ha de hacer quando quiera, excepto en los dos casos que propondré en los números 35 y 45. Con estos seis requisitos no padecerá el vicio de usurario. (*a*)

21 El que tiene facultad para comprar y vender, puede imponer censo consignativo sobre sus bienes así en testamento como en contrato por el precio que haya establecido la ley ó costumbre legítima, que en estos reynos es el de tres por ciento al año, á que se reduxeron los censos redimibles por la pragmática de 12 de febrero de 1705; (*b*) y debe otorgarse escritura para que conste y esté seguro el censualista; pues aunque no hay ley que expresamente lo mande, y dice Salgado (*c*) que no es necesaria para la validacion del contrato conviniéndose los contrayentes en poseer la finca y pagar la pension; versa igual razon que en el enfitéutico, y así se observa.

22 Debe hacerse la imposicion del censo sobre bienes raices del imponedor que sean fructíferos, quantiosos y de-

la bula expedida de motu propio por San Pio V, y el tit. 15 lib. 5 R. De su antigüedad habla Duardo q. 24 n. 2.

(*a*) Ferrar. lug. cit. nú. 12 y sig. (*b*) Es el auto 5 tit. 15 lib. 5 R. (*c*) Lab. cred. part. 3 cap. 2 nn. 141 y 142.

terminados, los quales han de gravarse como especial hipoteca á su seguridad, y han de ser libres, porque si estan afectos á otra responsabilidad, por la qual puede faltar el censo á causa de no ser suficientes para su pago, no vale la imposicion; pero no obsta que al tiempo de hacerse esta no den fruto, pues basta que puedan darle. (*a*) Tambien ha de gravar generalmente el imponedor los demas bienes suyos á la seguridad del censualista, para que si los hipotecados especialmente no alcanzan, pueda por la obligacion general repetir contra los otros, hecha previa excusion en aquellos. Asimismo puede dar fiadores que se obliguen con los suyos á la responsabilidad del censo, como lo permite el §. 8 de la declaracion de la citada bula piana, y así quedará mas seguro.

23 Puede imponerse el censo sobre derechos perpetuos como las alcabalas, y sobre el censo perpetuo, mas no sobre otro redimible, porque aunque este corresponde á los bienes de la tercera clase, segun digo en el cap. 20 n. 1, y por consiguiente no es raiz, mueble, ni semoviente se estima para este efecto por mueble á causa de poderse redimir y faltar su exístencia; y si se hiciese, se entenderá por venta del censo en aquella parte y no por imposicion; bien que esto es opinable. Tampoco puede imponerse sobre frutos de cosa raiz, ni sobre bienes muebles ni sevomientes, ni sobre la persona, ni sobre derechos y acciones mere personales. (*b*) Sus réditos deben pagarse al plazo prefinido en el lugar en que se pacte, y en dinero efectivo y no en otra cosa con arreglo á una ley recopilada, (*c*) cuya renuncia de nada sirve al censatario para exímirse de satisfacerlos en él, segun lo ordena expresamente otra. (*d*)

24 Los Sumos Pontífices Martino V y Clemente III declararon por válido el contrato censual con el pacto de retrovendendo, (*e*) y su sucesor San Pio V declaró por ilícitos y usurarios varios pactos que se hacian en él. (*f*)

25 Pero ántes de pasar á explicarlos debo decir que el

(*a*) Duardo quæst. 5 y 6 §. 1 de Re censui subjuganda. (*b*) Begnuddel Biblioth. verb. Census §. 1 y 2. (*c*) La 4 tit. 15 lib. 5. Begnud. lug. cit. §. 5 (*d*) La 5 tit. 15 lib. 5. (*e*) Extrav. Comm. cap. 1 y 2 de empt. et vendit. (*f*) En su bula *Cum onus apostolicæ servitutis* expedida en Roma á 14 de febrero de 1569.

pacto, ó es contra la substancia, ó contra la naturaleza del contrato: si es contra la substancia, le vicia y anula enteramente: si es contra su naturaleza, no le vicia, porque aunque aquella sea una qualidad intrínseca del contrato, puede pactarse contra ella, aunque á veces se tendrá por no hecho el pacto. En el mutuo es de substancia el que se preste alguna cosa de las que se suelen numerar, pesar, ó medir, y que se vuelva en la misma especie; y de su naturaleza es que sea de la misma bondad. En el contrato de venta es de substancia la cosa que se vende, su precio y el consentimiento de los contrayentes, y de su naturaleza es que el vendedor se obligue á la eviccion, el comprador pague el precio, y á ámbos se transfiera respectivamente el dominio de una y otro. En el contrato del censo redimible es de substancia segun la bula piana que se imponga sobre cosa naturalmente fructífera y raiz, y que el justo precio se entregue en dinero efectivo ante el Escribano y testigos al tiempo de la imposicion; y los demas pactos son de su naturaleza. (*a*)

26 Esto supuesto expresarémos qué pactos ó condiciones estan reprobadas como ilícitas en el censo redimible, para que no las ponga el Escribano en la escritura censual, aunque los contrayentes quieran. La primera es: *que el censo se imponga sobre cosa mueble y semoviente.*

27 La segunda condicion reprobada es: *que al tiempo de su imposicion no sea preciso entregar el dinero ante Escribano y testigos, y que baste la confesion de la paga.* Pero tocante á este particular no se ha admitido la bula en estos reynos, como lo declara expresamente la ley 10 t. 15 lib. 5 R. que dice: " Declaramos que el *propio motu* sobre que los censos se impongan, y sienten con dineros de presente, no está recibido en estos reynos, ántes se ha suplicado de él por el Fiscal del Consejo, donde se ha hecho justicia en los casos que se han ofrecido, y se hará adelante, y con su Santidad la instancia que pareciere necesaria;" (*b*) y así aunque no inter-

(*a*) Acerca de esto véase á Hermosilla ley 9 tit. 4 P. 5 glos. 2 nn. 14 15, 16 y 17. (*b*) Salgado de Retent. cap. 2 sect. 4 n. 159 afirma, con otros AA. que cita, que en nada fue admitida dicha bula, pero yo no entiendo la ley tan ampliamente. Véasele tambien en el Labyr. part. 2 cap. 29.

venga dinero de presente, se constituye censo al redimir, habiéndole recibido ántes el imponedor con este fin, ó enmutuo, porque puede este contrato mudar despues de naturaleza y constituirse el censo, confesando el censatario haber sido cierta la entrega del dinero, y haciendo la renuncia que explico en el cap. 22 n. 1, lo qual no sucede en el censo vitalicio personal, en que es preciso no solo que medie dinero, sino tambien que haya fe de entrega, como diré en el n. 60. Asimismo puede constituirse censo en las particiones, aunque no haya entrega de dinero, pues quando un heredero lleva en alguna finca mas que lo que le corresponde por su legítimo haber, y no tiene dinero con que reintegrar al coheredero el exceso que se le aplica, constituye de su importe censo al quitar, (bien que se llama reservativo) y hasta que se le paga, le contribuye anualmente con los réditos á tres por ciento; y sin embargo de que algunos AA. regnicolas demasiado escrupulosos siguen estrictamente la disposicion pontificia y no quieren conformarse con la legal, se practica lo expuesto, porque no se comete fraude ni usura. Tambien puede constituirse censo por dote sin intervenir dinero de presente, como lo permite el §. 9 de la declaracion de dicha bula, y así se practica.

28 La tercera es: *que el censatario debe pagar siempre anticipados los réditos del censo.* Prohíbese esta condicion, por ser contra la justicia del contrato censual, y para evitar fraude y sospecha de usura, por manera que cumple el censatario con satisfacerlos luego que esten devengados; (*a*) aunque en los arrendamientos no está prohibida, porque solo sirve de mayor seguridad á los arrendadores, y así en el último año de arrendamiento nada pagan los arrendatarios, por tenerle ya satisfecho.

29 La quarta es: *que el imponedor se obligue directa ó indirectamente á los casos fortuitos, de suerte que aunque falte ó se arruine la finca, deba pagar el censo sin descuento de su principal ni réditos.* Todo esto es tambien contra la naturaleza del contrato censual, pues segun el §. 10 de la bula si la finca perece, ó dexa de ser fructífera en todo ó en

(*a*) Duard Comment. §. 3 q. 4.

parte, debe extinguirse proporcionalmente la renta y su capital, y por ser contrato de compra y venta, luego que se perfecciona, pertenece al comprador, que es el censualista, el daño y aumento que sobrevenga en la cosa hipotecada. (a)

30 Pero algunos AA. con cuyo dictámen me conformo, quieren que esto se entienda en los censos enfitéuticos, en que el dominio directo es del censualista y el útil del enfitéuta, y no en los consignativos, porque en estos el imponedor conserva el dominio pleno y la administracion de la cosa acensuada: el comprador no tiene mas que el derecho de percibir la pension anual hasta que el censo se redime: por la imposicion se contrae únicamente hipoteca sobre la finca, de suerte que el censualista es un mero acreedor hipotecario, sin mas privilegio que el que el tiempo le dé en concurrencia de otros acreedores hipotecarios; y lo que se vende no es la finca sino el derecho expresado, por lo que no se le da facultad para venderla ni disponer de ella. Añaden que afirmar lo contrario es querer hacer creer que un tercero tiene dominio en cosa agena y el dueño hipoteca en la suya misma, lo qual repugna á los contratos de venta y mutuo.

31 La quinta condicion que reprueba la bula y se tiene por no puesta, es la de no enagenar la hipoteca acensuada; pues manda en el §. V que no se pueda quitar ni restringir al censuario la facultad de enagenarla en contrato ó última voluntad, siempre que quiera, sin que tenga obligacion de pagar mas que los réditos, segun se fueren devengando. Así pues, al pacto de no enagenar se añade en las escrituras censuales la expresion, *sin la carga de este censo*, con lo qual puede el censualista executar por los réditos al tercero poseedor, aunque sea Clérigo, á quien se nombrará defensor caso que se le execute ante Juez Secular, por haber heredado la finca de lego, con quien se haya contestado la demanda; pues como la accion hipotecaria es ordinaria, y solo es executiva la personal que no puede intentarse contra tercero poseedor, la corrobora el expresado pacto y hace que se pueda intentar contra este, porque en fuerza de él subsiste la hipoteca respecto al censo

(a) Leyes 1 Cod. de Peric. & commod. rei vendit. y 23 tit. 5 P. 5.

en los propios términos y con las mismas calidades que quando se gravó á su responsabilidad, y se contempla en poder del imponedor. Por tanto solo sirve de mayor seguridad al censualista, no se comete usura, ni quita al censatario la libertad de venderla y enagenarla quando le parezca.

32 Pero si se permite en el §. 6 de la bula la condicion de tanteo, que es esta: "que siempre que la finca acensuada se venda, ha de tener obligacion el censatario de avisar un mes ántes al censualista, requerirle si la quiere por el tanto, y manifestarle con qué condiciones la vende." Mas no se ha de añadir, *y si no lo hiciere, cayga en comiso*, porque esto solo se permite en el censo enfitéutico; ni ha de imponerse al censatario otro gravámen ni pena, por dexar de avisarle. Es verdad que la ley 68 de Toro que habla del censo consignativo y no del enfitéutico, como manifiestan sus palabras, dice: "Si alguno pusiere sobre su heredad algun censo con condicion que si no pagáre á ciertos plazos, que caya la heredad en commisso, que se guarde el contrato, y se juzgue por él, puesto que la pena sea grande, y mas de la mitad;" pero sin embargo no se admite en los tribunales de estos reynos el pacto de comiso, como ni tampoco el de retracto, y así aunque se pongan en las escrituras censuales, se tienen por no puestos y se atribuyen á la impericia de los Escribanos: (*a*) por manera que solo tiene accion el censualista á que el comprador le reconozca por señor del censo y le pague los réditos, miéntras no redima el capital. Sin embargo hay AA. que dan el derecho de retracto al censualista, pero yo no pondré dichas condiciones, ni aconsejo que se pongan.

33 La sexta condicion que reprueba la bula, es esta: "que si el censatario no pagáre todos los réditos en los plazos convenidos, rinda réditos lo que dexe de satisfacer del mismo modo que la suerte principal, ó quede aumentado el censo, ó le imponga nuevamente sobre la misma finca ú otra que se hipoteque á él por esta razon, ó haya de perder parte de ella, ó incurrir en alguna pena, ó ser de su

(*a*) Matienzo ley 1 tit. 15 lib. 5 Rec. glos. 1 n. 6 y glos. 2 n. fin. citando á Covarr. y otros AA.

cuenta la solucion de sus cargas, (*las que por derecho segun la naturaleza del contrato no deberia pagar*) ó satisfacer interés, cambio ó expensas y salarios indebidos," ú otras cosas semejantes. Estos pactos se reprueban en los §§. 7, 8 y 9 por ser usurarios.

34 La séptima condicion es la siguiente: "que el censatario nunca ha de redimir el censo, ó que ha de redimirle precisamente dentro de cierto término, y en su defecto que en pena, ó por otra causa se ha de poder repetir su capital; ó que hasta pasado tanto tiempo no le ha de redimir." Tales pactos estan reprobados en el §. 12 de la bula, porque son contra la libertad de los censatarios y naturaleza del censo consignativo.

35 Pero aunque el censatario tiene libertad para redimir quando quiera, y no se le debe prefinir término ni prohibir la redencion, podrá ser compelido á ello, si cita de redencion al censualista y luego se retrata, observándose lo dispuesto en el §. 11 de la bula, segun la qual debe el censatario citar de redencion al censualista dos meses ántes, y si luego no redime, puede este compelerle á hacerla dentro de un año contado desde el dia de la citacion, pasado el qual tiene facultad el censatario para redimir despues en qualquier tiempo precediendo nueva citacion, y corren los réditos como sino le hubiera citado, lo qual se ha de practicar, aunque muchas veces le cite, si nunca tiene efecto la redencion; pero como este pacto de citacion dos meses ántes está introducido en favor del acreedor y en perjuicio del censatario, quien puede redimir quando le parezca, y la bula piana no está recibida en estos reynos, no anula el contrato por no contener el pacto, ni tampoco precisa á pagar los réditos en los dos meses; se pregunta, si deberá ó no satisfacerlos, y quedará libre del censo no precediendo la citacion, sobre lo qual puede verse al Señor Salgado. (*a*)

36 En observancia de esta constitucion pontificia he

(*a*) Labyr. Cred. part. 2 cap. 29. Sobre si el acreedor censualista citado al concurso puede hacer que se venda la hipoteca, y se le haga pago del principal de su censo, así como de los réditos, y por consiguiente que se redima, véase tambien al mismo autor part. 1 cap. 19.

visto executoria de los Señores del Consejo en sala de Provincia, confirmatoria de una sentencia dada por D. Juan Gayon Teniente Corregidor que fue de esta villa, ante Don Domingo Joseph de Cásas, Escribano de su número, y el caso fue el siguiente. Don Manuel de Elexpuru ofreció judicialmente como apoderado de Don Domingo Ignacio de Mendieta, vecino de Bilbao, la redencion de un censo de dos mil ducados de principal con dinero que para este fin, y con la baxa de un medio por ciento de réditos y calidad de subrogacion le habia prometido el mayordomo del convento de Religiosas de las Maravillas de esta corte, lo qual se hizo saber al apoderado del Marques de Belamazan dueño del censo; pero habiendo intentado el apoderado del censuario eximirse de redimir con motivo de haberse retratado el mayordomo de su promesa, insistió el del censualista en que se le compeliese al cumplimiento de su oferta, ó se subastasen las hipotecas afectas al censo; y sin embargo de la qualidad de la oferta y citacion mandó el Teniente redimiese dentro de cierto término que le prefinió, y que pasado sin haberlo hecho se sacasen á público pregon las hipotecas. De esta providencia apeló Elexpuru, y la confirmó el Consejo, por lo que se vió precisado á redimir.

37 La octava condicion que reprueba como usuraria la bula es esta: "que aunque se redima parte del censo, se han de pagar enteramente los réditos de todo su capital, como si nada se hubiera redimido." Y la nona reprobada tambien por usuraria es la siguiente: "que al tiempo de la redencion deba pagar el censatario el capital del censo con aumento de su precio, ó en mejor moneda que la que el censualista le entregó, quando le impuso."

38 Las citadas extravagantes de Martino V y de Clemente III reprueban esta condicion: *que la redencion del censo se ha de hacer en una partida, segun se entregó su capital, y no en dos ni mas*; pero no obstante la prohibicion se pone en las escrituras censuales por el perjuicio que se ocasiona al censualista, pues puede no hallar cómoda imposicion para parte del capital, ó malograr algun negocio que le sea ventajoso, y parece justo que habiendo dado su dinero en una partida, se le vuelva en otra. No he visto

ley ni decreto Real sobre esto; mas lo cierto es que si la cantidad es considerable, se obliga al censualista á recibirla en dos ó mas partidas, sin embargo del pacto de deberse redimir precisamente en una sola; y si no quiere, se deposita y declara por redimido en aquella parte, dándose al censatario el competente testimonio para su resguardo, sobre lo qual véanse los AA. (a)

39 Para que el censualista no sea obligado á recibir su capital en otra especie que dinero, caso que el censatario forme concurso de acreedores y carezca de bienes con que pagar á todos, se ordenará la cláusula en los términos siguientes: "que si hubiere ocurrencia de acreedores á los bienes del otorgante, aunque aquellos se conformen en que se entreguen al señor de este censo su capital y réditos en bienes raices, muebles ó semovientes de qualquier calidad que sean, no por eso ni por otro motivo ha de ser compelido á recibir su importe ni parte de él en otra especie que dinero efectivo, segun le ha entregado." Para mayor firmeza de este pacto renunciará el censatario la ley 3 tit. 14 P. 5 en quanto dice: "pero si acaeciese que el deudor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometiera, bien puede darle entrega de otras á bien vista del Juzgador." Esta ley concuerda con la auténtica, Hoc nisi debitor Cod. de Solutionibus, de que algunos Escribanos suelen poner renuncia en las escrituras censuales sin entenderla ni hacer mencion de aquella.

40 Ademas para que el censualista pueda dirigir su accion contra la hipoteca, tomar posesion y cobrar de sus frutos los réditos que se le deban, sin que sea necesario entregársela realmente, ni hacer excusion en los demas bienes del imponedor, se pondrá en la escritura censual la cláusula siguiente: "Y le da amplias facultades para que de su propia autoridad tome la posesion ó tenencia de la hipoteca afecta especialmente á la responsabilidad de este censo, y se reintegre con sus frutos y aprovechamiento de los réditos que se le esten debiendo, y costas que se causen en su exâccion;" bien que ninguno lo hace sin autoridad ju-

(a) Gutierr. lib. 2. Pract. q. 174. Avendañ. de Censib. cap. 101 y cap. 107 n. 8.

dicial no obstante la facultad que se le concede en la escritura de censo.

41 Asimismo se ordenará con la siguiente: "que si la hipoteca de este censo se dividiere entre dos ó mas interesados, cada uno ha de reconocerle en un todo y obligarse *insolidum*, aunque posea poca parte, de suerte que el censualista ha de poder pedir á qualquiera de ellos y executarle por todos los réditos que se le deban, como si la poseyera enteramente." Este pacto parece duro é injusto; pero como el derecho de percibir la pension anual es individuo, y el censualista tiene accion real á perseguir la hipoteca en donde se halle, no debe perjudicarle el convenio y division que sin su beneplácito celebraron de su propia autoridad los poseedores de ella, y por consiguiente puede repetir en virtud del pacto mencionado contra qualquiera poseedor total ó parcial, para que reconozca el censo en un todo y satisfaga enteramente los réditos, estando solo obligado á darle lasto para que exija de los demas partícipes lo que haya pagado por ellos á proporcion de la parte que tengan en la finca, segun se practica no solo en el presente caso, sino tambien en todos los demas en que muchos herederos ó interesados posean alguna finca hipotecada en escritura pública, porque no se procede contra ellos sino contra la hipoteca que es la responsable.

42 Para mayor firmeza del contrato censual y seguridad del censualista ha de renunciar el censatario la ley 63 de Toro, y obligarse á no alegar prescripcion por lapso de tiempo, ni otro remedio alguno para que pueda ser compelido en qualquier tiempo al pago de los réditos. Tambien debe contener la escritura las demas firmezas del préstamo ó mutuo que explicaré en el cap. 18 nn. 27, &c. y 33.

43 En el contrato de censo redimible suele ponerse esta cláusula: "que siempre que haya nuevo poseedor en la hipoteca, se le ha de poder compeler á reconocer el censo, y aunque no le reconozca, no por eso ha de prescribirse la accion executiva, ni lo substancial del contrato, aunque no se execute en diez, veinte, treinta, quarenta, y mas años, á cuyo fin el otorgante por sí y en nombre de los demas que posean en lo sucesivo la finca hipotecada, re-

nuncia la ley 63 de Toro y demas que le favorezcan." Mas no obstante este pacto y renuncia se observa literalmente la disposicion de dicha ley, porque fue establecida contra el acreedor en pena de su negligencia; (*a*) y como el censualista no tiene impedimento para pedir los réditos cumplido el plazo, debe imputarse á sí propio la culpa de su descuido y morosidad. (*b*)

44 Pero el capital del censo jamas prescribe, aunque el censualista no pida los réditos en muchísimos años, porque la obligacion sigue á la hipoteca, y miéntras esta no falte ni dexe de serlo, subsiste aquella; mayormente quando la bula prohibe al censualista pedir el capital quando quiera, y *al impedido no corre tiempo ni prescripcion.* Así lo he visto executoriado en el Consejo en el pleyto que siguió el Marques de Santo Floro, vecino de la ciudad de Siracusa en Sicilia contra la villa de Estremera ante D. Joseph de Pasamonte por el oficio de dicho Escribano del Número Cásas, donde se declaró por subsistente el censo, cuyo capital ascendia á mas de 402 reales, y se mandó pagar únicamente los réditos vencidos en los treinta años precedentes, aunque se le debian mas de ciento.

45 El censatario debe manifestar al censualista todas las cargas con que estan gravadas las fincas que hipoteca á la seguridad del censo que quiere tomar, pena de volverle el importe de este con el dos tanto. Ademas si estan afectas especialmente á otra responsabilidad, comete delito, (el qual se llama *estelionato*) por el que puede ser castigado; (*c*) y este es otro caso en que puede ser compelido á redimirle y restituir su capital, lo qual debe prevenirse en la escritura de imposicion para que no alegue ignorancia.

46 Si las ciudades, villas, lugares, universidades y colegios de estos reynos quieren tomar á censo algunas cantidades de maravedís, han de expresar en los pedimentos que dieren: *si tienen otros, para qué efectos los tomaron, si impetraron licencia para ello, y qué réditos anuales pagan*; y careciendo de este relato no deben los Escribanos de Cáma-

(*a*) Gutier. repet. leg. Nemo potest. nn. 480, &c. y 496. (*b*) Véase el n. 20 del cap. 18. (*c*) Ley 2 tit. 15 lib. 5 Rec. Acebedo en ella. Olea de Ces. jur. t. 7 q. 2. Gutier. lib. 2 pract. q. 169. Avendaño de Cens. cap. 53. n. 6.

ra del Consejo admitirlos, por estarles prohibido. (a)

47 El censo consignativo y demas contratos en que interviene especial y expresa hipoteca ó gravámen, sea de vinculacion ú otro, y los de su liberacion, ó redencion, deben registrarse en los libros que á este fin ha de haber en la cabeza de partido del lugar en que estan las fincas que se gravan á su seguridad; y si los interesados á cuyo favor se otorgan, no lo hacen dentro de los seis dias siguientes al de su celebracion, no valen ni debe juzgarse por ellos, y el tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor, á nada está obligado: (b) lo qual debe prevenir el Escribano pena de privacion de oficio en todos los referidos contratos, para que los interesados no aleguen ignorancia, segun se manda en el cap. 5 de la pragmática de 31 de enero de 1768 inserta al fin de este capítulo, y no en otros, como algunos ignorantes lo hacen, aunque el instrumento no sea de bienes que contengan gravámen ni hipoteca especial. Y advierto á todos que si tardan mas de este tiempo en entregar al censualista la copia, deben poner nota en ella, dando fe del dia en que se la entregan, para que desde él empiecen á correr los seis, no haya reparo en registrarla, y se evite al censualista el perjuicio que por este defecto se le puede ocasionar; bien que aunque tarden mucho mas, no debe dexar de registrarla el Contador ó Comisionado siempre que ocurra, ni el Juez de despachar despues la execucion, como se practica en esta corte y está declarado ya en juicio.

48 En corroboracion de esta decision legal he visto cierta sentencia que dió un Alcalde de Corte en el pleyto executivo que por el oficio de Ruseco siguió en el año próximo pasado Don Agustin de Vibanco contra Doña Isabel Gómez sobre paga de réditos de censo, en la qual por no haberse registrado la escritura, declaró no haber lugar á sentenciar la causa de remate y por nula la execucion despachada, y reservó al censualista su derecho, para que sobre el principal del censo usase de él como le conviniese, cuya sentencia se executorió por el Consejo: de suerte que el capital se estima en este caso como empréstito, y mediante á que sin em-

(a) Auto 180 t. 15 lib. 5 Rec. (b) Ley 3 t. 15 lib. 5 Rec. y Auto 21 t. 9 lib. 3 Rec.

bargo de la disposicion legal ninguno debe lucrarse con detrimento de otro, tendrá que recibir en parte de pago de él los réditos que se le hayan satisfecho.

§. III.

Del censo reservativo al quitar.

49 El censo reservativo es el mas antiguo de todos, como consta del Gen. cap. 47, donde se dice que Joseph, hijo de Jacob y primer Ministro de Faraon Rey de Egypto dió á los Egypcios muchos predios, reservando para su Soberano cierta pension anual en reconocimiento de señorío. Es de dos maneras, *perpetuo y redimible.* El perpetuo es el que ya he explicado: y el redimible *es aquel, en que un contrayente transfiere á otro una finca fructífera con el dominio directo y útil que tiene en ella, reservando solamente para sí el derecho de percibir ciertos réditos anuales, ó pension anual, miéntras no le pagan el imponedor, ó poseedores de ella el valor íntegro en que se estimó al tiempo que se dió á censo.* Dicen algunos que es especie de donacion, y otros que es contrato de compra y venta, y que puede constituirse en donacion pura, en donacion por causa de muerte, en arras y en qualquier otro contrato de enagenacion, é igualmente en testamento.

50 A este censo llaman tambien *consignativo*, porque conviene con él en su naturaleza y pactos, y se diferencian: lo primero, en que en el consignativo se gravan los bienes del imponedor ó vendedor á su responsabilidad por dinero que el censualista ó comprador le da entónces, ó le tiene dado; y en el reservativo no interviene dinero, sino que los bienes que el censualista vende, son los que se gravan é hipotecan á la seguridad y responsabilidad del capital del censo y sus réditos, por no entregarle el censatario al tiempo de su fundacion, ni haberle entregado ántes el importe de su valuacion, de que constituye el censo, en cuya atencion no hay fé de paga ni confesion de haberla habido; y lo segundo, en que en el censo consignativo el censualista como tal es un acreedor hipotecario sin mas privilegio que el que le da el tiempo anterior ó posterior de su constitucion en concurrencia de otros acreedores hipotecarios; y en el reservativo es

preferido como acreedor de dominio en la finca por la naturaleza del contrato á todos los del censatario, por anteriores y privilegiados que sean, aunque no se exprese. Tambien convienen en que en ámbos debe intervenir el pacto de retrovendendo sin limitacion de término para su redencion, y en que en ámbos se causa alcabala, segun afirma con solidez Gutierrez, (*a*) con diferencia de que en el consignativo se paga incontinente que se funda, y en el reservativo redimible quando se redime y entrega el precio, como el mismo autor advierte.

51 Conviene igualmente con el reservativo enfitéutico en que en los dos da uno á censo sus bienes á otro reservándose el derecho de percibir la pension anual; y se diferencian asimismo: en primer lugar en que en el enfitéutico pasa únicamente al enfitéuta el dominio útil de la cosa dada en enfitéusis, y en el reservativo redimible se transfiere el dominio pleno en el censatario, quedando solo al censualista el derecho de percibir los réditos anuales, y quando se redima, el capital ó precio en que se estimó la finca al tiempo de su dacion á censo: (*b*) en segundo lugar, en que por no hacer la correspondiente paga, no se quita al imponedor del censo reservativo ni cae en comiso la finca afecta al censo, (*c*) como se hace con el enfitéuta; y en tercer lugar, en que el censatario del censo redimible no pierde su derecho como el enfitéuta por no pedir licencia al dueño de la finca para enagenarla, ó por no requerirle si la quiere por el tanto. (*d*) Y quando se duda si el censo es enfitéutico ó reservativo redimible, se presume mas ser lo primero que lo segundo. (*e*) (1)

52 El modo de ordenar la escritura de este censo es: que el dueño de la finca la venda al censatario, y se pongan

(*a*) De Gabellis q. 58 nn. 5, &c. y 14. (*b*) Ley fin. Cod. de Rer. perm. (*c*) Cov. lib. 3. Var. cap. 10 n. 5. (*d*) Alv. Velasc. de Jur. emphit. q. 23 n. 25. Molina de Controv. disp. 381 num. 4 vers. Tertio differunt. (*e*) Duard. de Forma creandi census q. 12 y sig.

(1) Asimismo opina Covarrubias (loc. cit.) que en caso de duda mas bien se ha de tener el censo por reservativo que por consignativo, sino es que mas bien deba conjeturarse lo contrario por algunas circunstancias que el Juez ha de exâminar cuidadosamente. No obstante Vela (dissert. 35 n. 70) defiende que mas bien ha de creerse el censo consignativo y redimible, por ser estos mas freqüentes y ménos gravosos para el censatario.

las cláusulas regulares de la venta; pero en lugar de la cláusula que se pone, quando se trata de la recepcion del precio, ha de decir: "que la vende á censo reservativo al quitar por tantos reales en que está valuada, y quedan reservados sobre ella, de que le ha de pagar réditos anuales á tanto por ciento, miéntras no satisfaga á él, ó á quien le suceda, dicha cantidad, &c." y en la aceptacion de la escritura constituirá el comprador censo consignativo del precio en que se le vende la finca; mas ni en la venta ni en el censo se ha de dar fé de paga en dinero ni confesar haberle recibido, puesto que no interviene al tiempo de celebrar ámbos contratos, ni intervino ántes, y así solámente se dará el censatario por entregado de la finca, y títulos de su pertenencia, si los recibe en el acto del otorgamiento, de que dará fé el Escribano. Ademas, para que el censualista sea preferido en la finca como acreedor de dominio á otros qualesquiera personales é hipotecarios privilegiados del censatario, y para desvanecer dudas y escrúpulos, será bueno que se ponga en la escritura esta cláusula: "Si llegare el caso de ocurrencia ó concurso de acreedores á los bienes del censatario, ha de ser visto y entenderse no habérsele transferido el dominio de la finca dada á censo, mediante á no haber pagado su valor, y por lo mismo se ha de estimar como arrendador y poseedor precario, y se ha de preferir en ella el censualista á todos los acreedores, por anteriores y privilegiados que sean, teniendo derecho á recobrarla como acreedor de dominio, sin perjuicio del que le compete por los réditos que se le deban, y deterioro de ella, de que ha de poder usar contra los demas bienes del censatario"; pues el dominio y posesion pueden transferirse condicionalmente. (a) No se ha de obligar el censatario á la eviccion de la finca dada á censo, sino solamente á la de este, excepto que grave tambien alguna suya á la responsabilidad de él, porque atendida la naturaleza del contrato, la eviccion de aquella toca al censualista como vendedor, y la de esta al censatario como dueño. Por la escritura que ordenaré, y prevenciones que contendrá, se enterará mejor el Escribano.

(a). Cur. Philip. Comer. ter. lib. 2 cap. 12 nn. 12, 13 y 14. Rodrig. de Ann. redit. lib. 2 q. 3 n. 65. Castill. Controv. lib. 1 cap. 30 desde el n. 75.

§. IV.

Del censo de por vida, ó renta vitalicia.

53 El censo vitalicio puede constituirse en cosa raiz fructífera, ó en dinero. El primero es *una especie de censo enfitéutico, ó arrendamiento que hace el dueño de la finca al censatario ó enfitéuta, para que la disfrute con la obligacion de cuidarla, repararla, mejorarla, y pagarle cierta corta pension anual*; y se da por una ó mas vidas, acabadas las quales vuelve la finca á poder del dueño legítimo con todos los reparos y mejoras hechas en ella, por ser necesarias para su conservacion segun la naturaleza del contrato las que el enfitéuta estuvo obligado á executar en virtud de la convencion. (*a*) De este censo tratan los formularistas de escrituras, y una ley de Partida (*b*) de donde le tomaron. Usase en el reyno de Galicia, y le dan el nombre de *Foro*, de que he tratado en los nn. 5, 6 y 7. Puede pactarse en él que el enfitéuta no pueda enagenar la finca sin requerir primero al propietario, si la quiere por el tanto, y que no queriéndola, no ha de poder hacer la enagenacion á personas prohibidas. (*c*) Tambien puede darse una finca á censo de por vida con obligacion de que el censatario alimente ó contribuya con cierta pension diaria al censualista, y con condicion de que despues de su muerte se quede con la finca para siempre; pero esto mas es donacion, ó cesion con dicho gravámen que censo, por lo que la extiendo en el cap. 12 num. penult. Y el censo vitalicio constituido en dinero *es un derecho de percibir paulatina y anualmente el censualista durante su vida el dinero que dió al censatario, sin que despues de su muerte tengan obligacion este ni sus herederos á restituir ni pagar á los de aquel parte alguna ni réditos del capital que le entregó.*

(*a*) Begnud. Biblioth. verb. Emphit. §. 4. (*b*) Monteros Palom. Melgarejo y otros en sus tratados de Instrumentos públicos, y ley 69 t. 18 P. 3. (*c*) Asimismo pueden ponerse otros pactos no reprobados, de los quales trata Ferrar. Bibliotb. verb. Emphiteusis art. 2, y se instruirá el Escribano en la escritura que extenderé n. 78. Acerca de las personas prohibidas véase el num. 3.

54 Este censo es un contrato ignorado hasta poco tiempo ha en España, porque pocas veces se ofrece, (*a*) de lo qual ha provenido que los formularistas de instrumentos públicos no hayan exâminado bien su naturaleza y calidades, ni le hayan explicado con la claridad correspondiente, y que por lo mismo en vez de ilustrar hayan hecho incurrir á los Escribanos en no pocos errores en que están actualmente, pues le confunden con el consignativo y tienen por tal. En esta atencion deseando instruirme he leido con aplicacion varios AA. y así diré lo que sus obras y las leyes que tratan de él, me han enseñado.

55 Puede fundarse este censo sobre fincas fructíferas propias del censatario ó de otro que quiera gravar por él las suyas con esta carga, siguiendo la forma de los consignativos redimibles; ó sobre la persona del mismo censatario, ó hipotecando para su mayor seguridad alguna finca, (*b*) y he aquí de donde viene la distincion que hablando de este censo hacen los AA. en *real y personal*, entendiendo por real el que se constituye del primer modo, y por personal el que se constituye del segundo.

56 De los que han escrito sobre este censo, unos han explicado la naturaleza y calidades del real y personal, (*c*) otros solo han exâminado el personal, (*d*) y otros no han hecho mas que tocar el real; (*e*) pero todos convienen en que su capital muere con el censo mismo, esto es, con la vida de la persona á cuyo favor se impone, sin quedar en sus herederos ni en otro alguno accion para repetirle en todo ni en parte del que le recibe ni de los suyos; en cuya atencion afirman que miéntras mas dias corren de la vida del censualista, mas va perdiendo de su capital, ó ménos va este valiendo, (*f*) á diferencia del censo consignativo cuyo capital se mantiene siempre en un mismo ser sin extinguir-

(*a*) Se halla establecido en Real decreto de 1 de noviembre de 1768, y se intitula, *fondo vitalicio ó muerto*. (*b*) Lasart. de Decim. vend. cap. 10 n. 1. Leorard. de Usur. q. 49, 50 y 55. Avend. de Cens. cap. 25 n. 1. (*c*) AA. cit. leg. cit. (*d*) Rodrig. de Annuis redit. lib. 1 q. 5. Noguer. aleg. 32 n. 118. (*e*) Sarmient. Select. lib. 7 cap. 1 n. 40. Palacio de Contract. lib. 4 cap. 8. vers. Octavo dices. (*f*) Covarr. lib. 3 Var. cap. 7 n. 3 Censio de Censib. part. 1 cap. 1 q. 4 art. 3 n. 26. Salg. Lab. cred. part. 1 cap. 20 nn. 18 y 27. Noguerol. aleg. 19 n. 7.

se ni minorarse por muchas pensiones anuales que se paguen de él, por lo qual pertenece enteramente al censualista que le dió á sus herederos, ó á quien tenga su accion en qualquier tiempo que el censatario ó los suyos le rediman. (*a*)

57 No estan conformes los AA. sobre qué especie de contrato es el censo vitalicio personal, de que aquí se trata. Unos quieren que se llame contrato *innominado*, (*sin nombre propio y determinado*) (*b*) cuya opinion reprueba el Ilustrísimo Sarmiento: (*c*) otros afirman que es donacion hecha con cierto modo, esto es, para que se haga algo con lo que se da; (*d*) y otros llevan que es empréstito ó mutuo, (*e*) en cuya inteligencia dicen que este contrato es una obligacion de volver la suerte principal sucesivamente baxo la condicion de la vida de alguna persona.

58 Pero ninguno dice ni puede decir con razon que es venta: ya porque el dinero no se vende, y nadie compra ni puede comprar su propio dinero, ya porque la renta anual con que se contribuye, no es otra cosa que una restitucion paulatina en pequeñas partidas iguales del capital que se recibió al principio, y un parcial recobro del mismo, segun lo advierten los mas y mejores AA. (*f*) con cuyo fundamento expresa Don Ignacio Lasarte que no es venta ni trueque el contrato, por el qual da uno á otro todos sus bienes ó parte de ellos con tal que le alimente. (*g*)

59 Por lo respectivo al censo vitalicio real, todos convienen en que es venta como el consignativo redimible, (*h*) le atribuyen las mismas calidades que á este, y afirman que causa alcabala, y que en su fundacion se debe observar la forma prescripta en la bula de San Pio V. y demas constituciones pontificias, lo qual no puede decirse del censo vitalicio personal. (*i*)

60 Mas sea lo que fuere, lo cierto es que en su creacion

(*a*) Salgad. lug. cit. cap. 19. (*b*) Leotard. q. 4 nn. 27 y 29, y otros que cit. (*c*) Select. interpr. lib. 7 cap. 1 n. 40. (*d*) Navar. de Usur. n. 128. (*e*) P. Salas de Cens. dub. 5 n. 2 vers. Sed facile respondetur. (*f*) P. Salas dub. citat. n. 2. Mol. de Just. et jur. tract. 2 disp. 388 n. 6. Salg. n. 27 cit. Noguer. aleg. 19 n. 17. (*g*) De Decim. vend. cap. 10 n. 35. (*h*) Lasart. cap. 10 cit. Avend. de Censib. cap. 20 y 93. Leotard. q. 49 cit. nn. 1, 2 y 3. Censio lug. cit. (*i*) Lasart. cap. cit. nn. 35, 38 y 40. Avend. cap. cit. n. 2. Leotard. q. 49 cit. n. 18.

no han de intervenir alhajas de plata, joyas, tapices, ni otra cosa que dinero, y que no puede fundarse con deuda que proceda de mercadería, aunque sea cierta, ni con confesion de la paga como el censo consignativo; pues ántes bien debe el censualista entregar precisamente en dinero efectivo su capital, y de la entrega dar fé el Escribano pena de privacion de oficio, de 50ↄ maravedís para la Real cámara, y de nulidad del contrato segun una ley recopilada, (*a*) la qual manda que solo pueda celebrarse por una vida, y que el premio ó renta anual no exceda de siete mil maravedís el millar; pero otra recopilada (*b*) y posterior amplia las vidas, y limita el premio, permitiendo que los censos de por una vida se paguen á razon de diez mil maravedís el millar, y los de por dos á doce mil; bien que para la justificacion de la pension anual debe atenderse á lo que puede vivir naturalmente quien da el dinero, considerando su edad y robustez, al importe del capital, y á lo que podrá producir empleado: siendo de advertir que si el censualista tiene herederos legítimos, no puede entregar por su vida á un extraño ni á otro todo su caudal á censo vitalicio, porque de esta suerte les defrauda su legítima, y por lo mismo se anulará el contrato como celebrado conocidamente en su perjuicio, salvo que si son mayores le consientan al tiempo de su celebracion ó despues.

61 Acabadas las vidas espira la obligacion de contribuir, quedan exêntas de ella las hipotecas, y el censatario y sus sucesores sin responsabilidad alguna, aunque el censualista muera ántes que se consuma el capital que dió á censo, ó á muy poco tiempo de constituido este; pues como el censatario le hace suyo, es irredimible por su naturaleza, y ademas si se permitiera su redencion, ó hubiera obligacion de hacerla, seria censo consignativo con pacto (bien que implícito) de redimirle á tiempo determinado, lo qual está prohibido como he dicho, y se gravaria mucho al censatario por el exôrbitante premio ó pension anual que tenia que pagar: fuera de que el riesgo á que se exponen ámbos contrayentes, hace lícito lo expuesto, (*c*) y aunque el censua-

(*a*) La 8 t. 15 lib. 5 R. (*b*) La 12 del mismo tit. (*c*) Cov. lib. 3 Var. cap. 7 nn. 3 y 4.

lista comparezca en el concurso del censatario, no puede instar por la redencion de su censo. (a)

62 Por tanto en el juicio de particion de bienes del que tomó dinero á censo ó renta vitalicia, dexará el contador el capital recibido en calidad de depósito en uno de sus herederos con cargo de acudir con la renta anual al censualista, y la circunstancia de que si este viviere tanto que se consuma el capital, y perciba mas que su importe, pueda repetir el heredero de los coherederos el exceso que le satisfaga, deducida la parte que como á uno de ellos le toque, obligándose todos á su solucion; y de que si por el contrario se consumiere ménos, tenga obligacion de comunicar á todos proporcionalmente lo que sobre y esté en su poder. De este modo no se causa perjuicio á ninguno de ellos.

63 La escritura de censo vitalicio á dinero viene á ser lo mismo que la de mutuo con hipoteca, á diferencia de ser diverso el relato y exôrdio, porque en la una se habla de préstamo, y en la otra de censo vitalicio. Pueden los contrayentes poner en ella todas las condiciones arregladas que les parezca, segun el motivo que ocurra, hipotecando para la seguridad de la pension anual ó diaria quien recibe el dinero, bienes raices, quantiosos, libres y determinados con pacto y prohibicion de enagenarlos y gravarlos durante la vida del que la da; pero como precisas pondrán las dos siguientes.

64 1.ª "El referido Pedro, sus herederos y sucesores han de pagar todos los años á dicho Francisco tantos reales á tales plazos y tantos en cada uno pena de execucion, costas y salarios de su cobranza; cuya contribucion ha de ser cierta, puntual y efectiva durante la vida de este, aunque sea tan dilatada que lo satisfecho anualmente supere y consuma muchas veces los sesenta mil reales que acaba de entregarle, y sin que por este ni otro motivo pueda el excusarse, ni quien tenga su accion, ó le represente, á su total ó parcial solucion, ni alegar agravio, lesion, ni otra excepcion, por legítima y admisible que sea en juicio, pues renuncia todo lo que le sea favorable en este caso para que nunca le

(a) De lo que debe hacer el Juez en este caso, trata Salg. Labyr. part. 1 cap. 28 nn. 35 y sig.

aproveche." 2.ª "Aunque el mencionado Francisco muera dentro de poco tiempo despues de otorgada esta escritura, no ha de subsistir la expresada obligacion en favor de sus herederos; pues ántes bien ha de acabarse enteramente para siempre, y ni ellos ni otro alguno han de poder pedir judicial ni extrajudicialmente al enunciado Pedro ni á los suyos el todo ni parte de los sesenta mil reales que ha recibido en este acto, porque quedan á beneficio suyo para que disponga de ellos como de cosa suya adquirida con legítimo y justo título por via de remuneracion y recompensa del riesgo á que se expone de que la contribucion exceda mucho á los sesenta mil reales, y á lo que pueden producir empleados en negocio conocidamente ventajoso, como en la condicion anterior se ha propuesto: á cuyo fin desde ahora para siempre le hace de ellos á mayor abundamiento gracia y donacion perfecta é irrevocable, para que este contrato sea igual á ámbos otorgantes, y por lo mismo lícito en todas sus partes, y ninguno pueda contravenir á él ni interpretarle con pretexto alguno." Me ha parecido conveniente extender para instruccion del Escribano estas dos condiciones, como que conciernen á la substancia y naturaleza de este contrato; y por depender las demas de la voluntad de los contrayentes segun las circunstancias que exija el caso, y haber explicado en el n. 60 cómo ha de constituirse, de qué, y por quantas vidas, y extendido en el cap. 12 n. 47 la de donacion ó cesion de una casa á renta vitalicia que puede servirle de norte, omitiré ordenar la escritura para evitar prolixidad, y solo extenderé la del de finca raiz por vidas determinadas.

§. V.

De la reduccion ó minoracion de censo, y de su redencion, subrogacion y reconocimiento.

65 La reduccion de censo es *un contrato en que se minoran los réditos anuales que el censatario está obligado á pagar al censualista.* En el año 1705 la hizo el Rey Don Felipe V. del cinco al tres por ciento, y actualmente qualquiera censualista puede minorar sus réditos al dos y medio ó

á ménos, ya sea, porque quiera hacer gracia al censatario, ya porque si este intenta redimirle, le tenga mas cuenta minorarlos conviniendo en ello el censatario que el que se haga la redencion. En quanto á su capital nada se altera la escritura primitiva de su constitucion, porque queda en su fuerza y vigor. Si el capital es de mayorazgo, se ha de executar la minoracion con audiencia del inmediato sucesor, porque se trata de su perjuicio: si es de capellanía, con la del Capellan y Patronos; y en ámbos casos conviene que intervenga autoridad judicial con conocimiento de causa. Tambien puede minorarse el capital; pero entónces deberá llamarse propia y adequadamente redencion parcial y no minoracion.

66 El censo al quitar puede redimirse ó extinguirse por faltar enteramente ó quedar infructífera en un todo y para siempre la hipoteca sobre que se fundó, (1) ó no subsistir parte suficiente (2) que produzca para la solucion del capital y réditos: por prescripcion (3) ó compensacion, (aunque en quanto á estas hay variedad de opiniones) por pagar la suerte principal en alguna cosa mueble ó inmueble con consentimiento del censualista; pues si puede constituirse sin que conste la numeracion del dinero, tambien se podrá redimir sin que esta intervenga, porque la forma que se requiere en el contrato, se requiere en el distracto; y aun en algunos casos se redimirá en dicha cosa contra la voluntad del censualista, por no haber otra proporcion; (a) y finalmente por hacer el censatario dimision de las hipotecas, ó entregar al censualista su capital y réditos en dinero efectivo, (que es lo regular) y no lo uno

(1) Si lo uno ó lo otro sucede por dolo ó culpa del censatario, podrá el censualista demandar el capital y la indemnizacion de los perjuicios que se le hayan ocasionado.

(2) El enfitéuta solo se exime de pagar el cánon no permaneciendo la octava parte de la finca enfitéutica. Ley 26 t. 8 P. 5.

(3) Esto es, quando el poseedor de la finca afecta al censo la tiene con buena fe como libre de este gravámen 30 años continuos que empiezan á correr desde que se dexó enteramente de percibir la pension. Puede verse á Carleval de Judic. lib. 1 t. 3 disp. 4 n. 20 y á Gutierrez lib. 1 pract. quæst. 90.

(a) Leyes 1, 2 y 3 t. 14 P. 5. Begnud. Biblioth. verb. Census §. 6 de Extinct. cens. Duard. §. 5 de Redempt. & extinct. cens. quæst. 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 33 y 34.

sin lo otro: en cuyo caso la práctica es: citar judicialmente al dueño del censo por ante su Juez, ó extrajudicialmente por ante Escribano, para que acuda á tomarle, otorgue carta de pago y redencion de su capital, y finiquito de sus réditos, dando por libre de todo al censatario, sus fiadores y bienes afectos á su responsabilidad, y le entregue la escritura censual cancelada. Si hay glosas ó notas puestas en los títulos de las hipotecas, se han de desglosar y poner en el protocolo del censo la competente, no porque sea rigorosamente necesario, sino para que si se pierde la escritura de redencion, se sepa ante quien se otorgó, pues las notas por sí solas no hacen fé, y únicamente inducen presuncion de estar extinguido el censo. Si el censualista no quiere recibir el dinero ni otorgar la redencion, debe el Juez á instancia del censatario declararle por redimido y mandar que aquel se deposite con citacion, y por cuenta y riesgo del censualista, para que le pare perjuicio, y que de los autos obrados se dé testimonio al censatario para su resguardo: todo lo qual se ha de prevenir en la escritura de imposicion.

67 Perteneciendo el censo á mayorazgo, vínculo ó patronato, debe hacerse judicialmente la citacion, y no ha de entregarse al poseedor de estos el capital sino depositarse para que se vuelva á imponer. Lo mismo se ha de observar perteneciendo á capellanía, memoria ú otra obra pia, (1) excepto que su cumplimiento esté á cargo de algun cabildo, ó comunidad eclesiástica, pues entónces puede entregárseles, aunque sea en esta corte, sin embargo de estar mandado por Real decreto á instancia de esta villa que los depósitos se hagan en su Depositario general, porque se les sigue perjuicio de pagar el uno por ciento; y como el fin del Real decreto se dirige á que no se extravien los depósitos que se hacen en personas privadas, y en los de cabildo ó comunidad no hay riesgo por la razon expuesta cesa el fin de la prohibicion en quanto á estos, como lo he visto practicar varias veces.

68 Si la escritura censual contiene la cláusula, *de que el censatario ha de avisar al censualista dos meses ántes para que proporcione en ellos nuevo empleo, y de que entre tan-*

(1) Véase la circular inserta al fin de este cap.

to han de correr los réditos; debe pagarlos, mas no, si se omite esta expresion, porque la bula solo previene que le avise, no que pague cosa alguna durante ellos. Ademas, quando habiendo el censatario citado la redencion no tuvo esta efecto, por no haber depositado el capital, ni el censualista querido apremiarle á su entrega dentro del año que prescribe el §. 11 de la bula piana, deben correr hasta que nuevamente le cite y le entregue, ó deposite su capital y réditos que esté debiendo, porque es lo mismo que si no le hubiera citado, y de lo contrario podria con motivo de la citacion estarse lucrando siempre con el dinero sin pagar nunca réditos.

69 Con motivo de haber pasado á Alcalá de Henáres á redimir ciertos censos y pretendido que el censualista otorgase la correspondiente redencion, se opuso á ello intentando que se le entregase su capital y réditos, y se hiciese la redencion en la forma acostumbrada en aquella ciudad, y es que el censualista entregue al censatario la escritura primordial de la constitucion del censo, y el Escribano ante quien se ofrece la redencion, ponga en el protocolo de la imposicion nota de la paga de su capital y réditos, expresando quién la hace, á quién, y en qué dia, con cuya diligencia se tiene por redimido; y si el censatario quiere que se le dé escritura de redencion, satisface los derechos que importa, y el censualista la otorga, lo qual se funda en que el censatario recibe beneficio en dar el dinero, y el censualista perjuicio en percibirle, porque cesan los réditos, y no se sabe, si hallará pronto proporcion para imponerle. Pero este modo de redimir es irregular, gravoso y poco seguro para el censatario, porque si este pierde la escritura primordial que se le entrega cancelada, y el censualista ha pedido ántes segunda copia de la de redencion con pretexto de habérsele perdido la primera, y se le ha mandado dar precediendo los requisitos legales, puede pasado algun tiempo pedir nuevamente el censo y sus réditos; pues la nota puesta por el Escribano en el protocolo del censo solo induce presuncion, mas no hace fé, por no estar signada de él ni tener á qué remitirse, y por lo mismo debe estimarse como puesta voluntariamente; y aun quando pare en poder del censatario la de imposicion que se le entregó,

puede pretextar el censualista que se la substraxo, y por eso tuvo que sacar la otra copia, en cuyo caso si no hay testigos que viesen entregar el censo y sus réditos, ni vive el Escribano que puso la nota, como no tiene el censatario mas prueba que esta, se le condenará al pago del censo, especialmente siendo el censualista de buena fama. Ademas el contrato debe deshacerse por el medio que se hizo, y una vez que el censo se fundó por escritura, ha de disolverse por otra. Finalmente habiendo pagado el censatario la de imposicion para seguridad del censualista, es muy justo que este satisfaga á su costa la de redencion; pues si para él cesan los réditos, aquel carece del capital que desembolsó y pudo invertir en cosa que le produxese tal vez mas que lo que pagaba de pension. Por tanto para que dicha corruptela no se introduzca en otra parte, lo prevendrá el Escribano en la escritura de imposicion, si no pactan los contrayentes lo contrario. Este contrato es resolucion del de imposicion, por lo qual no causa alcabala.

70 La subrogacion de censo es *un contrato en que el censualista pone y constituye en su propio lugar, grado y prelacion al que le paga el capital de su censo, cediéndole enteramente sus derechos y acciones, y dándole facultad para percibir anualmente sus réditos, y quando se redima, el capital de él, á cuyo fin le entrega la escritura primordial de su imposicion, y la de subrogacion*: de suerte que viene á ser una traslacion de dominio y no mas, porque á excepcion de la persona en nada se altera el primer contrato, y no hay novacion sino continuacion de él en un tercero, como si hubiera recaido en él por título lucrativo, por lo que no causa alcabala. Es muy conveniente que el dinero se entregue en el mismo acto del otorgamiento, para que el que lo satisface por el censatario, goce del beneficio de la cesion de acciones. (*a*) Algunos censualistas se resisten á hacer la subrogacion, pretextando que solo estan obligados á redimir, y que no tienen facultad para subrogar y ceder sus acciones á quien les entrega el dinero; y para evitar controversias y los escrúpulos que les dicta su ignorancia, se prevendrá en la escritura de imposicion que puedan y de-

(*a*) Olea de Ces. jur. tit. 4. q. 1 n. 36.

ban hacerlo. Y es de advertir que si al poseedor de varios mayorazgos se redime el censo de uno, y con él quiere quitar el de otro, y el censualista rehusa hacer la subrogacion, puede hacerla luego el poseedor declarándolo, para que un mayorazgo tenga la repeticion contra el otro, y mandando poner en las fundaciones de ámbos las notas competentes; ó puede acudir al Juez para que la haga y lo declare.

71 El reconocimiento de censo es *un contrato en que el censatario renueva la obligacion real que él, ó los anteriores poseedores de las hipotecas del censo hicieron á favor del censualista*, y aunque no es título suyo, acredita que no está redimido. (*a*) En la escritura de reconocimiento debe hacerse mencion individual de la de imposicion y fincas gravadas, dexando en su fuerza y vigor las hipotecas, condiciones, sumisiones, obligaciones, penas, salarios y demas seguridades con que se formalizó, y el reconocedor ó nuevo censatario ha de reiterarlas por lo que á sí toca como tal poseedor; mas por este acto no es visto quedar ligado con obligacion personal y real juntamente como el imponedor sino solo con la real, miéntras es poseedor de las fincas gravadas, á ménos que quiera obligarse de ámbos modos, ó que sea su heredero universal, y no haya hecho inventario, ó si lo hizo, fué fraudulento; y puede ser compelido á reconocerle, excepto que haya comprado la hipoteca en almoneda pública por libre de él y de otros gravámenes, consten ó no en los títulos de su pertenencia, y que habiendo sido llamado el censualista por edictos judiciales, no haya comparecido, ó no tenido cabimiento su censo en el precio de la venta de la finca hipotecada.

(*a*) Avendañ. de Censib. cap. 99 n. 5. Sobre si en su virtud se podrá executar al deudor por los réditos caídos, véase á Vela disert. 33 nn. 70 y 71 que afirma que sí, aunque no se produzca la escritura primordial de la constitucion del censo, y así se pactará en esta para evitar disputas.

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

CENSO ENFITÉUTICO.

72 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Francisco de los Rios y Antonio López vecino de ella, á quienes doy fe, conozco, dixeron: que al citado Don Francisco pertenecen en posesion y propiedad diferentes tierras libres eriales en tal pago ó sitio del término de esta villa, las quales determinó dar á censo enfitéutico para el aumento de su vecindario á varias personas, por lo qual habiéndolo sabido el referido Antonio López solicitó que dicho Don Francisco le diese un pedazo de tierra para fabricar en ella casa habitable con arreglo á las demas de esta villa, y habiendo condescendido este, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorga: que por sí y en nombre de sus hijos, herederos y sucesores, y de quien hubiere de ellos título ó causa en qualquier manera, da á censo enfitéutico al mencionado Antonio López, quien la recibe por sí y en el de los suyos para siempre, una tierra yerma ó sitio erial que entre otras tiene el enunciado Don Francisco en tal pago del término de esta villa, que linda por el oriente con tal tierra, por el occidente con tal, por el septentrion con una de Fulano y por el mediodia con otra de Zutano, y que es de cincuenta pies de latitud y ciento de longitud ó fondo, los quales multiplicados unos por otros, componen una area plana de cinco mil quadrados, ó superficiales; con todas las entradas, salidas, usos, costumbres y servidumbres que tiene, y le corresponden, y pueden tocar de hecho y por derecho para los fines, efectos y con las condiciones siguientes.

Dentro de tantos dias ha de empezar el citado Antonio á fabricar á su costa de cal, canto y ladrillo una casa en dicha heredad con quarto baxo, principal y segundo, y en cada uno las rexas, balcones y piezas que conforme al arte de arquitectura y albañilería, y ordenanzas municipales de esta villa debe tener y quepan en el referido sitio; y ha de concluirla perfectamente á toda ley en el discurso

de tantos meses que cumplirán en fin de este año. Si no la hiciere en la forma y tiempo prefinido, cayga en comiso por el mismo hecho, y puedan el otorgante ó sus herederos entrar por su propia autoridad, y apoderarse de ella y de todo lo que se hubiese construido en ella, sin necesitar citarle, requerirle, ni practicar otra diligencia con el enfitéuta, ni poder este reclamar, ni oponerse con ningun motivo ni pretexto, por no quedarle ninguna accion para ello.

Ha de satisfacer anualmente al otorgante, ó á quien tenga su accion y derecho treinta reales de renta, censo y tributo, puestos á su costa por su cuenta y riesgo, y de quien le suceda, en casa y poder del que sea dueño de este censo, en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, no en otra cosa ni especie; y la primera paga ha de hacerse en tal dia de tal mes y año que vendrá de tantos, y así las demas en los años sucesivos pena de execucion, costas y salarios, por los que se ha de hacer aquella como por el principal, deferida su liquidacion en la relacion simple ó jurada de quien los cobre sin necesidad de otra prueba. Ademas si estuviese dos ó tres años continuados sin satisfacer la pension anual de los treinta reales, han de caer en comiso el tal sitio y casa que se fabrique en él, perdiéndolo todo el enfitéuta y pudiendo apoderarse el señor de este censo como dueño y entrarse en aquella de propia autoridad, como se lo permiten las leyes 28 tit. 8 P. 5 y demas que tratan de este punto, y aunque no intente esta accion una ni muchas veces que suceda el atraso del pagamento, no por eso ha de entenderse que la perdió ó renunció, ni que prescribió, y ántes bien ha de quedar en su fuerza y vigor para usar de ella siempre que quiera, sin que pueda alegar nunca el enfitéuta prescripcion ni posesion del no uso.

Todos los enfitéutas que posean la citada casa, han de tenerla bien labrada y reparada de todo lo necesario, de suerte que vaya en aumento y no en diminucion, y si no lo hicieren, han de poder el otorgante y sus sucesores compelerles á ello por todo rigor de derecho y cobrar de sus alquileres los gastos que se les causen en apremiarles, deferidos en su juramento sin necesidad de otra prueba, ó apoderarse de ella por comiso á su arbitrio, sin que esten obligados á abonarles mejoras ni aumentos.

Si en la enunciada casa sucediere algun caso fortuito, aunque sea de los inopinados y muy contingentes, ó no acaecidos, no por esto ni por otro motivo se ha de hacer descuento de los réditos anuales estipulados, y ántes bien ha de poder ser compelido el enfitéuta á su total y puntual satisfaccion, quedando en pie la octava parte de su fábrica con arreglo á la ley 23 tit. 8 P. 5 citada, y asimismo á volver á levantarla y ponerla en el estado referido en la condicion primera; por manera que si se resistiese á esto, cayga en comiso y pierda lo que no haya perecido sin mas sentencia ni declaracion.

Para poder vender, ó enagenar por otro contrato los enfitéutas la citada casa han de obtener precisamente licencia del señor del dominio directo, ó requerirle judicial ó extrajudicialmente ante Escribano, si la quiere por el tanto, manifestándole el precio líquido y efectivo, y las condiciones con que la vendan, ó enagenen, y á quién sin ocultacion ni engaño; pero aunque se la conceda, no han de venderla, trocarla, empeñarla, donarla, ni enagenarla á iglesia, monasterio, mayorazgo, patronato, capellanía, hospital, congregacion, comunidad eclesiástica ni secular, ni á persona muy pobre, ó poderosa y privilegiada, ni á ninguna de las prohibidas por derecho, de dentro ó fuera de estos reynos, ni á otra, de que no puedan cobrarse entera y puntualmente los réditos de este censo, y cincuentenas que se causen, pena de caer en comiso y perderlo todo así el enfitéuta como el comprador. Y si el señor del dominio directo quisiere venderle, ha de avisar igualmente al del dominio útil, por si le quiere tomar por el tanto; pues ha de ser preferido como comunero á otro qualquiera, y de lo contrario ha de tenerse por nula la venta, y poder en qualquier tiempo tantearle el enfitéuta, y quitarle al comprador extraño, aunque hayan pasado no solo los nueve dias legales sino muchos años, en caso de haber faltado el requerimiento judicial, por ser pacto expreso con prohibicion de enagenar en otros términos; pero si requerido pasaren treinta dias sin haber usado del tanteo ni dicho cosa alguna, quedará por su silencio privado de este derecho y sin ninguna accion para usar de él por aquella vez, ni para pretender proroga de término, por ser perentorios los trein-

ta dias; y á la observancia de esta condicion quedan desde ahora hipotecados especialmente así el solar como la fábrica que ha de hacerse en él.

Si el señor de este censo no concediere al enfitéuta la licencia para la venta ó enagenacion dentro de treinta dias siguientes al del requerimiento, (pues renuncia los sesenta que prefine la ley 29 tit. 8 P. 5) sin mas diligencia ni monicion ha de poder venderla y enagenarla por el precio pactado á la persona con quien se haya convenido, insertándose en la escritura el testimonio del requerimiento, para que el dueño del censo no tenga despues accion á apoderarse de la casa por comiso; pero que le conceda, ó no la licencia, ha de quedar en su fuerza y vigor el derecho de tanteo, para que use de él dentro de los nueve dias legales que han de empezar á correr desde la tradicion real de la finca no renunciándolos en la licencia ó en otro instrumento.

Siempre que la referida casa se venda ó enagene, ha de pagar el enfitéuta al señor del dominio directo por razon de laudemio la quinquagésima parte de su precio que el otorgante reserva para sí, sus herederos y sucesores perpetuamente sobre ellas, sin que para girarla se deba hacer mas deduccion que la del duplo capital correspondiente á los 30 reales anuales: cuya forma y órden se han de observar en todas las ventas sin alteracion ni tergiversacion, excepto que el señor de este censo use del derecho del tanteo; pues entónces no se ha de causar laudemio ni satisfacer cincuentena, y ha de pagar al enfitéuta el precio líquido de la venta sin hacerse mas deduccion que del importe del duplo capital á tres por ciento y réditos que deba á la sazon, como si fuera comprador extraño, puesto que se consolidan ámbos dominios.

Sin licencia del señor de este censo no se ha de partir ni dividir la referida casa entre dos ni mas herederos, y aun quando la conceda, no por esto ha de estar obligado á pedir los respectivos réditos á cada partícipe, y podrá repetir por todos contra el que mejor le parezca. Ademas, sin embargo de que use algunas veces de la accion del prorateo, no ha de perder la de reconvenir á cada uno insolidum quando quiera; pues esta queda en su fuerza y vigor, y podrá usar

de ámbas á su arbitrio hasta reintegrarse de los réditos que se le deban, aunque con la obligacion de dar al reconvenido el competente lasto para que repita contra los demas partícipes por lo que satisfaga por ellos. La misma accion ha de tener para compeler á cada uno á que reconozca enteramente el censo, aunque posea poca parte de la finca.

Tampoco se ha de ceder, trocar, renunciar, donar graciosamente ni por remuneracion, adjudicar, ni dar en pago voluntaria ni necesariamente á hijo, pariente, ni extraño del enfitéuta sin dicha licencia; y caso que se haga, sea con ella, ó sin ella, mediante á que esto suele executarse con fraude y en perjuicio del señor del dominio directo por no satisfacerle la cincuentena, pretextando que solo por la venta se causa, ha de estar obligado el enfitéuta, y en su defecto el comprador, donatario, ó cesonario á pagársela, valuándose á este fin por peritos que el señor y el enfitéuta nombren; y si dentro de los treinta dias siguientes al del requerimiento judicial para su solucion no la satisfacieren, cayga la casa en comiso en los términos expuestos, y el señor pueda apoderarse de ella en pena de la contravencion, sin que sea necesaria mas diligencia, monicion, ni interpelacion, pues la cincuentena se ha de causar y pagar siempre que haya traslacion de dominio, á ménos que sea por derecho hereditario legítimo, ó voluntario, por testamento, ó abintestato.

Ningun enfitéuta ha de vincular, agregar é incorporar ni en todo ni en parte la citada casa á mayorazgo, capellanía, patronato, memoria ó aniversario, ni imponer sobre ella gravámen perpetuo, ni permitir que se la grave, ni venga á parar en manos que llaman muertas; porque ha de ser entera y perpetuamente libre, y como tal ha de poder disponer de ella qualquiera poseedor en los términos expuestos: si alguno hiciere lo contrario, cayga en comiso, segun se ha prevenido; y aunque el que entónces sea dueño de este censo, y otros posteriores á él no usen de esta accion, por ignorar, ó querer tolerar el vínculo y gravámen, esta omision no ha de perjudicar al derecho del que quiera intentarla, y en caso que este no se apodere de ella por comiso, ha de poder compeler judicialmente al poseedor á que la ponga en manos libres á su eleccion, no obstante qualesquie-

ra leyes, pragmáticas, executorias, usos y costumbres que haya contrarias, pues el referido enfitéuta las renuncia para que no le sufraguen, ni á los que le sucedan en su dominio útil.

Si algun censualista no quisiere usar de las referidas dos acciones sino conformarse con la vinculacion, se ha de valuar la citada casa, deducirse de su total valor tres cincuentenas y el duplo capital del rédito anual conforme al auto acordado del Consejo sobre los censos perpetuos de Madrid; y el importe á que ascienda todo, ha de quedar impuesto á censo redimible sobre la citada casa, y hasta que se redima, deberán pagar sus réditos á tres por ciento el censatario y los que la posean, cuyo convenio no se ha de poder rescindir jamas.

Siempre que el enfitéuta quiera reducir este censo perpetuo á redimible, lo ha de poder hacer, precedido expreso convenio del señor del dominio directo, porque no debe ser obligado á ello; y la reduccion se ha de hacer por tres cincuentenas que se baxarán del valor total que entónces tenga la casa, en esta forma: primero el duplo capital del censo á razon de tres por ciento, y del residuo las tres cincuentenas íntegras é iguales, ó un seis por ciento, apreciándose la finca por su intrínseco y efectivo valor, como si fuera á dar el dinero por ella, y no como si se hubiera de sacar á pública subasta; y del total importe á que estas unidas con el duplo capital asciendan, si el enfitéuta no la paga incontinente, ha de constituir censo redimible á tres por ciento con arreglo á la forma prescripta por las leyes de estos reynos y disposiciones pontificias; por manera que aunque la casa tenga otras cargas, ninguna de estas se ha de baxar para sacar las cincuentenas. Así quedará extinguida la naturaleza de enfitéutico con sus derechos, subsistirá como consignativo, ó reservativo al quitar hasta que el censatario quiera redimirle entregando á un tiempo y no separadamente su capital y réditos que á la sazon se deban: se consolidará el dominio útil con el directo, y no tendrán el censualista ni los que le sucedan, otro derecho mas que el de percibir la pension anual, y quando se efectúe la redencion, su nuevo capital, si bien ha de reservársele siempre la prelacion á otros acreedores del censatario por su importe, mediante á

no haberle percibido y transferírsele el dominio con esta condicion, aunque en la escritura censual no se exprese, para que no sea perjudicado en él, á cuya solucion queda hipotecada especialmente desde ahora para quando llegue el caso, la referida casa. Pero no ha de poder redimir el rédito anual solo por el duplo capital sino tambien juntamente el laudemio por las tres cincuentenas, entregando á un tiempo el importe de todo, y en otros términos no se le deberá admitir la redencion parcial, esté libre ó vinculada la casa.

El referido censo enfitéutico y sus derechos no se han de confiscar por delito que los enfitéutas cometan, aunque sea de los tres exceptuados, ni ellos han de imponer censo al quitar, ni otro gravámen, ni responsabilidad sobre él, aun quando sea por causa pia, ú otra grave, y si lo hicieren, sea nulo como hecho por parte no legítima y contra esta expresa prohibicion.

Como por el transcurso del tiempo y por varios acasos suelen perderse ó quemarse los papeles, y por no presentarse copia de esta escritura, rehusarán tal vez los enfitéutas reconocer este censo, y pagar sus pensiones anuales y laudemios que se causen por las enagenaciones, en las quales la ocultarán, y así no constará en sus títulos; para precaver este dolo, y que el dueño del dominio directo jamas le pierda, ni pierda sus derechos, es condicion y pacto expreso, que siempre que el señor de este censo acredite el dominio directo y su identidad con un solo reconocimiento hecho por qualquiera poseedor de la casa, ha de tenerse y estimarse por documento y título tan bastante como esta escritura para probar el dominio directo, y perjudicar no solo al citado Antonio López, á sus herederos y demas que tengan causa de él, sino tambien á los sucesores singulares y terceros poseedores, quienes han de poder ser obligados en su virtud á reconocerle, á pagar sus réditos anuales y laudemios, y á todo lo demas referido, como si se produxera la escritura primordial, sin que se puedan excusar á ello con dicho pretexto ni otro alguno; mas si probáre únicamente la identidad con testigos, á nada deberán ser compelidos los poseedores de la casa, y ántes bien se tendrá esta por libre del enfitéusis, porque la prueba de ella ha de ser conforme á derecho.

Todos los que sucedieren en la casa, han de tener obligacion de renovar y reconocer á su costa este censo dentro de treinta dias perentorios contados desde el en que entren á gozarla, y de dar tambien á su costa al dueño del dominio directo copia autorizada de la escritura de reconocimiento, á la qual ha de poder este compelerles por todo rigor legal; y si alguno ó algunos censualistas no usaren de este derecho, no por eso ha de ceder esta tolerancia ó no uso en perjuicio de los que quieran intentarle, pues ántes bien ha de quedar, como queda, en su fuerza y vigor para siempre. Asimismo el derecho de executar por los réditos y cincuentenas no ha de prescribir, aunque pasen veinte, treinta, quarenta, ciento y mas años, sin embargo de lo que dispone la ley 63 de Toro que expresamente renuncia el enfitéuta. Ademas para poder executar á los enfitéutas ha de bastar qualquiera escritura de reconocimiento, sin estar obligado el señor á manifestar copia de esta dacion á censo; y no obstante que aleguen no ser suficiente, han de poder ser compelidos á ello, sin que se puedan excusar con pretexto de que el reconocimiento sin la escritura original no es bastante; pues lo ha de ser, como se ha expuesto, y ni este ni otros efugios maliciosos les han de servir para eximirse de pagar, ni para otra cosa ni caso alguno, á cuyo fin renuncia igualmente el enfitéuta por sí y en nombre de todos los poseedores futuros todo quanto les sea favorable, y á ello quiere se les apremie por todo rigor: todo lo qual con los demas derechos y acciones reserva nuevamente el señor de este censo en sí y en sus sucesores para usar de ellos á su arbitrio con arreglo á esta escritura. (*En seguida pueden poner los otorgantes otras condiciones segun el fin para que el solar se dé á censo.*

Con estas calidades y condiciones formalizan ámbos otorgantes este contrato, y el referido Don Francisco da á censo enfitéutico al expresado Antonio López para sí, sus herederos y sucesores la mencionada tierra y sitio erial, segun se ha deslindado: se aparta por sí y por los suyos de la posesion y dominio útil que tiene en ella, el qual traspasa enteramente en dicho Antonio y en quien le represente, reservándose el directo para cobrar de los enfitéutas los expresados treinta reales anuales y las cincuentenas que se causen en las

expresadas enagenaciones, y usar de las demas acciones que como á señor de él le competan y á quien tenga la suya contra los enfitéutas: le confiere, y á cada enfitéuta ámplia facultad para que en su tiempo tome judicial ó extrajudicialmente la posesion de dicha tierra que le pertenece en virtud de este instrumento, y para que no necesite tomarla, me pide que le dé de él las copias autorizadas que quisiere, con las quales sin otro acto de aprehension ni aceptacion ha de ser visto haberla tomado: se obliga á que si se le pusiere pleyto ú obstáculo sobre su disfrute y posesion, saldrá á su defensa siendo requerido conforme á derecho, y le seguirá á sus expensas hasta executoriarle y dexar al enfitéuta en su libre uso, posesion y goce, y de lo que labre y aumente en ella; por manera que no pudiendo conseguirlo ó no queriendo hacerlo, se le ha de poder compeler executivamente á él y á los suyos á darle incontinente otro sitio de igual cabida por el propio precio, con las mismas condiciones y en tan buen parage, y si no le tuviere, el importe con los intereses de las costas, gastos y menoscabos que se le ocasionen, cuya liquidacion defiere en la relacion jurada del enfitéuta que á la sazon le posea, ó de quien le represente, sin que necesite de otra prueba; como tambien en qualquiera de los dos casos el de la fábrica y aumentos que tenga hechos entónces en dicha tierra segun la tasacion de dos peritos electos por ámbos y de tercero en discordia, que no han de poder reclamar ni uno ni otro con pretexto alguno, si el que la quitare en juicio, no fuere condenado á satisfacerle dichos aumentos y fábrica; pues siéndolo, ha de repetir contra él y tener accion contra el otorgante por las costas y daños con los intereses solamente, y no por otra cosa alguna. Por tanto el mencionado Antonio López que se halla presente, enterado de esta escritura dice: que recibe á censo enfitéutico el expresado sitio y tierra erial con las condiciones y pactos expuestos que da aquí por repetidos á la letra, y se obliga por sí y sus sucesores á cumplirlos puntual y exáctamente sin alteracion ni tergiversacion; y no lo haciendo, sea visto haber incurrido en las penas que comprehende. Así pues, á la observancia de este contrato se obligan los dos otorgantes por sí y sus herederos y sucesores con todos sus bienes y derechos, presentes y futuros: renuncian todas las leyes, fueros y privilegios que les favorez-

can, y así lo otorgan y firman siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa. Y se previene que de esta escritura se ha de tomar la razon en la oficina de hipotecas con arreglo á la Real pragmática expedida á este fin.

Licencia para vender una casa afecta á censo perpetuo, y carta de pago de cincuentena.

73 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Francisco de los Rios vecino de ella, á quien doy fé, conozco=dixo: que le pertenece en posesion y propiedad un censo enfitéutico de tanta cantidad anual de réditos con derechos de licencia, comiso, tanteo, ó cincuentena contra una casa sita en esta villa en tal calle que posee Antonio López, quien ha determinado venderla, y para poderlo hacer ha pedido al otorgante que si no la quiere por tal precio que le dan por ella, le conceda la correspondiente licencia, puesto que está pronto á entregarle el importe de la cincuentena que por la venta se ha de causar; y el otorgante teniendo por mas útil y conveniente concedérsele que comprar dicha casa, ha condescendido con su pretension, y para que tenga efecto, en la forma que mas haya lugar en derecho, inteligenciado del que le compete=Otorga y concede ámplia licencia que no ha de poder reclamar ni revocar en ninguna manera, al expresado Antonio López para que venda en el precio que estipuláre, á persona lega, llana y abonada, y no á otra, ni á comunidad eclesiástica ó secular, vínculo, patronato, memoria, capellanía, ni aniversario la citada casa: en cuya atencion por esta vez renuncia á favor del comprador el derecho de tanteo y prelacion que las leyes final tit. 8 Part. 5 y 13 tit. 11 lib. 5 de la Recopilacion le conceden, mediante á recibir en este acto del dicho Antonio López tantos reales importe de la dicha cincuentena, en tales monedas que sumadas y contadas los importaron, de cuya entrega y recibo doy fé, por haber sido á presencia mia y de los testigos infrascriptos, y como satisfecho efectivamente de ellos, formaliza á su favor la mas firme carta de pago que conduzca á su seguridad, declarando que la citada cantidad ha sido el precio justo de la expresada cincuentena en que se ajustó y transigió; y en el caso que importe mas, hace del

exceso, qualquiera que sea, gracia y donacion perfecta é irrevocable. Por tanto al cumplimiento de todo obliga todos sus bienes, &c. (*Si la cincuentena se paga toda al señor del censo, no es menester que en la licencia y carta de pago se ponga la cláusula de declaracion del precio justo y donacion del exceso, ni que se exprese que se ajustó y transigió, porque no viene al caso; y así será licencia con carta de pago regular de lo que importe, y se dirá entónces el efectivo precio en que se vende la finca.*)

Licencia para vender finca enfitéutica reservándose el señor del dominio directo el derecho de tanteo.

74 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Antonio López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco=dixo: que le pertenece un censo enfitéutico de un ducado y una gallina de renta anual con derechos de licencia, comiso, tanteo ó cincuentena sobre una casa que posee en tal calle Joseph Garcia, quien por hallarse con varias urgencias ha determinado venderla; y para poderlo hacer sin incurrir en la pena de comiso le ha pedido la licencia competente, ofreciendo pagarle la cincuentena que se cause por la venta, luego que esté celebrada, caso que no la quiera por el tanto, á lo qual ha condescendido el otorgante, y poniéndolo en execucion=Otorga: que da ámplia licencia al mencionado Joseph Garcia dueño del dominio útil de dicha casa para que la venda á quien quisiere sin incurrir en pena alguna, con tal que no sea á comunidad eclesiástica, ni secular, vínculo, patronato, memoria, ni á persona de las exceptuadas y prohibidas por derecho; y que en el preciso término de segundo dia contado desde el del otorgamiento de la escritura le haga saber quién la ha comprado, en qué precio, con qué condiciones, y quánto importa la cincuentena, para que el otorgante la perciba, ó use del derecho de tanteo, segun le convenga: por manera que faltando estos requisitos ó qualquiera de ellos, ó no entregándole la cincuentena en el término prefinido, en caso que no resuelva tomarla por el tanto, ha de ser nula la venta, y ha de tener facultad el otorgante para apoderarse de la finca por comiso en pena de la contravencion del enfitéuta,

sin quedarle accion ni recurso á este ni al comprador para repetir su costo y valor del otorgante. Así pues, á tener por firme esta licencia en los términos propuestos obliga todos sus bienes, &c.

Censo consignativo.

75 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Antonio López vecino de ella, á quien, doy fe, conozco = dixo: que por hallarse con algunas urgencias, y haber llegado á su noticia que D. Francisco de los Rios de la propia vecindad tiene dinero para imponer á censo, solicitó que le diese quatro mil ducados á censo redimible con réditos de tres por ciento al año sobre una casa que posee en esta villa en tal calle, y efectivamente condescendió á su pretension, con tal que formalizase á favor suyo la correspondiente escritura censual, y poniéndolo en execucion, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga: que por sí, y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien hubiere de ellos título ó causa en qualquier manera, vende y carga á favor del citado D. Francisco, y de los suyos un mil trescientos y veinte reales de renta anual que empieza á correr y contarse desde hoy, y cumplirá en otro tal dia del año próximo venidero, por precio y quantía de quatro mil ducados que hacen quarenta y quatro mil reales de la misma especie, y que recibe en este acto del expresado D. Francisco de los Rios en monedas de, &c. (*se expresarán las que sean*) que sumadas y suplidas sus faltas los importaron, de cuya entrega y recibo doy fe, por haber sido á presencia mia y de los testigos infrascriptos, y como entregado efectivamente de ellos formaliza á favor del referido D. Francisco el resguardo mas eficaz que á su seguridad conduzca; y en su conseqüencia se obliga por sí y sus herederos, sucesores y poseedores que fueren de la expresada casa, á pagar puntualmente en cada un año al dicho D. Francisco y á quien tenga su derecho, los expresados mil trescientos y veinte reales de réditos en dos plazos por mitad de seis en seis meses, habiendo de ser el primero el dia tantos de tal mes de este año, y el segundo otro tal dia y mes como el presente del próximo futuro, y así sucesivamente las demas pagas hasta que

se redima este censo, haciéndolas siempre en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no en otra cosa ni especie, y poniendo por su cuenta y riesgo los réditos de cada una en casa y poder del mencionado Don Francisco, ó de quien deba percibirlos en esta villa, pena de execucion, costas y salarios de su cobranza: por manera que no cumpliéndolo así ha de poder la parte legítima para su percibo enviar para su cobranza executor desde esta villa al lugar en que el otorgante y sus sucesores tengan bienes, con setecientos quarenta y ocho maravedís de salario al dia de los que se ocupe en ella, contando por los del camino en ida y vuelta á razon de ocho leguas; como asimismo hacer á costa del censatario los autos y diligencias conducentes á su efectivo cobro en cumplimiento de esta escritura, y por lo que importaren los salarios, y costas procesales y personales, cuya liquidacion defiere en el juramento del censualista relevándole de otra prueba, la misma execucion, trance, remate de bienes y pago que por la deuda principal, no habiendo de poder pretender el censatario tasa ni moderacion de ellos, sobre lo qual renuncia por sí, sus herederos y sucesores la ley 31 tit. 21 lib. 4 Recop. que prohibe enviar executores, y las pragmáticas, y estilos de audiencias y tribunales que moderan los salarios, á fin de que en ningun tiempo les sufraguen. Para la mayor seguridad de este censo y de sus réditos, salarios y costas de su cobranza le impone generalmente sobre todos sus bienes y derechos, presentes y futuros; y sin que esta obligacion general derogue ni perjudique á la especial, ni por el contrario, pues ha de poder usar de ámbas á su eleccion el censualista, le impone asimismo sobre la enunciada casa sita en tal calle que le pertenece en posesion y propiedad, está tasada en tantos mil reales, tiene tantos pies de fachada, &c. (*se pondrán los pies de fábrica, linderos y demas señales que tenga la hipoteca, relacion de sus títulos, si se quisiere, y si tiene cargas, se han de expresar todas añadiendo que no tiene mas*) por cuyos títulos le toca; y declara, y siendo necesario jura en forma legal que no tiene ninguna especie de gravámen. Así pues, respecto á la seguridad y cobranza de los réditos de este censo, salarios y costas que en esta se causen, renuncia por sí, y por sus herederos y poseedores sucesivos la posesion que tiene y puede tener en ella, la qual

con todas las acciones que le competen, traspasa en dicho D. Francisco y los suyos, para que de su propia autoridad ó judicialmente tomen cómo y quándo quisieren, la que por derecho les corresponde en virtud de esta escritura: perciban y cobren de la hipoteca de este censo los réditos que se les deban, y dispongan de él como de cosa propia; y para que no necesiten tomarla, me pide que de este instrumento le dé copia autorizada, con la qual sin mas aceptacion ni acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado. Por tanto, se obliga y los obliga á satisfacer los réditos de este censo á los plazos estipulados sin descuento, excusa, ni dilacion, y á que si se moviere pleyto contra la finca sobre que se ha impuesto, ó pareciere algun gravámen, (*si la finca tuviere algunos, se añadirá la expresion*, mas que los referidos) luego que el otorgante y sus poseedores se cercioren de él y sean requeridos conforme á derecho, saldrán á su defensa y le seguirán á sus expensas en todas instancias hasta executoriarle, y dexar al censualista en quieta y pacífica posesion de su censo, segura cobranza de sus réditos, y su hipoteca enteramente saneada; y no haciéndolo ó no pudiendo sanearla le restituirán en una sola partida su capital y réditos que á la sazon se le deban, con arreglo á la ley 2 tit. 15 lib. 5 de la Recopilacion, con mas las costas y menoscabos que se le ocasionen deferido su importe en la relacion jurada de quien sea parte legítima, sin que necesite de otro documento justificativo: á todo lo qual se ha de apremiar executivamente al censatario solo en virtud de este instrumento y testimonio que acredite el gravámen, á que la hipoteca esté afecta, aunque sea dado sin auto de Juez ni citacion de parte; como tambien al cumplimiento de las condiciones con que impone sobre ella este censo que son las siguientes.

La redencion de este censo se ha de hacer en una sola paga, y han de entregarse precisamente al censualista en una partida los quatro mil ducados de su capital y todos los réditos que se le esten debiendo, y no lo uno sin lo otro, no obstante qualesquiera leyes, decretos, provisiones Reales y estilos que haya en contrario. Ademas el censatario ha de poner el capital y réditos á su costa, por su cuenta y riesgo,

y en buena moneda de plata ú oro usual y corriente en casa del señor de este censo ó apoderado que tenga en esta villa, á quien ha de citar judicial ó extrajudicialmente ante Escribano dos meses ántes que se efectue la redencion, para que proporcione en ellos nuevo empleo, habiendo de correr entre tanto los réditos; y si despues de haberle citado se excusare á redimir, ya sea porque no tenga dinero para ello, ya porque alguno se le hubiese ofrecido con calidad de subrogacion ó en otros términos, y luego no se le dé, ha de poder compelerle sin embargo de la qualidad de la oferta á cumplirla dentro de un año siguiente al dia en que le citare, y tener facultad, como por esta escritura se le da, para hacer que se subaste la hipoteca afecta á su responsabilidad, y se lleve á efecto la redencion ofrecida con total entrega del capital y réditos que se le deban, inclusos los de los dos meses de aviso, y de las costas y daños que se le originen; y no usando de esta accion, ó no depositándolos el censatario en dicho término, han de correr y continuar los réditos, y ser visto no haberle citado; pero si pasados los dos meses no quisiere el censualista recibir el capital y réditos por no haber proporcionado el nuevo empleo, ó por otro motivo, cumplirá el censatario con depositarlos enteramente en la depositaría, ó persona que elija el Señor Juez que deba conocer de esta causa conforme á derecho, con cuyo acto y no de otra suerte quedará redimido este censo, servirá de redencion el testimonio del depósito, será de cuenta del censualista y no del censatario el riesgo que hubiese en el dinero, no correrán mas réditos desde el dia en que se cumplan los dos meses de aviso, y podrá ser obligado el censualista á dar á sus expensas al censatario la correspondiente carta de pago y redencion en toda forma, á pagarle los gastos que por ser moroso en acudir al percibo del dinero, se le hayan causado en hacer el depósito, deferidos en su relacion jurada, á darle la copia original de esta escritura cancelada para que en ningun tiempo obre el menor efecto contra él, y otorgar á su costa la de subrogacion, caso que por él le entregue un tercero el capital y réditos con esta calidad, sin que pueda excusarse á ello con ningun pretexto, y habiendo de ser nulo lo que se practi-

care en contravencion de esta condicion. (*Pactándose que la redencion pueda hacerse en dos pagas, se dirá*: "que en cada una se ha de entregar la mitad del capital del censo con los réditos que se deban entónces: que para ámbas se ha de hacer la citacion dos meses ántes: que hecha la primera se han de pagar despues los réditos correspondientes á la mitad del capital; y que no se ha de entregar al censatario la escritura primordial hasta que redima enteramente el censo, sino otorgase la de redencion parcial y ponerse de ella la competente nota en la escritura y en su protocolo, para que conste, y no se le puedan pedir réditos de lo redimido." *Si se pacta que pueda hacerse en mas pagas, se pondrá igual cláusula; la qual tendrá presente el Escribano para no cometer absurdos. Si el dinero se da para reedificar la finca ó repararla, se añadirá la cláusula siguiente*; "Que el otorgante ha de emplear precisamente en la construccion y perfecta conclusion (*ó reparacion*) de la casa sita en dicha calle de &c. y no en otro destino, los tantos mil reales que ha recibido á censo, puesto que se los ha entregado el censualista para este efecto y no otro, á fin de gozar del privilegio de prelacion que como á acreedor refeccionario le compete en ella; y no lo haciendo le ha de poder apremiar á la redencion de este censo, porque en otros términos no le entregaria su capital; pero no ha de tener obligacion el censualista de probar su inversion en la propia casa, por cuya razon, ni porque no emplee el dinero en su reedificacion, no ha de dexar de gozar del privilegio de refeccionario." *Asimismo se relacionará en el ingreso de la escritura que el dinero se le da para este efecto y no otro alguno.*)

Sin embargo de lo que previene la bula piana en su parágrafo quinto, miéntras no se efectúe la redencion de este censo, no se ha de partir, dividir, ni enagenar en manera alguna sino con la carga de él la finca sobre que queda impuesto, y haciéndose lo contrario, ha de ser nulo, no ha de pasar ningun derecho á tercero poseedor, ni ha de ceder en detrimento del señor de este censo como hecho contra pacto absoluto de no enagenar; y si se partiere ó dividiere, ha de poder el censualista executar á qualquiera de sus poseedores por el todo, y cumplir con darle lasto, para que repita contra los coherederos y partícipes por lo que

pague por ellos y costas que se le ocasionen. Ademas á la observancia de esta condicion obliga especialmente el otorgante la referida hipoteca.

Si pareciere en algun tiempo que la expresada casa tiene alguna carga real, perpetua ó temporal, (*si tuviere algunas, añadirá el Escribano*, mas que las que quedan declaradas) ha de poder el censualista compeler executivamente al censatario á la redencion de este censo, y á la entera solucion de su capital y réditos con el duplo en pena del engaño que cometió en su ocultacion, segun lo previene la citada ley 2 tit. 15 lib. 5 de la Recop. y las costas de su cobranza, habiendo de hacerse la execucion en virtud de este instrumento y del testimonio por donde conste el gravámen, aunque se dé sin auto de Juez ni citacion de parte, y sin que sea necesario mas conocimiento de causa; pero la pena del duplo se ha de entender solamente con dicho censatario, y no ha de ampliarse á los demas, sino es que sean sus herederos, ó poseedores que le representen, de la mencionada casa.

Si hubiere ocurrencia ó concurso de acreedores á los bienes del censatario que posea la expresada hipoteca, aunque se conforme en que se entreguen al señor de este censo su capital y réditos en bienes raices, muebles preciosos, semovientes, ú otros de qualquier calidad que sean, no por esto ni con otro motivo ha de ser compelido á recibir su importe, ni parte de él ni de sus réditos en otra especie que dinero efectivo de plata ú oro, segun le ha entregado y se ha prevenido; sobre lo qual el otorgante renuncia por sí y en nombre de los censatarios sus señores la ley tercera, título décimo quarto de la Partida quinta y demas disposiciones legales que le favorezcan.

Los poseedores de la hipoteca de este censo la han de tener bien reparada de todo lo necesario, de modo que vaya siempre en aumento, y aunque suceda en ella incendio, ruina, ú otro caso fortuito, no por esta ni por otra causa se ha de hacer descuento, ni deduccion del principal y réditos de este censo, y ántes bien ha de poder ser apremiado el censatario á ponerla en el estado actual, sin embargo de qualquiera ley, pragmática, uso y costumbre que haya en contrario, pues todo lo renuncia el otorgante, para que ni á él ni á los censatarios sucesivos le sufrague.

Aunque segun Reales disposiciones se requiera que los autos de execucion y venta de bienes, y otras diligencias que se ofrezcan sobre la cobranza de los réditos de este censo, y sobre el cumplimiento de sus condiciones, se notifiquen en persona al poseedor de su hipoteca, para que le perjudiquen; ha de bastar no obstante que en caso de no hallarse el censatario ó su apoderado en esta villa se practiquen con la que por qualquier título perciba sus alquileres, aun quando carezca de poder del censatario, ó sea limitado para cobrar, ó tenga la casa en posesion prendaria; y en su defecto con sus inquilinos y qualquiera de ellos, con los quales quiere el otorgante se substancien dichos autos y diligencias hasta conseguir executoria de la sentencia difinitiva y el total pago de los réditos censuales, salarios y costas de su cobranza, habiendo de perjudicar al otorgante y demas poseedores de la referida casa, como si se substanciaran y determinaran con sus propias personas, á cuyo fin para evitar gastos y dilaciones en enviar requisitorias al lugar de su domicilio ó residencia, y el que por falta de legitimidad é identidad de persona sean nulos é ilusorios, confiere el otorgante á los expresados inquilinos y cobradores, y á cada uno de ellos insolidum el poder mas ámplio é irrevocable que necesiten, y con facultad de substituirle para comparecer en juicio por el censatario, sobre lo qual renuncia la ley 13 tit. 5 Part. 3 y demas que disponen que el apoderado sea nombrado en dicha forma.

Los poseedores de la mencionada hipoteca han de renovar la obligacion real y reconocer á su costa este censo por entero, aunque posean poca parte de ella, á lo qual, y á la total satisfaccion de sus réditos, y de las costas, salarios y daños que por resistencia ó morosidad se ocasionen al censualista, les ha de poder compeler este por todo rigor de derecho cada diez años lo mas, ó ántes si hubiese en ella nuevos censatarios; y otorgadas ó no las escrituras de reconocimiento, pues esto ha de ser mas por voluntad del dueño y señor de este censo que por necesidad, ha de poder tambien proceder executivamente contra ellos y cada uno por el todo en virtud de esta escritura ó de su traslado autorizado, aunque para sacarle no proceda auto de Juez ni citacion de los censatarios, sin que por ningun motivo ha-

ya de prescribir la accion executiva que compete en virtud de este instrumento, aun quando no se intente en diez, veinte, treinta, quarenta, ciento y mas años, no obstante la disposicion de la la ley 63 de Toro y demas que tratan de las prescripciones de las acciones executivas, ordinarias é hipotecarias, y deudas por obligacion personal y real: de manera que ha de ser visto que dentro de cada diez años y ántes que cumplan, se innova el contrato y obligacion de pagar los réditos, como si entónces se otorgara, para que empiece á correr el término de nuevo, y se puedan pedir en qualquier tiempo todos los atrasados; pues el otorgante por sí y en nombre de los poseedores que fuesen de la citada casa, renuncia dichas leyes en todas sus partes, para que jamas le favorezcan, y se obliga á no alegar prescripcion por lapso de tiempo, ni otro remedio legal, á fin de que siempre puedan ser apremiados á la solucion de todos los réditos que se deban, costas y gastos que se causen en su exâccion, y de que se lleven á debido efecto esta escritura y sus condiciones sin alteracion ni tergiversacion; mas por dicho reconocimiento se ha de entender quedan obligados con obligacion real como tales poseedores, no con la personal, y por lo mismo solo se ha de poder dirigir la accion executiva contra la finca hipotecada, y no contra los demas bienes de su poseedor, si es tercero, á ménos que en el reconocimiento se haya obligado de ámbos modos expresamente.

Sin perjuicio de la via executiva, y sin alterarla ni innovarla, el otorgante por sí y en nombre de los poseedores de la referida casa da poder ámplio é irrevocable al dueño de este censo, y á quien su derecho ó causa hubiere, para que de propia autoridad perciba y cobre de su hipoteca sus alquileres y aprovechamientos, y de sus tenedores y poseedores, y de cada uno insolidum á los plazos estipulados los réditos anuales con las costas y gastos que se causen en su cobranza, y para que dé de ellos los recibos, cartas de pago y demas resguardos, y practique sobre aquella hasta que la consiga, todas las diligencias judiciales y extrajudiciales conducentes, á cuyo fin le hace una absoluta cesion de todas sus acciones; y para usar de este poder ha de servir de documento legítimo y justificativo un testimonio de esta cláu-

sula signado de Escribano, aunque sea dado sin auto de Juez ni citacion de parte. Ademas, corriendo la casa á cargo de inquilinos, administradores y mayordomos, ha de ser suficiente recado para el íntegro abono de lo que pagaren, recibo simple del poseedor de este censo, ó de quien tenga su poder, sin que se le pueda compeler á dar carta de pago ó resguardo con mas solemnidad, aunque sea con pretexto de primera paga, ó de nuevo censualista ó apoderado suyo, excepto que el censatario ó administrador de la casa quiera satisfacer los derechos que cueste el dárselo autorizado, en cuyo caso se les deberá dar con lo que le pidan, y abonar en cuenta de lo que deban, las cantidades que entregaren en la forma expuesta.

El poseedor de la hipoteca no ha de tener obligacion de guardar, presentar, ni mostrar recibos de los réditos de este censo de mas tiempo que de los tres años anteriores á el en que se pidieren, ya sean tres separados, ya uno que comprehenda los tres años ó pagas, y por no manifestar los de los precedentes, ni con mas solemnidad que la prefinida en la condicion anterior, no se le han de poder pedir en juicio ni fuera de él, ni ha de incurrir en pena alguna; y si los censualistas lo intentaren, sean condenados en costas, como quien pretende lo que por ningun título le toca.

Con estas calidades y condiciones, y con las demas regulares de los censos al quitar que el otorgante da aquí por insertas, impone este, y á su cumplimiento obliga su persona y todos sus bienes y derechos, presentes y futuros, y los de los censatarios que le hereden y sucedan en dicha hipoteca, renunciando todas las leyes y privilegios que le favorezcan: en cuyo testimonio y con la prevencion de que el censualista ha de acudir á que se tome razon de esta escritura en la contaduría general de hipotecas de esta villa dentro de los seis dias siguientes al de la fecha de este contrato, pena de nulidad de él y demas que imponen la ley, auto acordado y última pragmática de S. M. así lo otorga y firma siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

Censo reservativo al quitar.

176 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Francisco de los Rios vecino de ella, á quien, doy fe, conozco = dixo: que le pertenece en posesion y propiedad una casa sita en esta villa en tal calle, la qual ha determinado vender á Antonio Fernández de la propia vecindad por treinta mil reales en que la han tasado arquitectos que de conformidad eligieron á este fin, siempre que constituya de ellos censo reservativo redimible y se obligue á pagarle anualmente los réditos correspondientes á tres por ciento, interin no se redima su capital, en lo qual ha convenido el expresado Antonio; y para que tenga efecto su convenio, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga: que por sí y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien hubiere de ellos título ó causa en qualquier manera, vende y da á censo reservativo al quitar al mencionado Antonio Fernández y á los suyos una casa sita en tal calle (*se pondrán sus linderos, medida, fábrica y demas señales, se especificarán las cargas que tenga, y luego proseguirá la escritura*) por cuyos títulos le toca en posesion y propiedad, y se la vende con toda su fábrica, sitio, centro, buelo, entradas, salidas, usos, costumbres, regalías y servidumbres que tiene y le corresponden de hecho y de derecho, por libre de toda especie de gravámen, (*si tuviere cargas, se hará mencion individual de todas, y añadirá*, y por libre de otras) y por precio de los dichos treinta mil reales, cuya cantidad mediante á no parecer de presente ni haberla satisfecho el comprador al otorgante ántes de ahora, queda reservada sobre la citada casa, (*si el comprador hipotecáre bienes suyos á la seguridad del censo, ha de añadirse la expresion*, y demas bienes que abaxo se expresarán) con obligacion de pagar al otorgante y á sus sucesores novecientos reales de la misma especie de réditos anuales á tres por ciento, miéntras no satisfaga los treinta mil, de que ha de constituir censo reservativo redimible con arreglo á la condicion que tratará de ello: á cuya conseqüencia declara que los

expresados treinta mil reales son el justo precio de la referida casa, &c. (*continuará como la escritura de venta llana extendida en el cap. 9 hasta la cláusula de eviccion, en la qual despues de decir*: que en caso de no poderla sanear, le volverá su importe con el de las mejoras, &c. *ha de añadir esta*: Si estuviere pagado y por consiguiente redimido el censo que en la aceptacion de esta escritura ha de constituir de él; *pues si no está redimido, nada mas tiene que volverle que las mejoras, daños y costas; y concluida la cláusula de eviccion se pondrá la aceptacion ántes de la obligacion en esta forma.*) Por tanto el referido Antonio Fernández que se halla presente, enterado de esta escritura y aceptando en todo la venta anterior, otorga que por sí, y en nombre de sus hijos, herederos y sucesores vende y funda á favor del mencionado Don Francisco de los Rios y de los suyos novecientos reales de renta, censo y tributo anual que han de empezar á correr desde este dia, y cumplir en otro tal del mismo mes y año que vendrá de tantos, por precio de los expresados treinta mil reales que segun la valuacion hecha por los peritos vale la dicha casa que dicho Don Francisco le acaba de vender y recibe á censo reservativo al quitar, con todos los títulos de su pertenencia: en cuya atencion declara que la citada casa no vale ménos de los treinta mil reales, y en caso que no valga tanto, de lo que sea en mucha ó poca suma, hace á favor del Don Francisco y de quien tenga su accion, igual gracia y donacion que la que este dexa hecha al suyo del mayor valor, á cuyo fin renuncia la misma ley 1 recopilada, y los quatro años que prescribe para rescindir el contrato, ó pedir el suplemento á su justo valor; y se obliga por sí y los poseedores que fueren de la expresada casa á satisfacer en cada año al referido Don Francisco y á los suyos, y poner en su casa y poder puntualmente sin pleyto alguno los réditos de este censo hasta que se redima; por manera que no lo cumpliendo ásí, ha de poder la parte legítima para su percibo enviar á su cobranza executor desde esta villa al lugar en que el otorgante y sus sucesores tengan bienes, con setecientos quarenta y ocho maravedís de salario al dia de los que emplee en ella, contando por los del camino á razon de ocho leguas; y hacer á costa del censatario todas las di-

ligencias conducentes al cumplimiento de esta escritura; y por lo que importaren los salarios, y costas procesales y personales, cuya liquidacion defiere en su juramento relevándole de otra prueba, la misma execucion, trance, remate de bienes y pago que por la deuda principal, de los quales no se ha de poder pedir tasa ni moderacion, á cuyo fin el otorgante renuncia por sí y sus sucesores la ley 31 tit. 21 lib. 4 Recop. que prohibe enviar executores, y las pragmáticas y estilos de audiencias y tribunales que moderan los salarios, para que en ningun tiempo les sufraguen. Para la mayor seguridad de este censo, sus réditos, salarios y costas de su cobranza le funda generalmente sobre todos sus bienes y derechos, presentes y futuros; y sin que la obligacion general derogue ni perjudique á la especial, ni por el contrario, pues ha de poder usar de ámbas á su eleccion el censualista, le impone sobre la enunciada casa sita en tal calle que este acaba de venderle, apartándose por sí y los que la posean en lo sucesivo, de la posesion que tiene y pueden tener en ella, la qual con todas las acciones, &c. (*Si gravare otra ó mas hipotecas suyas á la responsabilidad del censo, se individualizarán sus linderos, fábrica, sitio y demas señales por donde puedan ser conocidas, y las cargas á que esten afectas, y proseguirá la escritura como la del censo consignativo hablando de muchas hipotecas.*)

77 Las condiciones del censo reservativo al quitar han de ser las mismas que las del consignativo, á diferencia de que si el censatario no hipoteca á su seguridad mas fincas que la dada á censo, se ha de omitir la tercera que empieza: *Si en algun tiempo pareciere*; y si las hipoteca, se ha de poner y hablar de ellas solamente por la razon que se echa de ver en la misma condicion. En la quarta despues de finalizada se añadirá la cláusula extendida al fin del núm. 52 para que el censualista no pierda su dinero y finca acomodándola el Escribano de suerte que no cometa pleonasmos, solecismos ni barbarismos, ni haya variacion en la substancia. En la obligacion general y renuncia han de hablar ámbos otorgantes, como que han de firmar la escritura, y cada uno queda obligado respectivamente al contrato que celebra, y se le ha de dar copia de ella, y prevenir se tome la razon en la oficina de hipotecas. Otro modo hay de ordenar

la escritura de censo reservativo redimible, mas por ser causa de muchas dudas y pleytos le omito.

Escritura de dacion de una finca á censo por ciertas vidas.

78 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Francisco de los Rios vecino de ella = dixo: que le pertenece en posesion y propiedad una casa sita en tal calle (*se pondrá puntual relacion de su fábrica, fondo, medida, linderos y viviendas*) y una tierra de tantas fanegas de sembradura en tal parage del término de esta villa; y por estar bastante deteriorada aquella y esta inculta, pidió al otorgante Antonio López de la propia vecindad que se las diese á censo de por vida, puesto que se hallaba pronto á cuidarlas, beneficiarlas y pagarle tantos reales de renta anual; á lo qual ha condescendido, y poniéndolo en execucion, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorga: que da en renta y á censo de por vida á Antonio López vecino de esta villa las enunciada casa y tierra, segun quedan deslindadas y declaradas, por todos los de su vida, y por los de la persona que elija en su testamento ó fuera de él, habiendo de empezar á contarse desde hoy, con las condiciones siguientes.

El citado Antonio López y quien le suceda han de satisfacer anualmente al otorgante y sus herederos tantos reales que corresponden á razon de veinte mil el millar con arreglo á la ley penúltima del tit. 15 libro 5 Recop. atendido el valor de dichas fincas en venta que es de tantos mil reales, en que las han valuado segun estan, peritos electos de conformidad de ámbos interesados; y han de ponerlos á sus expensas por su cuenta y riesgo en casa y poder del otorgante, ó de quien le represente, en buena moneda de plata ú oro usual y corriente en estos reynos al tiempo de las pagas, de las quales la primera ha de ser para tal dia de tal mes y año próximo venidero, y así sucesivamente los demas hasta la extincion de las dos vidas; por manera que no haciéndolo con toda puntualidad se les ha de poder compeler executivamente á su sulucion, y la de los salarios y costas que se causen en su cobranza, por los que se ha de hacer la misma execucion, trance, remate de bienes y pago que por el prin-

cipal, deferida su liquidacion en la relacion jurada de quien sea parte legítima para su percibo, sin que necesite de otra prueba.

Si en tres años continuos no pagaren la renta de dicha casa y tierra á los plazos prefinidos, han de caer estas en comiso con todo lo fabricado y mejorado en ellas; y por el mismo hecho han de poder el otorgante y sus sucesores apoderarse de la casa y tierra sin necesidad de citacion, requerimiento, ni otra diligencia judicial ni extrajudicial, y sin que el no uso de esta accion les pueda perjudicar para intentarla despues, siempre que no se haga dicho pago; pero si el dueño se las quitare, no ha de poder apremiarles á la solucion de la renta.

Por ningun caso fortuito acaecido en dichas fincas, aunque sea de los inopinados, insólitos y muy contingentes, han de pedir los censatarios, ni se ha de hacer descuento, remision ni moderacion de la renta estipulada, y ántes bien se les ha de poder apremiar no solo á su total satisfaccion sino tambien á ponerlas á su costa en el estado actual; pues se les da á censo á todo riesgo y peligro, por haberse tenido en consideracion lo que deben producir, y puede gastarse en su beneficio y reparos, y los eventos funestos que pueden suceder, computándolo todo y compensándolo con la corta contribucion anual que han de dar, para que de esta suerte no haya ninguna lesion.

Han de reparar y labrar á su costa quanto sea necesario la mencionada casa y tierra, de suerte que vayan siempre en aumento: y si por malicia ó negligencia no lo hicieren, lo ha de poder hacer el otorgante y quien le suceda, supliendo los gastos que se ofrezcan, y por lo que importen estos apremiarles executivamente á su paga con solo el juramento de quien sea parte legítima para su percibo, y recibo simple del maestro ó persona que haga los reparos, y labores útiles, ó necesarias que se ofrezcan en ellas; sin que sea menester presentar otro documento ni justificacion, aunque se le pida, pues queda relevado de ello.

No han de poder ceder ni traspasar la citada casa y tierra á comunidad eclesiástica ni secular, á vínculo, memoria, patronato, capellanía, ni á ninguna persona de las prohibidas por derecho; y no siéndolo, han de requerir precisamente por

ante Escribano al otorgante, ó á quien le suceda, si las quieren por el tanto, (caso que intervenga algun precio por el derecho y utilidad de su disfrute) para que dentro de los quince dias siguientes al del requerimiento elijan dexarlas ó tomarlas; y si no eligieren, pasados que sean, puedan transferir su posesion y goce por su cuenta y riesgo, y no de su dueño propietario, á qualquiera persona, lega, llana y abonada, y no á otra por el resto de las vidas de dicho Antonio, y del que elija, y no de otro alguno á quien este lo enagene: despues de las quales de ninguna suerte han de continuar en su goce el referido Antonio López ni la persona que nombre y le suceda, y ántes bien han de ser habidos por intrusos, compelidos á desocuparlas enteramente, y condenados á la solucion de la renta anual que segun el valor que entónces tengan y costumbre de esta villa, atendidas su qualidad, sitio y demas circunstancias que en semejantes casos se requieren para la valuacion de la renta de fincas de esta naturaleza, hayan debido producir en los años anteriores que las poseyeron desde la extincion de las dos vidas, y á la de las costas y daños que se originen, y penas impuestas por derecho á los intrusos.

Los poseedores que fueren de la referida casa y tierra, han de formalizar precisamente á su costa cada uno en su tiempo á lo ménos de nueve en nueve años ó ántes escritura de renovacion de esta, sin que para ello sea necesario requerimiento, ni interpelacion judicial ni extrajudicial; y no haciéndolo ha de ser visto por el mismo hecho haberse finalizado este censo y cumplido ámbas vidas, como si efectiva y naturalmente hubieran espirado el mencionado Antonio y la persona que elija, ó en quien transfiera la posesion: á cuya conseqüencia el otorgante, ó quien le suceda podrá apoderarse de ellas de propia autoridad como dueño propietario; y si no lo hiciere, ni se otorgare la escritura de renovacion, no por esto ha de quedar perjudicado en este derecho, ni el censatario, por ser mero detentor, ha de adquirir alguno á la propiedad de dichas fincas que pertenecen al censualista, y así por ningun transcurso de tiempo ha de prescribir, ni tampoco ha de tenerle el censatario á que se le proroguen las dos vidas ni á otra cosa.

Acabadas las dos vidas ha de volver la citada casa y

tierra al otorgante, ó á quien le suceda como á sus dueños propietarios con todas las mejoras útiles, precisas y voluntarias que esten hechas en ellas, sin que por lo que importen en mucha ó poca suma, se deba pagar al censatario ni á sus herederos cosa alguna; pues desde ahora para siempre se las dona y ceden en beneficio suyo; y si se resistieren á su restitucion, incurran en la pena del doblo con arreglo á la ley 8 tit. 8 Partid. 5, y aunque se pague la pena, llévense á debido efecto esta condicion y demas de esta escritura en todas sus partes.

Si por descuido ó voluntad no nombra sucesor el referido Antonio, ó no transfiere la posesion, para que no falte en estos casos, sin perjuicio del derecho que tiene de elegir miéntras viva á quien quisiere no siendo de los prohibidos, pasen la casa y tierra mencionadas en los mismos términos y con las propias condiciones, no de otra suerte, á Francisco López su hijo mayor, á quien y al que en su defecto nombre su padre, se prohibe elegir otro sucesor y enagenar la casa sino en la forma expuesta en la quinta condicion; y si lo hiciere, á mas de ser nula é ineficaz la eleccion y enagenacion, quedará por el mismo hecho privado de la sucesion, y se tendrán por acabadas ámbas vidas, como si verdaderamente lo estuvieran, por lo que tampoco se ha de poder partir ni dividir el derecho de suceder, ni la utilidad que produzca el disfrute de dichas fincas: en cuya atencion si el expresado Francisco falleciere ántes que su padre, y este asimismo sin haber nombrado otro, suceda en este censo, ó arrendamiento vitalicio su heredero, y siendo dos ó mas, el varon mayor en edad, y á falta de varon la hembra, y por su muerte se entenderán cumplidas ámbas vidas, y volverán las enunciadas casa y tierra al otorgante, ó á quien le represente como á dueño de ellas. Finalmente si el mencionado Antonio falleciere intestado sin descendientes y sin haber nombrado sucesor, han de entenderse acabadas las dos vidas y este contrato, y volver la casa y tierra al otorgante como á su dueño.

Con estas condiciones da á censo de por vida al referido Antonio la expresada casa y tierra, y se obliga á que no concurriendo alguno de los motivos expuestos, no se las quitará á él ni á su sucesor por mas ni por el tanto que otro le dé

anualmente por ellas, y ántes bien los conservará y amparará en su íntegro goce y tranquila posesion, siguiendo á su costa qualquier pleyto que se les mueva sobre esta, luego que sea requerido conforme á derecho; y no haciéndolo ó no pudiendo conseguirlo les satisfará las costas y daños que se les ocasionen, con sus intereses, deferida su liquidacion en la relacion jurada de quien sea parte legítima para percibirlos, sin que se necesite otra prueba. Por tanto, el enunciado Antonio López que se halla presente, enterado de esta escritura que oyó toda á la letra, dixo: que por sí y en nombre de su sucesor acepta en todo y por todo, y recibe á censo vitalicio por las dos dichas vidas las expresadas casa y tierra, obligándose á labrarlas y repararlas de todo lo necesario, á levantar la citada casa si se arruinare, á no disponer de ellas sino en la forma explicada, ni pedir descuento ni disminucion de la renta anual ni otra cosa por ningun caso fortuito que suceda en ellas, pues toma en sí el peligro y qualquier funesto evento que padezcan, y quiere se les compela á su total satisfaccion en los plazos estipulados, mediante á ser la que justamente deben pagar con arreglo á la ley recopilada, á no deber rentar ménos, y de consiguiente á no haber lesion alguna; y por si la hay, de la que sea en mucha ó poca suma, hace á favor de dicho Don Francisco de los Rios su dueño, y de quien tenga su accion, gracia y donacion perfecta é irrevocable renunciando la ley 1 tit. 11 lib. 5 Recop. que trata de la lesion y engaño en mas ó ménos de la mitad del justo precio, con los quatro años que prefine para pedir recision del contrato, ó el suplemento á su justo valor. Igualmente se obliga por sí y su sucesor á mandar á sus herederos que vuelvan la casa y tierras mencionadas con las mejoras hechas en ellas á su legítimo dueño incontinente que espiren las dos vidas; y aunque no se lo manden, si ellos no lo hicieren, quiere que se les apremie por todo rigor no solo á ello sino tambien á la paga de las costas y menoscabos que se le originen en su recobro, y que se les condene en la pena del duplo y demas impuestas por derecho contra los intrusos y poseedores de mala fé. Tambien se obliga por sí y su sucesor á otorgar las escrituras de renovacion segun lo contenido en la condicion sexta que con las demas observarán todos inviolablemente; y para el mas exácto cumpli-

miento de todo hipoteca especial y expresamente tales bienes suyos (*se expresarán por menor los que sean, su sitio, linderos y cargas que tuvieren*), que le pertenecen en posesion y propiedad, de los quales prohibe absolutamente la enagenacion, miéntras duren las dos vidas, no se restituyan á su dueño la casa y tierra recibidas á censo vitalicio, y no se halle aquel reintegrado de los daños y costas que por la inobservancia de este contrato en todo ó en parte se le ocasionen; por manera que aunque esten en poder de tercero ó quarto poseedor, se ha de poder proceder como sino estuvieran enagenados, pues á ninguno ha de transferirse su dominio, y ántes bien han de reputarse como en poder del otorgante, quien los hipoteca asimismo á la observancia de este pacto de no enagenar, y quiere que en sus títulos se note y prevenga este gravámen á que quedan responsables, para que conste y no se alegue ignorancia, como tambien que se tome la razon en la oficina de hipotecas en el término y baxo de la pena prescripta por la Real pragmática expedida á este fin. Así pues, ámbos contrayentes por lo que respectivamente les toca cumplir, obligan todos sus bienes, &c.

Escritura de minoracion ó reduccion de réditos.

79 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Francisco de los Rios vecino de ella = dixo: que Antonio López de la misma vecindad impuso á su favor un censo redimible de treinta mil reales de capital y novecientos de réditos anuales por escritura que otorgó con varias calidades y condiciones en tal dia, mes y año ante F. Escribano del Número de esta villa, hipotecando especialmente á su seguridad una casa suya sita en tal parte, como mas difusamente resulta de la citada escritura á que se remite; y con motivo de hallarse en proporcion de redimirle propuso al otorgante que baxase y reduxese sus réditos del tres al dos y medio por ciento, porque en su defecto le redimiria: en cuya atencion considerando el otorgante serle mas útil y ventajoso hacer la baxa y minoracion expresada que recibir su capital, así por la seguridad de la finca afecta á él, como porque si se le redime, con dificultad hallará otra igual; y considerando asimismo que los mas de

los censos que actualmente se imponen, no exceden del premio citado, ha condescendido á su pretension; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre voluntad = Otorga: que minora y baxa del tres al dos y medio por ciento los réditos del referido censo de treinta mil reales de principal; y en su conseqüencia dexa reducidos para desde hoy en adelante los novecientos reales que hasta ahora ha pagado el mencionado Antonio, á setecientos y cincuenta que corresponden al dos y medio por ciento, hasta que con arreglo á la escritura primordial de su fundacion se redima su capital; y si el otorgante ó censualista sucesivos intentasen que él ó los demas poseedores de la hipoteca den mayor cantidad, no han de ser oidos judicial ni extrajudicialmente, sino ántes bien condenados en costas; y á mayor abundamiento hace para siempre gracia y donacion pura é irrevocable de los ciento y cincuenta reales de réditos anuales, á que asciende el medio por ciento á favor del expresado Antonio, y de sus herederos y sucesores: renuncia por sí y los suyos el derecho que tenia á ellos, cediéndole enteramente: quiere se entienda el censo, como si se hubiera impuesto á razon de dos y medio por ciento no mas, quedando en su fuerza y vigor en todo lo demas sin excepcion la escritura primitiva de su constitucion, y subsistiendo íntegro el capital de dicho censo sin alteracion; y otorga á favor del expresado censatario y poseedores que fueren de la enunciada hipoteca la mas eficaz reduccion y minoracion de réditos que conduzca á su seguridad, la qual quiere se note y prevenga en la escritura original de la creacion del censo, en su protocolo, y en los títulos de pertenencia de la finca, para que en todo tiempo conste y obre los efectos á que haya lugar. Así que, el referido Antonio López que se halla presente, habiendo oido á la letra y entendido esta escritura = dixo: que acepta en todo y por todo la reduccion de réditos que queda hecha, y en su conseqüencia se obliga por sí, y sus herederos y sucesores á pagar al mencionado D. Francisco y á quien le represente los expresados setecientos cincuenta reales de réditos anuales, miéntras no se redima el capital de dicho censo, y á observar puntualmente el contrato de su constitucion en todo lo demas. Por tanto ámbos contrayentes por lo que á

cada uno, y á sus respectivos herederos y sucesores toca, obligan á su cumplimiento todos sus bienes, &c.

Redencion de censo consignativo.

80 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Francisco de los Rios vecino de ella = dixo: que Antonio López de la propia vecindad impuso á su favor un censo redimible de treinta mil reales de principal y novecientos de réditos anuales á razon de tres por ciento, hipotecando especialmente á su seguridad una casa sita en esta villa en tal calle, de que otorgó la correspondiente escritura censual en tantos de tal mes y año ante F. Escribano de su Número, con varias condiciones, y entre ellas la de poderle redimir siempre que quisiese, pagando en una sola partida su principal y los réditos que estuviere debiendo, y avisándole á este fin dos meses ántes, en cuya atencion le citó para que acudiese á percibir su capital y réditos, formalizando á su favor la correspondiente redencion, (*si la citacion fuese judicial, se expresará ante qué Juez y Escribano*) á lo qual está pronto, y poniéndolo en execucion, en la mejor forma que haya lugar en derecho = Otorga: que percibe en este acto del expresado Antonio López treinta y un mil y cincuenta reales, los treinta mil como capital del referido censo, y los mil y cincuenta restantes por los réditos que debia de un año, y los dos meses de aviso mencionados en la escritura primordial que cumplen en este dia: la qual cantidad recibe en monedas de, &c. que contadas y suplidas sus faltas segun el premio que tienen, la importaron, de cuya entrega y recibo doy fé, por haber sido á presencia mia y de los testigos infrascriptos, y como satisfecho efectivamente de ella á su voluntad, formaliza á favor de dicho Antonio López, y de sus herederos y sucesores la mas eficaz carta de pago y redencion del expresado capital, y absoluto finiquito de sus réditos que convenga á su seguridad, dando en su conseqüencia por redimido enteramente el citado censo, por rota, nula y cancelada la escritura primitiva de su imposicion, y por libres de su responsabilidad la referida casa, y demas bienes especial y generalmente afectos

é hipotecados á ella; y entregándole la mencionada escritura original cancelada, para que en ningun tiempo obre el menor efecto, en la qual, su protocolo, títulos de pertenencia de las hipotecas, contaduría de estas, y demas partes que convenga, quiere se pongan los desgloses competentes para que siempre conste de su extincion segun lo mandado en la última Real pragmática. Así que, se obliga por sí y sus herederos á no volver á pedir ni otra persona en su nombre dicha cantidad, pena de restituirla con las costas: renuncia todas las leyes, fueros y privilegios que le favorezcan, &c.

Escritura de extincion de censo enfitéutico.

81 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Francisco de los Rios vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = dixo: le pertenece un censo enfitéutico de seis reales anuales de renta con derechos de licencia, comiso y tanteo, ó cincuentena contra una casa sita en esta villa en tal calle, que posee Antonio López de esta vecindad en virtud de escritura de dacion en enfitéusis otorgada en esta dicha villa por Diego de los Rios, dueño que fué del suelo en que está construida, á tantos de tal mes y año ante tal Escribano á favor de Pedro López causante del referido Antonio; y habiendo resuelto este consolidar el dominio útil con el directo por tres cincuentenas y el duplo capital á tres por ciento con arreglo al auto acordado del Consejo acerca de los censos perpetuos de Madrid, lo propuso al otorgante, quien asintió á su proposicion; y para averiguar el valor de la casa, liquidar y deducir de él las cincuentenas eligieron dos alarifes, cada uno el suyo, que la valuasen, y que unánimemente valuaron con su sitio y fábrica en treinta mil reales, de los quales baxados quatrocientos, importe del duplo capital á tres por ciento de los seis reales anuales, quedan líquidos veinte y nueve mil y seiscientos, cuyas tres cincuentenas, ó seis por ciento ascienden á mil setecientos setenta y seis reales, que unidos á los quatrocientos del duplo capital componen dos mil ciento setenta y seis, los quales está pronto á entregar el citado Antonio; y para que tenga efecto el convenio de ámbos,

en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, como señor que es del dominio directo de la referida casa = Otorga: que recibe en este acto del mencionado Antonio López que lo es del dominio útil los expresados dos mil ciento setenta y seis reales en tales monedas que contadas los importaron, de cuyo recibo doy fé, por haber sido á presencia mia y de los testigos que se nombrarán; y como satisfecho efectivamente de ellos formaliza á favor del citado Antonio López el mas firme resguardo y carta de pago que conduzca para su seguridad, obligándose á que ni él ni otra persona en su nombre se los volverá á pedir pena de restituirlos con las costas. En esta atencion por sí y en nombre de sus hijos, herederos y sucesores da por redimido enteramente el expresado censo enfitéutico de seis reales de renta anual con todos los derechos de licencia, comiso y tanteo, ó cincuentena que como á dueño del suelo en que está edificada dicha casa, le correspondian, los quales renuncia y transfiere para siempre al referido Antonio López y los suyos, haciéndolos señores absolutos en posesion y propiedad del dominio directo que desde ahora queda incorporado con el útil, para que de su propia autoridad tome dicho Antonio en virtud de esta escritura la posesion del dominio directo y derechos anexos á él, y vincúle, ó venda, done, ó traspase la casa, y disponga de ella en contrato ó última voluntad, reservando para sí y sus sucesores el enfitéusis y sus derechos, ó libremente como si nunca hubiera estado gravada con él, ó del enfitéusis con separacion á favor de otro, dexándola afecta como hasta aquí lo ha estado; y miéntras toma la posesion, formaliza á su favor la escritura de redencion y extincion del gravámen enfitéutico, y la de la plena traslacion de su dominio directo con las cláusulas que para su validacion y subsistencia se requieren por derecho. Ademas declara que en la tasacion de la casa, y en la regulacion de las cincuentenas y del duplo capital no ha habido error de cálculo, lesion, ni perjuicio, y caso que le haya, de su importe en poca ó mucha suma hace á favor del expresado Antonio gracia y donacion perfecta é irrevocable: se obliga á no reclamarlas ni reclamar esta escritura en todo ni en parte, y á mayor abundamiento renuncia la ley 1 tit. 11

lib. 5 de la Recop. que trata de las cosas que se venden y permutan, y de otros contratos en que hay lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, y los quatro años que prefine para pretender su recision ó el suplemento á su justo valor. Igualmente declara no tener vendidos ni enagenados en todo ni en parte, ni tampoco obligados ni hipotecados tácita ni expresamente á ninguna deuda ni responsabilidad el insinuado dominio directo ni sus derechos; y si se inquietare ó moviere pleyto al referido Antonio López, ó á sus sucesores sobre su goce y posesion, le resarcirá todos los daños que se le ocasionen en el pleyto, si el otorgante no le defendiere por sí, obtenga, ó no: le defenderá á sus expensas en todas instancias hasta conseguirlo, siendo requerido conforme á derecho, y le devolverá lo que haya desembolsado, si fuese vencido, á cuyo fin se obliga por sí y los suyos á la eviccion y saneamiento en forma legal; y al reintegro de las costas y perjuicios que se le originen, con sus intereses, cuya liquidacion defiere en la relacion jurada del que sea poseedor, se le ha de compeler, y á quien tenga su accion, por todo rigor de derecho y via executiva, ó la mas breve y sumaria á que haya lugar, en los mismos términos que al del principal y eviccion del enfitéusis sin diferencia, si no pudiere obtener en juicio: de modo que en uno y otro caso quede saneado respectivamente de todas las costas y de la cantidad principal, como sino se le hubiera movido pleyto. Y mediante á no quedarle á él ni á sus herederos ni sucesores la mas leve accion sobre la expresada casa y suelo en que está construidá, entrega al referido Antonio la escritura primitiva de creacion del enfitéusis y tantos reconocimientos de este otorgados en tales dias y años ante tales Escribanos á favor suyo y de sus predecesores por varios señores de su dominio útil, todos los quales instrumentos da por nulos ó cancelados, como sino se hubieran hecho ni formalizado. Ademas consiente en que en sus respectivos protocolos, y en los títulos de la casa se note esta enagenacion y consolidacion: que en la oficina de hipotecas de este partido se tome (si fuere necesario) la razon competente dentro del término legal para que conste en ella de la libertad y exéncion del enfitéusis, y para los demas efectos á que haya lugar; y que á los

poseedores de la casa se den de esta escritura las copias que pidan, sin que para ello sea preciso mandato judicial ni citacion de parte. Por tanto al cumplimiento de su contenido obliga todos sus bienes, &c.

82 Esta escritura no es mera carta de pago y simple redencion, como algunos la llaman impropiamente, sino enagenacion y traslacion perpetua de cosa raiz que es el solar, ó de su dominio directo que el señor reservó para sí y sus sucesores, y compra el enfitéuta consolidándole con el útil y constituyéndose dueño de ámbos por el precio que desembolsa, pues nunca fué suyo: de manera que aunque se diga que se redimen la pension anual y el laudemio, esto no es redencion ó liberacion de carga que la finca tenga sobre sí, sino compra del suelo, por cuyo disfrute la pagó hasta entónces el enfitéuta, como si le tuviera arrendado. Por esta razon, y porque el suelo puede estar hipotecado, ó enagenado, ó no ser del que se llama dueño, y porque asimismo puede haber lesion en la regulacion y deduccion de las cincuentenas y capital, he extendido la escritura con las cláusulas que contiene, y no me he contentado con las de una mera y simple redencion de censo consignativo, ó de otro gravámen, como sé que lo hacen muchos ignorantes; pues á mas de ser esto impropio me ha parecido quedar mas seguro de aquel modo el enfitéuta, y en vez de confundir unos contratos con otros se ha de distinguir la naturaleza de cada uno, y con arreglo á ella ordenar las cláusulas concernientes á su estabilidad. Tambien puede hacerse por venta regular, segun he sentado en el n. 16, sea entregando su precio, ó constituyendo de su importe censo redimible reservativo. Si los interesados se convinieren en el capital sin que se tase la finca, se expresará así omitiéndose lo que se dice de tasacion; y si la escritura de constitucion del enfitéusis no parece, por haberse perdido, por no relacionarse en los reconocimientos, é ignorarse de consiguiente ante quien pasó, como suele suceder por la antigüedad, se obligará el dueño no solo á no usar de ella sino tambien á entregarla quando la halle, al poseedor de la finca, por ser título de propiedad del solar que le pertenece, y debe parar en su poder, para que la cancele, pues por su defecto no debe dexar de hacerse la consolida-

cion, porque los reconocimientos acreditan el dominio directo, como expuse en el n. 12.

Redencion y subrogacion de censo redimible.

83 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos D. Francisco de los Rios vecino de ella= dixo: que Antonio López de la propia vecindad en escritura que formalizó en dicha villa á tantos de tal mes y año ante F. Escribano de su Número, constituyó á su favor sobre una casa suya sita en esta villa en tal calle, censo redimible de treinta mil reales de principal y novecientos de réditos anuales que corresponden á tres por ciento, con varias condiciones, y entre ellas la de poder redimirle quando quisiere, pagando en una sola partida su capital y réditos que estuviese debiendo, como asimismo los correspondientes á los dos meses de aviso ó citacion que habia de preceder á la redencion, segun resulta mas por extenso de la escritura censual á que se remite; y habiendo solicitado con el otorgante que le minorase la pension anual de tres al dos y medio, y no asentido este á ello, le ofreció Domingo Pérez vecino tambien de esta villa dar con dicho premio los referidos treinta mil reales; en virtud de cuya oferta le citó de redencion con calidad de subrogacion en el dia tantos de tal mes próximo anterior; y para que tenga efecto, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que en este caso le compete= Otorga y confiesa que recibe en este acto del expresado Antonio López por mano de dicho Domingo Pérez treinta y un mil y cincuenta reales, los treinta mil como capital del censo, y los mil y cincuenta restantes por los réditos de catorce meses, inclusos los dos de aviso que cumplen hoy y estaba debiendo: cuyos treinta y un mil y cincuenta reales le entrega en monedas de, &c. que sumadas y suplidas sus faltas segun el premio que tienen y con que corren, los importaron, y pasó á su poder real y efectivamente, de que doy fe, y como pagado de ellos á su voluntad formaliza á favor de los expresados Antonio López y Domingo Pérez la mas eficaz carta de pago y redencion del capital del

censo y finiquito de sus réditos que conduzca á su seguridad; y por lo que toca al otorgante, da por redimido enteramente el enunciado censo, y por libres en un todo de su responsabilidad la casa y demas bienes que hipotecó á él; pero mediante haberse efectuado esta redencion con caudal del referido Domingo Pérez, desde luego le pone á él, y á sus herederos y sucesores en el propio lugar, grado y preferencia que le correspondia, para que perciba dichos treinta mil reales, quando llegue el caso de su redencion, y en el ínterin sus réditos al dos y medio por ciento al año, á cuyo fin le cede todas sus acciones con las de eviccion y saneamiento; y para que él y cada uno de sus sucesores en su tiempo pueda intentar judicial y extrajudicialmente las que en virtud de esta escritura les competan, le entrega á mi presencia la primitiva de constitucion del censo que para con el otorgante queda rota y cancelada, como si no se hubiera formalizado, y para con dicho Domingo y quien tenga su derecho, se conserva viva y en todo su vigor, á efecto de que use de ámbas, segun le convenga: á cuya conseqüencia quiere que esta redencion se note en la imposicion, su protocolo, títulos de la hipoteca y demas partes conducentes, para que siempre conste y obre los efectos á que haya lugar. Así pues, los referidos Antonio López y Domingo Pérez que se hallan presentes, enterados de esta escritura = dixeron: que la aceptan, y de consiguiente el censatario reconoce por censualista ó señor del referido censo al enunciado Domingo Pérez, y se obliga por sí, y por sus herederos y poseedores que fueren de su hipoteca, á satisfacerle á él ó á quien le represente, setecientos y cincuenta reales de réditos anuales á razon de dos y medio por ciento en los plazos y en la forma pactada en la escritura censual que reitera, y en caso necesario formaliza de nuevo á su favor; y el censualista promete no pedirle mas cantidad por haberle entregado los treinta mil reales con este premio y condicion, ni tampoco los un mil y cincuenta, mediante á habérselos dado de su propio caudal para que los entregase al mismo tiempo que los treinta mil que desembolsó del suyo; y se da por entregado de la escritura primordial de constitucion del censo y otorga el recibo correspondiente á favor de dicho Don Francisco de los Rios. Por tanto, todos tres otor-

gantes obligan todos sus bienes y derechos, presentes y futuros, al respectivo cumplimiento de lo referido, &c. (*Aquí se hará la prevencion de notas que en la redencion é imposicion con la toma de razon en la oficina de hipotecas, para que conste que mudó de mano y no para otro efecto.*)

Reconocimiento de censo.

84 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = dixo: que por fallecimiento de Antonio López su padre heredó una casa sita en tal calle con el gravámen de un censo redimible de treinta mil reales que impuso sobre ella en escritura que otorgó en tal dia, mes y año ante F. Escribano del Número de esta villa á favor de Don Francisco de los Rios, con obligacion de pagarle novecientos reales anuales de réditos, miéntras no le redimiese; y con motivo de haber recaido su hipoteca en el otorgante le requirió que en fuerza de lo estipulado en la condicion séptima de la escritura censual renueve la obligacion real ó hipotecaria, y le reconozca por dueño de él, á lo qual ha condescendido, y en su conseqüencia cumpliendo con la obligacion constituida por su causante, en la forma que mas haya lugar en derecho=Otorga, como poseedor que es de la expresada casa, que reconoce por señor del mencionado censo de treinta mil reales de principal al referido Don Francisco de los Rios, á quien y á la persona que tenga su accion, se obliga á satisfacer anualmente novecientos reales de réditos pena de execucion, costas y salarios de su cobranza, miéntras posea la referida hipoteca y subsista el censo sobre ella, contra la qual y sus alquileres, y no contra otros bienes del otorgante se ha de dirigir únicamente la via executiva por los que se deban; pues llegado el caso de su extincion se ha de observar puntualmente la escritura censual que dexa en su fuerza y vigor para los efectos que comprehende; y se obliga á no alterarla en quanto á la obligacion real que contiene, ni esta en todo ni en parte, habiendo de apremiársele á su observancia por todo rigor de derecho solo en virtud de ella, sin que el censualista tenga precision de manifestar la primordial, porque de ello le releva en forma.

Por tanto, á tener por firme todo lo expuesto obliga la citada casa con todos los alquileres que produzca, &c.

85 Las copias de todas las escrituras de censos perpetuos, consignativos, reservativos y vitalicios, y las de redencion con subrogacion ó redencion sola se han de sacar en papel del sello primero, si llegan á mil ducados, si son de ménos que mil hasta ciento, en el del sello segundo, y de ciento abaxo en el del quarto; y los reconocimientos de qualesquiera censos sin diferencia en el del tercero.

ADICION.

Instruccion formada de órden del Consejo para el método y formalidades que se deben observar en el establecimiento del oficio de hipotecas en todas las cabezas de partido del reyno al cargo de sus Escribanos de Ayuntamiento.

86 Estando dispuesto por la ley 3 tit. 15 lib. 5 de la Recopilacion, y auto acordado 21 tit. 9 lib. 3 se registren los instrumentos de censos y tributos, rentas de bienes raices, y generalmente todos aquellos que contengan especial hipoteca ó gravámen de tales bienes, ha estimado el Consejo por indispensablemente necesaria su observancia, con las especificaciones que contiene la Real cédula expedida á consulta de S. M. Y considerando que no haberla tenido hasta ahora dimana de no haber facilitado los medios de la execucion, se establece lo siguiente.

I. Será obligacion de los Escribanos de Ayuntamiento de las cabezas de partido tener, ya sea en un libro, ó en muchos, registros separados de cada uno de los pueblos del distrito con la inscripcion correspondiente, y de modo que con distincion y claridad se tome la razon respectiva al pueblo en que estuvieren situadas las hipotecas, distribuyendo los asientos por años, para que fácilmente pueda hallarse la noticia de las cargas, enquadernándolos y foliándolos en la misma forma que los Escribanos lo practican con sus protocolos; y si las hipotecas estuvieren situadas en distintos pueblos, se anotará en cada una las que correspondan.

II. Luego que el Escribano originario remita algun instrumento que contenga hipoteca, le reconocerá y tomará la razon el Escribano de Cabildo dentro de veinte y quatro horas para evitar molestias y dilaciones á los interesados; y si el instrumento fuere antiguo y anterior á dicha cédula, despachará la toma de razon dentro de tres dias de como la presentáre; y no cumpliéndolo en este término, le castigará el Juez en la forma que previene la Real cédula.

III. El instrumento que se ha de exhibir en el oficio de hipotecas, ha de ser la primer copia que diere el Escribano que la hubiere otorgado, que es el que se llama *original*, excepto quando por pérdida, ó extravío de algun instrumento antiguo se hubiere sacado otra copia con autoridad de Juez competente, que en tal caso se tomará de ella la razon expresándolo así.

IV. La toma de razon ha de estar reducida á referir la data, ó fecha del instrumento, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad del contrato, obligacion, ó fundacion; diciendo si es imposicion, venta, fianza, vínculo ú otro gravámen de esta clase, y los bienes raices gravados, ó hipotecados que contiene el instrumento con expresion de sus nombres, cabidas, situacion y linderos, en la misma forma que se exprese en el instrumento; y se previene que por bienes raices, ademas de casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, se entienden tambien los censos, oficios y otros derechos perpetuos que puedan admitir gravámen, ó constituir hipotecas.

V. Executado el registro pondrá el Escribano de Cabildo en el instrumento exhibido la nota siguiente: *Tomada la razon en el oficio de hipotecas del pueblo tal, al folio tantos en el dia de hoy*; y concluirá con la fecha, la firmará, devolverá el instrumento á la parte, á fin de que si el interesado quisiere exhibirla al Escribano originario ante quien se otorgó, para que en el protocolo anote estar tomada la razon, lo pueda hacer: el qual esté obligado á advertirlo en dicho protocolo.

VI. Quando se llevare á registrar instrumento de redencion de censo, ó deliberacion de la hipoteca, ó fianza, si se hallare la obligacion ó imposicion en los registros del oficio de hipotecas, se abusará, glosará y pondrá la nota corres-

poniente á su márgen, ó continuacion, de estar redimida, ó extinguida la carga; y sino se halla registrada la obligacion principal, ó aunque se halle, queriendo la parte, se tomará la razon de la redencion ó liberacion en el libro de registro, de la misma forma que se debe hacer de la imposicion.

VII. Quando al oficio de hipotecas se le pidiere alguna apuntacion extrajudicial de las cargas que constaren en sus registros, la podrá dar simplemente, ó por certificacion autorizada, sin necesidad de que intervenga decreto judicial por ahorrar costas.

VIII. Para facilitar el hallazgo de las cargas y liberaciones tendrá la escribanía de ayuntamiento un libro, índice, ó reportorio general, en el qual por las letras del abecedario se vayan asentando los nombres de los imponedores de las hipotecas, ó de los pagos, distritos, ó parroquias en que estan situados, y á su continuacion el folio del registro donde haya instrumento respectivo á la hipoteca, persona, parroquia, ó territorio de que se trate: de modo que por tres ó quatro medios diferentes se pueda encontrar la noticia de la hipoteca que se busque; y para facilitar la formacion de este abecedario general, tomada que sea la razon, se anotará en el índice en la letra á que corresponda, el nombre de la persona; y en la letra inicial correspondiente á la heredad, pago, distrito, ó parroquia se hará igual reclamo.

IX. Los derechos de registro serán dos reales por cada escritura que no pase de doce hojas, y en pasando, al respecto de seis maravedís cada una ademas del papel; y quando se pidieren certificaciones de lo que conste en el oficio de hipotecas, se arreglará este á los Reales aranceles en quanto tratan de las copias de instrumentos que dan los Escribanos de sus protocolos, los quales derechos se deberán anotar en el instrumento, ó certificacion que entregaren á la parte.

X. Todos los Escribanos de estos reynos serán obligados á hacer en los instrumentos, de que trata la Real cédula, la advertencia de que se ha de tomar la razon dentro del preciso término de seis dias, si el otorgamiento fuese en la capital; y dentro de un mes, si fuese en pueblo del partido, baxo las penas de la misma cédula.

XI. Como la conservacion de los documentos públicos importa tanto al Estado, todos los Escribanos de los lugares del partido deben enviar al Corregidor ó Alcalde Mayor de él una matrícula de los instrumentos de que consta el protocolo de aquel año, para que se guarde en la escribanía de ayuntamiento, y por este índice anual podrá reconocer el que regente dicha escribanía y el oficio de hipotecas, si ha habido omision en traer al registro algun instrumento.

XII. El Escribano de cabildo, á cuyo cargo ha de correr el oficio de hipotecas, ha de ser nombrado por la Justicia y Regimiento de las cabezas de partido, precediendo las fianzas correspondientes de su cuenta y riesgo; y si hubiere dos Escribanos de Ayuntamiento, elegirá entre ellos el que tuviere por mas á propósito.

XIII. Los libros de registro se han de guardar precisamente en las casas capitulares; y en su defecto no solo serán responsables los Escribanos sino tambien la Justicia y Regimiento, á quienes se les hará cargo en residencia.

XIV. Las Chancillerías y Audiencias de estos reynos en sus respectivos territorios formarán, imprimirán y comunicarán lista de las cabezas de partido donde se han de establecer lon oficios de hipotecas, para que conste claramente á los pueblos, y quedará al arbitrio de las mismas Chancillerías y Audiencias señalar algunas cabezas de jurisdiccion, aunque no sean de partido, si viere que conviene para la mejor y mas fácil observancia por la extension, ó distancia de los partidos.

XV. A prevencion serán Jueces para castigar las contravenciones á la ley y á esta instruccion, la Justicia ordinaria del pueblo, el Corregidor, ó Alcalde Mayor del partido, y el Juez en cuya audiencia se presente el instrumento.

XVI. La Real cédula y esta instruccion se deberá conservar en todas las escribanías públicas y de ayuntamiento, para que nadie alegue ignorancia de sus disposiciones; ni quedará arbitrio á ningun Juez para alterarlas, ó moderarlas, porque de tales disimulos resulta por conseqüencia necesaria la infraccion y desprecio de las leyes, por útiles y bien meditadas que sean. Madrid 14 de agosto de 1767. D. Pedro Rodriguez Campomanes. Don Joseph Moñino.

Por tanto, enterado de todo, por mi Real resolucion toma-

da á la citada consulta que fue publicada y mandada cumplir en el mi Consejo en 7 de este mes, he venido en aprobar en todo la citada instruccion suso inserta, y resolver: I. Que se observe y guarde en mayor explicacion de la ley 3 tit. 15 lib. 5 de la Recopil. y del auto acordado 21 tit. 9 del lib. 3 en todos los pueblos cabezas de partido, ó de jurisdiccion de estos mis reynos, segun el señalamiento que harán las Audiencias y Chancillerías del respectivo distrito, sin perjuicio de los Contadores de hipotecas que actualmente hubiere. II. Que los Escribanos de Ayuntamiento de dichas cabezas de partido esten obligados á tener los libros de registro que señala la instruccion formada por los del mi Consejo, por mí aprobada, para que en ellos precisamente se tome la razon de todos los instrumentos de imposiciones, ventas y redenciones de censos ó tributos, ventas de bienes raices, ó considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgos, ú obra pia, y generalmente todos los que tengan especial y expresa hipoteca ó gravámen con expresion de ellos, ó su liberacion y redencion. III. Que sin embargo de que por la ley del reyno las partes contenidas en la escritura ó instrumentos estan obligados á registrarlos en los seis dias siguientes á su fecha, esto se haya de entender, si se otorgaren en la capital del partido, pues siendo en los pueblos de su distrito, ó jurisdiccion, cumplirán con registrar dentro del término de un mes. IV. Que no cumpliendo con el registro y toma de razon, no hagan fe dichos instrumentos en juicio, ni fuera de él para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento cuyo registro se haya omitido; y que los Jueces, ó Ministros que contravengan, incurran en las penas de privacion de oficio y de daños con el quatro tanto que previene el auto acordado. V. Que los Escribanos tengan obligacion de prevenir esta formalidad en todos los instrumentos que otorgaren de la expresada naturaleza, baxo la misma pena y la circunstancia de que por su omision se les haga tambien cargo y castigue en las residencias, y que así se anote en los títulos que se les despacharen por el mi Consejo, ó por la Cámara. VI. Que baxo igual pena formalicen los re-

gistros los Escribanos de Cabildo en los términos que señala la instruccion: bien entendido, que la obligacion de registrar dentro del término debe ser en los instrumentos que se otorgaren sucesivamente á el dia de la publicacion de esta pragmática en cada pueblo. VII. Que de ella se remitan por mis Chancillerías y Audiencias, con las listas que previene la instruccion, exemplares á cada uno de los respectivos partidos, para que se comuniquen circularmente sin gastos de veredas á los pueblos, se publiquen y coloquen copias auténticas entre los papeles del archivo. VIII. Y que por lo tocante á los instrumentos anteriores á la publicacion de la presente pragmática, cumplirán las partes con registrarlos ántes que los hubieren de presentar en juicio, para el efecto de perseguir las hipotecas ó fincas gravadas; bien entendido, que sin preceder la circunstancia del registro ningun Juez podrá juzgar por tales instrumentos, ni harán fé para dicho efecto, aunque la hagan para otros fines diversos de la persecucion de las hipotecas, ó verificacion del gravámen de las fincas, baxo las penas explicadas.

Y para la puntual é inviolable observancia de esta mi Real resolucion.... dando para la puntual execucion de todo las órdenes, autos y mandamientos que se requieran, pasando las correspondientes al mi Consejo de la Cámara, para que en los títulos que se despacharen por las secretarías de ella, se prevenga á los Escribanos que han de estar obligados á advertir en los instrumentos y á las partes la obligacion de registrar en el oficio de hipotecas los instrumentos comprehendidos en la ley y esta mi declaracion; expresando al fin de ellos que no han de hacer fé contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho reqnisito y toma de razon dentro del término prevenido en la ley con las declaraciones de la instruccion: previniendo que esta ha de ser una cláusula general y precisa en los tales instrumentos, cuyo defecto vicie la substancia del acto para el efecto de que dichas hipotecas se entiendan constituidas; executándose lo mismo en los títulos y aprobaciones de Escribanos que se despachan por las Escribanías de Cámara del mi Consejo, poniendo igual prevencion en las comisiones que se libran así para la toma de residencia como para la visita de Escribanos, á fin de que se les

haga á estos y á los Jueces los cargos que por la inobservancia de esta mi Real pragmática-sancion hayan tenido unos y otros, y se les castigue como corresponda. Que así es mi voluntad, &c. Dada en el Pardo á 31 de Enero de 1768.

87 Por Real cédula expedida en el Pardo á 10 de Marzo de 1778 referente á la pragmática anterior, se ha mandado que de las escrituras é hipotecas que llaman de donaciones piadosas, se tome precisamente la razon en la contaduría ú oficio de hipotecas de la cabeza de partido en que respectivamente se hallan sitas las fincas gravadas, y no en las capitales en que estan los cuerpos, comunidades y acreedores á quienes pertenecen las donaciones; y que lo mismo se practique con los censos del fisco sin diferencia. Prevéngolo al Escribano para su inteligencia, y para que lo advierta en las escrituras.

Auto acordado del Consejo sobre los censos perpetuos de Madrid.

88 En la villa de Madrid á cinco dias del mes de Abril de mil setecientos setenta, los Señores del Consejo de S. M. estando pleno, visto y consultado con S. M. dixeron: que habiéndose representado por la Sala de Provincia en 19 de Diciembre de 1763 los perjuicios que experimentaba el público en el modo con que estaban establecidos y constituidos en Madrid los censos perpetuos, ó enfitéuticos sobre casas y solares yermos con las providencias que estimaba oportunas; y tomado en su razon los informes correspondientes, y oido á los señores Fiscales, se ha tenido por necesario tomar providencia que facilite la construccion de casas, y ataje tales perjuicios. En consequencia de lo qual, y de lo consultado y resuelto por S. M. debian mandar y mandaron que en lo sucesivo y desde la publicacion de este auto acordado se guarden y observen por lo tocante á Madrid así en los contratos como en los juicios que ocurrieren sobre estas materias, por todas las personas á quienes corresponda, las declaraciones y reglas siguientes.

I. Que en las ventas sucesivas de casas de Madrid sujetas á censo perpetuo, y en los que se establezcan de nuevo sobre solares, ó areas yermas, solo se pague por razon de li-

cencia y otorgamiento al dueño directo con arreglo á la ley de Partida una cincuentena parte del precio de la cosa que se vende, la qual corresponde á un dos por ciento, sin que puedan sacarse, como hasta aquí se ha practicado, dos laudemios, uno para entregarlo al señor del directo dominio, y otro para que quede en poder del comprador, para quando llegue el caso de venderse á otro, respecto que en cada venta solo debe sacarse el laudemio que se causa.

II. La cincuentena referida ha de ser no solo del valor líquido del solar en que esté construida la casa, sino de lo edificado en ella.

III. Quando se vincule algun edificio ó casa, cuyo sitio esté gravado con censo perpetuo, se indemnizará al dueño de este con tres cincuentenas en lugar de las tres veintenas en que hasta aquí se ha estimado el justo precio de la libertad, lo que deberá practicarse, ó satisfaciendo las tres cincuentenas por via de redencion del laudemio, ó cargando su importe á censo sobre las mismas casas, consintiendo en esta imposicion el dueño del dominio directo, pagándose los réditos por la misma regla que los censos redimibles.

IV. Tambien quedará en arbitrio del enfitéuta redimir el cánon, ó censo perpetuo, entregando un duplicado capital á razon de treinta y tres, y un tercio al millar, regulándose por el rédito ó cánon que se paga anualmente por razon del censo perpetuo.

V. Para igualar la condicion del dueño directo en esta parte se declara quedar á su arbitrio obligar al enfitéuta igualmente, aunque este no lo solicite, á que redima, ó cargue á censo redimible, segun el útil crea mas conveniente, el capital del censo perpetuo.

VI. Se declara que con lo dispuesto en los tres artículos antecedentes queda íntegramente subsanado en una y otra parte todo el derecho del dominio directo, y en todos estos casos se constituirá redimible el censo, no solo para el fin de poder vincularse las casas, ó solares, sino en qualquier caso que el dueño del útil dominio quiera libertar su casa de la gravosa carga del censo perpetuo.

VII. Quando se venda una casa gravada con enfitéusis, se rebaxará á razon de un sesenta y seis y dos tercios al millar por capital correspondiente al cánon á que está sujeta,

mediante el notable agravio que padece el comprador en que solo se rebaxe (como hasta aquí se ha executado) un treinta al millar que aun no es capital correspondiente á un censo redimible.

VIII. Se prohibe que en lo sucesivo se pueda constituir censo perpetuo que no sea con doble capital que el redimible.

IX. Atendiendo á que las manos muertas no han podido adquirir ni comprar casas sujetas á censo perpetuo por las prohibiciones del derecho comun y Real que se lo impiden, se declara ha de quedar expedita á los dueños del directo dominio la facultad de obligarlas á ponerlas en manos libres por haber sido nula la adquisicion, procediendo en ello de plano las Justicias Reales, sin que las comunidades puedan aprovecharse para retener dichas casas, de lo dispuesto en este auto acordado.

X. Mediante haberse dudado si han podido sujetarse á vínculo las casas afectas á censo perpetuo en que han sido varias las decisiones, se declara que los poseedores de ellas se deberán indultar pagando una cincuentena por una vez al dueño del directo dominio, quedando de esta forma en la misma capacidad de retener que las demas personas no prohibidas; atendiendo en todo esto el Consejo á la conservacion de los edificios en las familias, y á animar la construccion de casas en la corte; entendiéndose esta declaracion sin perjuicio de la obligacion de redimir el censo perpetuo con arreglo á lo prevenido en el artículo tercero.

XI. Se declara que no solo al dueño directo compete el derecho de tanteo dentro de dos meses de que se le requiera por el útil, sino que tambien á este en calidad de comunero le pertenece expresamente igual derecho, quando el dueño venda su directo dominio, estando igualmente obligado á requerir al útil, para que dentro de dos meses use, si quiere, de este derecho.

XII. Las liquidaciones de la casa enfitéutica que se venda, se harán con arreglo á las prevenciones siguientes.

XIII. La cincuentena ha de ser no solo del valor líquido del solar, ó area superficial en que este construida la casa, sino de lo edificado en ella, como va dicho.

XIV. A la carga de policía del alumbrado se regulará

su capital al tres por ciento, interin dure la Real pragmática de 1705, y de su importe tampoco se sacará cincuentena, y este capital variará siempre que los censos se pongan á menor rédito por nueva pragmática, arreglándose la liquidacion al fuero de réditos que corra al tiempo de hacerse la venta.

XV. El capital de la carga de aposento se ha de baxar en las liquidaciones de cargas conforme á la qüota con que ahora se redime, en conseqüencia de los Reales decretos de 3 de Julio de 1760 y 3 de Septiembre de 1761, ó segun en adelante corrieren estas redenciones.

XVI. No se ha de perjudicar con estas declaraciones el derecho que puedan tener los dueños del directo dominio para la cobranza del laudemio en mayor cantidad de la cincuentena, respecto á aquellas ventas judiciales, ó extrajudiciales otorgadas con anterioridad á esta providencia, en que solo falte la formalidad de la extension de la escritura de venta, y esten las partes perfectamente convenidas.

XVII. El coste de las obras de limpieza suplido en fuerza de las órdenes de policía dadas en esta razon quedará sujeto á cincuentena; porque el inquilino paga al casero su rédito conforme á la ordenanza de 14 de Mayo de 1761.

XVIII. Para que los ciento noventa y un solares yermos que parece hay dentro de los muros de esta villa de Madrid, se puedan reedificar, se concede un año de término á sus respectivos dueños, en el qual tambien puedan venderlos por sí mismos, ó darlos á censo perpetuo con la obligacion de reedificarlos dentro del propio término contado desde el dia en que el dueño del solar fuere citado á este efecto; y para que mas se animen á la reedificacion de dichos solares, concede S. M. á los que edifiquen en ellos la libertad de la casa de aposento por los diez primeros años; pero en el caso de que los dueños de los citados solares no los reedifiquen, se venderán en pública subasta, citándose á dichos dueños para que comparezcan dentro de quatro meses á producir sus títulos, y no haciéndolo dentro de este término, se tasarán por el maestro mayor de esta villa, y el que las partes nombren por la suya, con citacion del Procurador de Madrid, rematándose en el mayor postor, otorgándose venta judicial á favor de este que ha de

hacer obligacion afianzando de reedificar dentro de un año el expresado solar segun reglas de policía, cuidando el Procurador General del cumplimiento.

XIX. El precio que produzcan los solares yermos, cuyos dueños no se descubrieren, se entregará á disposicion del Ayuntamiento de Madrid, para que lo pueda emplear en beneficio comun y de sus obligaciones baxo las reglas y formalidades que los demas caudales públicos, haciendo presente al Consejo su inversion, y quedando hipotecados especialmente los efectos en que se invirtiere, y generalmente obligados todos los de esta villa de Madrid á restituir dicho precio á quien legítimamente corresponda, siempre que parezca su dueño: todo en conformidad de las Reales intenciones de S. M. de que se halla formalmente enterado el Consejo; pero del erial que perteneciere á parte legítima, y lo hiciere constar, se entregará á aquella el importe.

XX. Para que se verifique enteramente lo dispuesto en el capítulo antecedente, se da comision á los Tenientes de Corregidor de Madrid, previniéndoles que ántes de rematar estos solares den cuenta al Consejo en Sala de Provincia, adonde toca, de las respectivas diligencias en cada solar, para que recaiga su aprobacion en caso de no hallarse defecto notable, con declaracion de quedar los nuevos compradores con el depósito efectivo del precio en que se les rematase el solar, libres de otra carga, gravámen, ni responsabilidad, aunque sea por razon de hipoteca; pues todas las acciones de qualesquier interesado deben ceñirse al precio del remate depositado en la forma que va dispuesto en el artículo antecedente.

XXI. Y asimismo mandaron que este auto se imprima é inserte entre los acordados, y comunique á la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, al Corregidor de Madrid, sus Tenientes y demas á quienes corresponda, y lo rubricaron.

Apéndice en que se insertan dos Reales órdenes pertenecientes á este capítulo.

Circular de 28 de Diciembre de 1798. — El Excmo. Señor Don Miguel Cayetano Soler ha comunicado al Excmo. Señor Don Gregorio de la Cuesta Gobernador del Consejo

con fecha de 18 de este mes la Real órden que dice así: "Excmo. Señor: Habiendo representado al Rey Don Joseph Zoylo Fonseca vecino de Almuñecar, los inconvenientes que hallaba para realizar la enagenacion de las fincas vinculadas que posee, en conformidad á lo resuelto por el Real decreto de 19 de Septiembre último, por hallarse gravadas con varios censos particulares, se ha servido resolver S. M. que si los censos afectos á las fincas son redimibles, entren sus capitales por via de depósito en la Caxa de amortizacion baxo el interes de tres por ciento, bien sea para reimponerlos sobre ella, si consienten los dueños, ó para devolvérselos siempre que intenten darles otro destino. Que si estos capitales de censos redimibles corresponden á obras pias, capellanías, memorias, aniversarios, patronatos de legos, ú á otros establecimientos piadosos, queden precisamente subrogados en la Caxa de amortizacion segun el espíritu del Real decreto de 19 de Septiembre de este año. Y finalmente que los censos perpetuos ó enfitéuticos que tengan contra sí los bienes en favor de particulares, de cuerpos eclesiásticos, ó de fundaciones piadosas, pasen con las mismas fincas que les sirvan de hipotecas; bien entendido que no adeudarán derecho de laudemio por la primera venta, puesto que por ser vinculadas no pudieron esperarle los dueños del dominio directo. Lo comunico, &c."

Don Cárlos, &c. Ya sabeis que con el fin de disminuir la circulacion de los vales con utilidad del Estado y de mis vasallos, tuve á bien entre otras cosas por mi Real cédula de 10 de Noviembre de 1799 conceder permiso á todos los que tuviesen contra sí censos perpetuos y al quitar, y asimismo á los que poseyesen fincas afectas á algun cánon enfitéutico, para que los pudiesen desde luego redimir con vales, disponiendo que estos quedasen fuera de la circulacion, á cuyo fin los que redimiesen dichos censos presentasen los vales en mi Tesorería general, ó en las de exército y provincia, para que se les pusiese mi Real sello que explicase dicha circunstancia, á mas de la nota que expresase el dueño á quien perteneciese en virtud de la redencion, sirviendo así de título de propiedad, y para percibir sus intereses anuales hasta que llegase el caso de amortizarse por mi Real hacienda, sin necesidad de renovacion. Posteriormen-

te por mi Real pragmática de treinta de Agosto de mil ochocientos establecí un nuevo sistema para la consolidacion del crédito de los vales baxo la autoridad del mi Consejo por medio de la Comision gubernativa á quien se encargó la recaudacion y administracion de los arbitrios y fondos destinados al efecto, y que por lo respectivo á los de que trata mi citada Real cédula de diez de Noviembre de mil setecientos noventa y nueve, rectificase las reglas que deben gobernar en su exâccion, guardando los principios de justicia, para que no se perjudiquen en la redencion de censos perpetuos los derechos del dominio directo y útil. Cumpliendo con este encargo la Comision gubernativa remitió al mi Consejo en once de Diciembre próximo un reglamento que habia formado para la redencion con vales Reales de los censos al quitar, perpetuos y cargas enfitéuticas, ciñéndose en esto á lo dispuesto en la expresada Real cédula de diez de Noviembre de mil setecientos noventa y nueve, y extendiéndole á la redencion de cargas de aniversarios, capellanías, misas, festividades, limosnas, dote y qualquiera otra prestacion anua; como tambien á la de los gravámenes á favor del Real patrimonio con inclusion del Real hospedage de corte, limpieza de ella y su alumbrado, y á la venta de bienes de mayorazgos con el fin preciso de redimir los censos ó cargas impuestas sobre otros de la misma fundacion. Exâminado todo en el mi Consejo con la atencion y reflexion que corresponde á la gravedad y trascendencia de la materia, me manifestó en consulta de veinte y ocho de Marzo próximo lo que le parecia mas conveniente en el asunto, acompañando el nuevo reglamento que habia extendido con arreglo á lo propuesto por el mi Fiscal y por la Comision gubernativa; y por mi Real resolucion á ella publicada en nueve de este mes he venido en conformarme con el parecer del mi Consejo pleno, y mandar se guarde y observe el reglamento siguiente.

REGLAMENTO.....

1. Todo dueño y poseedor de fincas afectas á censo redimible por la convencion ó por la ley, ó perpetuo, de qualquiera naturaleza y condicion que sean, podrá redi-

mirlos con vales Reales por todo su valor y en los términos que se expresará, aunque se hayan impuesto con licencia ó aprobacion Real, ó intervenga pacto de no redimirse, ó se paguen la pension ó réditos en frutos, ó se haya estipulado que la redencion se haga con fincas ú otro efecto, ó en metálico con designacion de monedas.

2. Lo mismo podrá executar el poseedor de finca afecta á cargo de aniversario, capellanía, misa, festividad, limosna, dote y qualquiera otra prestacion anua, ó en determinado tiempo, por la que pague alguna cantidad de dinero, de frutos ó cosa equivalente.

3. La propia facultad se concede al poseedor de finca afecta á los mismos gravámenes á favor del Real patrimonio, con inclusion del Real hospedage de corte, su limpieza y alumbrado, ó qualquiera otra de naturaleza semejante.

4. Los poseedores de mayorazgos y vínculos y qualesquiera mano muerta que para redimir las referidas cargas afectas á fincas de una misma fundacion quieran vender otra de su dotacion, podrán hacerlo procediendo á la venta en pública subasta, con arreglo á lo prevenido en el capítulo quarenta y seis del reglamento inserto en la Real cédula de veinte y uno de Octubre último; y el precio del remate servirá sin deduccion alguna para la redencion de las citadas cargas, quedando impuesto el sobrante, si lo hubiere, sobre la Real caxa de Extincion.

5. Tambien se podrán redimir con vales los cánones enfitéuticos impuestos sobre las casas de las ciudades del reyno, pagando un capital doble por el cánon regulado á razon de treinta y tres y un tercio al millar, y por derecho de laudemio la cantidad que á un tres por ciento reditue en veinte y cinco años una cincuentena del valor de la casa, rebaxando de él el importe de las cargas á que esté sujeta.

6. En las redenciones de los censos al quitar, de cuyas escrituras consten los capitales, se procederá por su respectivo importe, y por el doble de él en los censos perpetuos y qualquiera otro gravámen que tambien lo sea, en que su dueño no tenga mas derecho que el percibo de su tributo ó pension en los plazos estipulados, si en las escrituras de im-

posicion resulta el citado capital; y no resultando, se regulará por la pension ó cánon anuo á razon de treinta y tres y un tercio al millar.

7. Para facilitar la redencion de las cargas pertenecientes al Real patrimonio y demas expresadas en el capítulo tercero de este reglamento permite S. M. por su Real beneficencia que se puedan redimir entregando un capital sencillo, quedando sin embargo subsistente en quanto á esto lo mandado en los años de sesenta, y sesenta y uno por lo que respeta á la carga de aposento y Real hospedage.

8. Asimismo se procederá por el capital doble que resulte de las escrituras de fundaciones en las redenciones de las cargas de aniversarios, misas, capellanías, sufragios, limosnas y demas de su clase; y si no resultase de ellas mas que la cantidad fixa que en cada uno debe satisfacer el poseedor de la finca, se formará el capital por dicha regla de treinta y tres y un tercio al millar.

9. Si el importe de estas cargas en cada un año fuese incierto por el mas ó ménos gasto en su cumplimiento, ó por la mayor ó menor estimacion de los efectos en que se execute, se formará el capital por el valor de un año comun en los últimos cinco que resulte haber tenido por las cuentas corrientes, ó por otro medio justo y equivalente que en su defecto tomen los Jueces Eclesiástico y Real que entiendan en su redencion.

10. La propia regla del quinquenio se observará para la regulacion de valores en los casos en que los réditos, tributos ó gravámenes se paguen en granos ú otra especie que no sea dinero.

11. Quando las escrituras de imposicion de estos censos y cargas no permitan la redencion por partes, ni haya órdenes especiales con que puedan hacerlo en las de que se trate, como sucede en las de Propios, lo podrán executar por la mitad por lo ménos, conforme á la ley, á no ser que por la cortedad del capital ó por la calidad de la carga no admita esta division sin causar perjuicio atendible al dueño ú objeto del gravámen.

12. Los poseedores de las fincas sitas en el territorio de un mismo pueblo podrán juntarse para redimir en union los referidos gravámenes que pertenezcan á la Real hacien-

da á un propio cuerpo ó comunidad, ó á un solo vínculo ó dueño particular, haciéndose las entregas en la especie de moneda que permita el capital de la respectiva carga; y de este modo conseguirán el beneficio que les resultará en el prorateo de los gastos de su cuenta hasta verificar la redencion, escusándose asimismo la multiplicacion de escrituras de imposicion.

13. Con el mismo objeto podrán tambien reunirse los capitales de diferentes redenciones que se hubieren hecho á una misma persona ó cuerpo, para que hallándose en estado de imponerse á un tiempo, se execute baxo de una escritura, si lo solicitaren los interesados.

14. Aunque las escrituras se hayan hecho con separacion, y pertenezcan á diversos objetos, las de aniversarios, misas, festividades, limosnas, y otras en que se cite de redencion al cabeza de la iglesia ó comunidad eclesiástica donde se cumplan, ó al Procurador general y Síndico Personero, como se dirá, se podrán cobrar los réditos de cada plazo en union con un solo recibo, y quedará el representante respectivo en la obligacion de cumplir y hacer cumplir la distribucion dada por los fundadores en los propios términos que ántes lo hacian los poseedores de las fincas, y las jurisdicciones eclesiástica y Real ordinarias, ó las privilegiadas con sus funciones en los capitales nuevamente impuestos y sus réditos.

15. Los capitales para las redenciones con vales Reales y pico en efectivo que deben imponerse, se consignarán y entregarán en la Real caxa de Extincion, ó en sus Comisionados, con separacion del importe de los réditos vencidos que han de percibir sus respectivos interesados.

16. De estas entregas se darán por la Real caxa ó sus Comisionados los competentes recibos con expresion de la cantidad que sea en dinero sonante, y de la que fuere en vales su número, creacion é importe.

17. Los Escribanos que autorizen las redenciones sacarán copias testimoniales de los citados recibos, que insertarán en las mismas escrituras, y los originales se dirigirán á la Comision gubernativa por mano de su Contador, á fin de que tomada la razon, y elevándose con ella á verdaderas cartas de pago, se pase al otorgamiento de las escritu-

ras de imposicion que han de servir de nuevo título al dueño del cánon, censo ó gravámen, quedándo respectivamente archivadas en la contaduría, ó protocolizadas dichas cartas de pago.

18. Si los capitales de las mencionadas cargas perteneciesen á establecimientos piadosos, vinculaciones, ó á qualquiera otro cuerpo, comunidad ó persona, que por su constitucion ó calidad de perpetuas deban volverse á imponer, se hará sobre los fondos de la misma Real caxa de Extincion al rédito permitido del tres por ciento en escritura formal, que se otorgará por el Señor Gobernador del Consejo de Castilla con la misma solemnidad y en los términos que las procedentes de los capitales de las ventas de fincas de los mismos establecimientos y vínculos que comprehende el reglamento inserto en la Real cédula de veinte y uno de Octubre próximo.

19. Si los capitales correspondiesen á cuerpo, comunidad ó persona que por su constitucion ó por la calidad de los mismos gravámenes pudieran hacer uso libre de los vales y pico, se les entregarán á su libre disposicion y voluntad para que les den el destino que les convenga.

20. Si el censo ó gravámen es libre en su poseedor, podrán este y el de la finca á que esté afecto, proceder á la redencion amistosa y extrajudicialmente por medio del correspondiente documento en que conste la imposicion con todas sus circunstancias, y la súma del capital quando la arreglen de conformidad por no resultar de la escritura de imposicion.

21. Si alguno resistiere la redencion en esta forma, se solicitará judicialmente; y lo propio quando el gravámen perteneciere á vínculo, capellanía, obra pia ú otro establecimiento de su clase, y en la escritura de imposicion no resulte el capital.

22. En estos casos se pedirá la redencion ante el Juez que se hallare nombrado en la escritura de imposicion, y en su defecto ante el del acreedor, ó el del pueblo donde exîsta la finca, á eleccion de su poseedor, haciéndolo en todas partes segun práctica del foro, á fin de que citándose al dueño del censo, cánon ó gravámen por el término que se le señale, acuda dentro de él con la escritura de imposi-

cion; y constando de sus condiciones el capital de la redencion, recoja el importe de los réditos vencidos que se haya depositado al propio tiempo, y los vales, si tuviere libre uso de los capitales, ó exponga el que deba percibir, y se le haga pago del que corresponda, procediéndose despues á lo demas que queda prevenido.

23. En la redencion de cargas de aniversario, misa, festividad, limosna y otras de su naturaleza en que no haya mas representante de la fundacion que el poseedor de la finca que la cumpla ó haga cumplir, se citará en las sujetas á la jurisdiccion eclesiástica al cabeza de la iglesia, cabildo ó comunidad eclesiástica donde se verifique este cumplimiento, ó tenga aplicacion la carga, y al Procurador general y Síndico Personero en las que lo esten á la jurisdiccion Real; pero como en muchos pueblos hay mas de un Párroco, y puede ser libre el cumplimiento ó aplicacion en una ú otra parroquia, se entenderá la citacion con el que entre ellos haga de mas antiguo en sus cabildos ó funciones comunes.

24. Si en las redenciones de cargas de capitales inciertos por su naturaleza ó constitucion no se conviniesen las partes en arreglarlos por sí, y se solicitaren judicialmente, se procederá de plano y sin figura de juicio breve y sumariamente á formarle por la ley, estatuto ó práctica constante de cada pueblo, partido ó provincia en los términos referidos, y baxo del concepto de que si fuere preciso para su execucion tasar las fincas por peritos que nombren las partes, se estará á lo que de conformidad declaren estos, ó el tercero de oficio en caso de discordia, sin admitir recurso ni reclamacion ulterior que impida la pronta redencion por la regulacion respectiva de estos peritos.

25. Por estas redenciones no se devengarán alcabalas, cientos ni otro derecho, aunque sea práctica, ó esté estipulado que al executarlas se pague la mitad, ó mas ó ménos: y tampoco se exigirán por las ventas de fincas vinculadas ó de manos muertas que se executen con el objeto á estas redenciones, ni el quince por ciento de las nuevas imposiciones que por ellas se hagan á su favor.

26. Para evitar competencias y dudas de jurisdiccion en este ramo se declara que los Corregidores o Alcaldes

mayores de los pueblos señalados por cabeza de partido para las tomas de razon de semejantes escrituras en los oficios de hipotecas conforme á la ley y Real pragmática de treinta y uno de Enero de mil setecientos sesenta y ocho, son Comisionados regios para entender en la execucion de lo sujeto á la jurisdiccion Real por este reglamento con sus incidencias, y las Justicias ordinarias de ellas en su respectiva jurisdiccion los Subdelegados natos, sobre cuya conducta velarán aquellos con la mayor diligencia, determinarán las dudas que les consulten, y cuidarán de lo demas concerniente á esta importante comision, disponiendo por sí se hagan las redenciones que correspondan á su juzgado ordinario, y dando cuenta á la Comision gubernativa de quanto convenga al mas pronto y exâcto cumplimiento de todo.

27. En las redenciones de las cargas que por las circunstancias de su constitucion, las de sus réditos ó pensiones, y las de sus dueños se hallen sujetas á la jurisdiccion eclesiástica, dispondrán su execucion los M. RR. Arzobispos, RR. Obispos y demas Prelados eclesiásticos seculares y regulares, sus Vicarios y subalternos, con tal que las escrituras de redencion se otorguen por ante el Escribano Real ó de Número del pueblo que corresponda, observando en todo lo prevenido en este reglamento.

28. En los oficios de hipotecas de las cabezas de partido se tomará razon de todas las redenciones, como está mandado por la citada Real pragmática de treinta y uno de Enero de mil setecientos sesenta y ocho; y sus Escribanos tendrán la obligacion de formar relaciones mensuales de ellas, las que pasarán á sus respectivos Corregidores inmediatamente, para que con su visto-bueno las dirijan á la Comision gubernativa por mano de su Contador general.

29. Podrán llevarse derechos moderados por estas redenciones, exigiéndose con arreglo á arancel ó á la práctica mas equitativa, satisfaciendo cada parte los que ocasione por sus particulares disputas ó pretensiones, y los de oficio por el que solicite la redencion, á no ser que por contradiccion del censualista se le condene á su pago en todo ó en parte, ó en la escritura de imposicion se haya estipulado otra cosa.

30. En cada pueblo cabeza de partido habrá un Comisionado de la Real caxa subalterno del principal de la capital

de la provincia ó reyno, con quien se entenderá aquel, y este con la Comision gubernativa por mano de su Contador en los términos que en los demas ramos aplicados á la Real caxa, observando todos las órdenes que por su respectiva variacion se les comunicaren para el mas pronto y exácto cumplimiento de sus encargos sobre este reglamento.

31. De todas las redenciones que se executen con vales y el pico en dinero, en los términos que quedan referidos, se remitirán inmediatamente por los Comisionados de la Real caxa á la Comision gubernativa unos y otros fondos, á fin de que reunidos con los que se entreguen en ella y se recojan por los demas ramos aplicados á la extincion de los citados vales, los amortice segun vayan entrando todos, reduciendo con el efectivo los que quepan al propio intento; lo que se avisará al público para su gobierno y satisfaccion en los términos acordados.

32. A proporcion de la repeticion y aumento que tengan estas extinciones, debe esperarse que llegue muy pronto la época deseada é importante de que en seguida se rediman asimismo las cargas que, aunque mas suaves, constituyen las escrituras de nueva imposicion, y se executará por el órden de sus fechas; á excepcion de las que se otorguen á favor del Real patrimonio y regalía de casa aposento, con las quales se concluirá; y á fin de que no decaigan ni se extingan sus rendimientos, se elegirán entre los arbitrios aplicados al pago de intereses de vales Reales aquel ó aquellos que convenga subrogar, cesando en su conseqüencia todos los demas.

33. No habiendo llegado el caso de repartirse á las provincias ni usarse sello con que se habian de marcar los vales Reales que sirvieran á la redencion de censos, segun la Real cédula de diez de Noviembre de mil setecientos noventa y nueve, y existiendo por ello como consignados los vales Reales importe de las redenciones solicitadas, y estas sin perfeccionarse, deberán los Jueces y los interesados arreglarse para ellas á este reglamento, y en su virtud se pasarán á los Comisionados de la Real caxa todos los consignados, á fin de que conforme á sus capítulos y pertenencia de los capitales se hagan las escrituras de imposicion y subrogacion.

34. No podrá Escribano alguno autorizar las escrituras de redencion de censos, cánones ó gravámenes que se otor-

guen en virtud de este reglamento sin sujetarlas á sus prevenciones, baxo de la pena de nulidad del instrumento y privacion de su oficio.

Y para que todo lo referido....veais el reglamento inserto.... y quiero se execute sin embargo de lo prevenido en la citada Real cédula de diez de Noviembre de mil setecientos noventa y nueve, en quanto á los cánones enfitéuticos, y en otras qualesquier leyes, decretos y resoluciones, que anulo y revoco en lo que no sean conformes á lo que se dispone en el expresado reglamento, &c.

CAPÍTULO XII.

De las donaciones.

§. I.

De la donacion entre vivos.

1 Esta palabra *donacion*, cuya etimología ó denominacion viene de la latina *donum* que significa el don, y del supino *datum* del verbo *dó*, *das* que significa dar, quiere decir lo mismo que dacion, entrega, don ó dádiva de alguna cosa permitida. El contrato de donacion puede celebrarse de dos modos, ó con la tradicion de la cosa sin preceder promesa, en cuyo caso se transfiere inmediatamente el dominio en el donatario, ó con la promesa que uno hace de dar á otro cierta cosa, por la qual queda obligado. (*a*) Divídese la donacion *en donacion entre vivos, y donacion por causa de muerte*: la primera *es la que hace un hombre estando bueno sin temor de la muerte ni de otro peligro*; y la segunda la que se difine en el n. 33.

2 La donacion entre vivos se divide en *propia é impropia*: la propia *es la que se hace únicamente por mera liberalidad con ánimo de que el donatario adquiera incontinente la cosa donada, y de que nunca vuelva al donante*: por cuya razon se llama *pura, simple, graciosa y perfecta*. La impropia ó imperfecta *es la que se hace con causa, ó baxo de cierto modo ó condicion*, como la dote ó las arras, la remuneratoria, que es la hecha en recompensa de beneficio recibido, por cuyo

(*a*) Góm. lib. 2 Var. cap. 4 n. 1.

motivo es irrevocable, la que se hace con tal modo ó condicion que no verificándose, puede revocarla el donante, y la hecha hasta cierto tiempo, que es válida, porque el dominio de las cosas se puede transferir á algun sugeto por tiempo determinado, y cumplido este á otro ú otros á voluntad del donante, y por consiguiente en las donaciones se pueden hacer substituciones y revocaciones como en los testamentos, é imponerse todas las condiciones posibles y honestas.

3 Si la donacion es graciosa, no se halla precisado el donante á obligarse á la eviccion y saneamiento de lo que dona; pero sí siendo remuneratoria, á no ser que se estipule lo contrario, ó la haga para que tenga efecto despues de su muerte.

4 Ninguno puede hacer donacion de todos sus bienes, aunque sea solo de los presentes, (*a*) pues es muy reprehensible y contra buenas costumbres que se quede una persona sin lo preciso para su manutencion: lo qual se amplia, aunque sea recíproca entre dos ó mas personas, y se haga con insinuacion y juramento, porque viene á ser y se reputa un pacto de suceder que está prohibido por derecho, como diré mas adelante; y lo mismo procede en la simulada ó hecha en fraude de la ley. Pero si reserva para sí por toda su vida el usufructo de sus bienes, siendo bastante para su manutencion, será válida la donacion, (*b*) como tambien si el donatario se obliga á mantener al donante miéntras viva, á enterrarle segun su calidad, y á cumplir lo que disponga en su testamento.

5 Si la donacion pasa de 500 maravedís de oro, necesita de insinuacion, esto es, de que se manifieste al Juez mayor del lugar en que se hace, y si es aldea, al de la cabeza de ella que es donde reside regularmente el Corregidor, á fin de que la apruebe é interponga en ella su autoridad judicial, sin cuyo requisito es nula en lo que exceda de dicha cantidad. (*c*) La razon de esta prohibicion es para que donacion tan excesiva se haga con mayor deliberacion y conocimiento, y se eviten fraudes. Lo mismo ha de decirse de la remision del débito por via de donacion, caso que exceda dicha suma, aunque provenga de diversas causas, y se haga á muchos deudores; pero si la

(*a*) Ley 69 de Toro que es la 8 tit. 10 lib. 5 R. (*b*) Cov. lib. 3. Var. cap. 12 et in rubr. testam. part. 2 nn. 8 y sig. Matienzo ley 8 tit. 10 lib. 5 R. glos. unic. Larrea decis. 66 n. 36. (*c*) Ley 9 tit. 4 P. 5.

donacion es jurada, vale sin insinuacion; (a) (1) y para esta pueden acudir donante y donatario, aun siendo Eclesiásticos, al Juez Real, porque como es acto que no requiere conocimiento formal de causa, tiene jurisdiccion para ello, bien que el donante es el que debe pedirla, no otro; (b) y así puede dar en la donacion facultad al donatario para que haga la insinuacion en su nombre, sino quiere hacerla por sí mismo. Si el Escribano es Juez, se podrá hacer ante él la insinuacion de la donacion que autorizó como Escribano, porque en este pueden concurrir las dos personalidades, y puede hacerse uso de ámbas; pero no, si el Juez es donante ó donatario. (c)

6 Algunos afirman conformándose en la práctica con su opinion que no es necesaria la aprobacion judicial, y que basta la insinuacion hecha en la misma escritura ante Escribano como persona pública, poniendo en ella esta cláusula: "Consiente el otorgante en que se haga insinuacion de esta donacion para su mayor estabilidad ante Juez competente con arreglo á la ley; y para que no sea necesaria dicha solemnidad, que renuncia, tiene por legítimamente hecha la insinuacion ante mí como persona pública, y quiere que tenga la misma fuerza que si se hiciera en forma legal, &c." Pero yo no me conformo con una práctica ó corruptela que han introducido algunos Escribanos y no todos observan, porque la citada ley 9 concede únicamente esta facultad al Juez Mayor, y no á otro inferior ni al Escribano como tal, segun evidencian estas palabras: *lo que fuesse dado de mas, non valdria. Fueras ende, si lo ficiesse con carta, é con sabiduría del mayor Juzgador de aquel logar do ficiesse la donacion.* Ademas es infructuosa la renuncia de la insinuacion, ya porque no es acto del donante sino del donatario, en cuyo privativo beneficio

(a) Gut. de Juram. confirm. part. 1 cap. 7 n. 2. Matienzo ley 7 tit. 10 lib. 5 R. glos. 6. Hermos. en la 9 t. 4 P. 5 glos. 15 nn. 5, 6, 7 y 8.

(1) No debe valer sin insinuacion la donacion que exceda la dicha cantidad, aunque quiera corroborarse con juramento, pues con la misma facilidad que puede ser inducida una persona á hacer tan grande donacion, se le podrá inducir á jurarla, como se dice en el n. sig. hablando de la renuncia de la insinuacion. El juramento y las disposiciones canónicas no deberian quitar á las leyes justas y razonables su fuerza y vigor.

(b) Matienzo ley 7. t. 6 lib. 5 R. glos. fin. n. últ. (c) Matienzo dicha ley 7 t. 10. lib. 5 R. glos. 6 n. 3. Hermos. en la 9 t. 4 P. 5 glos. 16 nn. 5 y 6.

cede, y ya porque en la renuncia se presume fraude y colusion, pues con la facilidad que qualquiera poco cauto puede ser inducido dolosamente á donar, lo puede ser á renunciar la insinuacion. Por tanto, aunque el donante mande que la cláusula se ordene en estos términos: "y si esta donacion excediere de los quinientos maravedís de oro que la ley permite donar sin insinuacion, quiero y mando que quantas veces exceda, tantas se tenga el exceso por nueva donacion, pues para su mayor estabilidad renuncio la ley 9 tit. 4 Partid. 5, á fin de que nunca sea necesaria la insinuacion que previene;" no valdrá la donacion en el exceso, sino se hace la insinuacion, y sí en los 500 maravedís, porque en las cosas divisibles no se vicia lo útil por lo inútil: (*a*) siendo de advertir que quien reclame la donacion, debe justificar la falta de insinuacion. (*b*)

7 En órden al valor de los 500 maravedís de oro hay varias opiniones, porque cada uno ajustó la cuenta segun el que tenia en su tiempo la moneda corriente, y todos dixeron bien y una misma cosa en la substancia; pero la cuenta que me parece debe ajustarse hoy, es esta. Cada maravedí de oro valia lo que un castellano (*c*) que fué moneda de oro de estos reynos y la quinquagésima parte de un marco de ocho onzas, (*d*) y si actualmente los hubiera, valdria cada uno 1740 maravedís de vellon y 4 quintos de otro, porque en el siglo decimoquinto valia un escudo sencillo 400 maravedís, y el castellano 544: de suerte que valiendo hoy el mismo escudo 1280 maravedís que son 37 reales y 22 maravedís, corresponden al castellano los 1740 y 4 quintos, y los 500 maravedís de oro compondrán 25600 reales. Si se consideran sueldos de oro y cada sueldo de 485, ó 500 maravedís del valor actual, ascenderán á 25000 maravedís que hacen 7352 reales y 32 maravedís de la propia especie. Mas siendo todo esto opinable, convendria que el Soberano hiciera la declaracion correspondiente para evitar las dudas ocasionadas por la alteracion que ha habido en la moneda despues de las leyes de Partida.

(*a*) Regla 37 jur. in 6. (*b*) Luca de Donation. discurs. 2 desde el n. 14. (*c*) Greg. Lop. ley 9 t. 4 P. 5 n. 14. Cov. de Vet. num. cap. 6 n. 4. Escobar comput. 1 nn. 16 y sig. y comput. 25. (*d*) Auto único. §. 1 al fin, y ley 2 t. 22 lib. 5 R.

8 No necesita de insinuacion la donacion antidoral ó remuneratoria, porque esta no es propiamente donacion sino compensacion de méritos hechos ó beneficio recibido; ni tampoco la del tercio y remanente del quinto hecha á los descendientes legítimos, porque pende del futuro evento de la muerte del testador el saber si excederá ó no de los 500 sueldos ó maravedís de oro; (a) por lo qual es superflua la cláusula de insinuacion que algunos suelen poner en estas donaciones sin saber por qué, y nada mas que por haberlo visto hacer á otros ignorantes. Tampoco necesitan de insinuacion la donacion por causa de muerte: la que el Emperador ó Rey hace, ó se les hace: la que se hace á alguno para reparar su casa arruinada ó quemada: la que se hace para redimir cautivos, á obra pia, ó lugar religioso, aunque acerca de esta se duda: la que se hace á muger menor ántes de casarse por razon de dote, si está destituida del auxílio paterno: (b) la renuncia de herencias y derechos futuros, (c) la recíproca, ni otras que expresa Hermosilla. (d) Finalmente tampoco necesita de insinuacion la de alguna ó algunas fincas raices á renta vitalicia al riesgo de la vida del donante, de que para modelo se extenderá la correspondiente escritura.

9 Es nula la donacion que se hace con fraude por no pechar, aunque no llegue á los 500 maravedís de oro, v. gr. á hijo clérigo teniendo otros legos; (e) y así en la que se haga á clérigo, iglesia, convento, memoria pia, capellanía ó á alguno para ordenarse, convendrá poner esta cláusula: "cuya donacion le hace sin que por ella sea visto perjudicar ni defraudar los derechos Reales y demas cargas que pagarian los bienes contenidos en ella, si los poseyera un lego; pues quedan afectos á todo en iguales términos indistinta y absolutamente, para lo qual ha de entenderse y estimarse exîstir en poder de persona no exênta ni privilegiada."

10 No pueden hacer donacion entre vivos el menor de 25 años, ni el loco, ni el fatuo, ni el declarado por pródigo, aunque sí valdrá la que otro les haga. Tampoco es válida la que hace el que cometió crimen de lesa magestad, ó dió con-

(a) Matienzo ley 7 t. 6 lib. 5 R. glos. 3 n. 2. (b) Leyes 9 t. 4 P. 5, 18 de Toro y 6 t. 5 lib. 3 del Fuero Real. (c) Ley 9 t. 4 P. 5 glos. 15 n. 17. Góm. lib. 2. Var. cap. 4 n. 10 vers. Item etiam. (d) Dicha ley 9 de Part. glos. 15. (e) Ley 11 t. 10 lib. 5 R.

sejo para él, el que maquinó la muerte, mutilacion de miembro, ó lesion de algun Consejero del Rey, el que procuró excitar alguna division en el reyno, ni el declarado en juicio por herege; pero si es acusado de otro delito, aunque deba morir ó ser deportado por él, puede hacer donacion hasta el dia que sea condenado, no despues; y si la hace ántes de cometerle, valdrá sin embargo de que luego se le condene. (*a*)

11 Tampoco pueden hacerla el Arzobispo y Obispo de los bienes de la Iglesia ni su Administrador sino en los casos y con los requisitos que prefinen las doce leyes del tit. 14 Part. 1 concordantes con el derecho canónico: ni el marido y muger recíprocamente constante el matrimonio, sino que sea remuneratoria, como la que el marido viejo hace á muger pobre, moza, doncella, noble ó hermosa; mas para que esta sea válida, si el donante tiene ascendientes ó descendientes, se ha de confirmar con su muerte, ó ha de ser jurada, ó de las cosas que se especifican en los nn. 21 y sig. (*b*)

12 El hijo que está baxo de la pátria potestad no puede hacer donacion sin licencia de su padre, á no ser que tenga peculio, ó bienes castrenses ó quasicastrenses, que entónces no la necesita; pero teniendo bienes profecticios puede dar de ellos alguna cosa á su madre, hermana, sobrina ú otro pariente con justa causa, ó al maestro que le enseña alguna ciencia el salario correspondiente sin el permiso paternal. (*c*)

13 Sin embargo de que segun la ley 2 tit. 16 lib. 5 Rec. de qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado, se duda entre los AA. sino habiéndose aceptado la donacion, podrá el donante revocarla, aunque sea jurada y contenga la cláusula de constituto; (*d*) y para que por la ausencia y falta de aceptacion del donatario no pueda revocar el donante la donacion que le hace, y evitar dudas y disputas, (1) se pondrá con expresa anuencia del mismo donante y no sin ella, despues de las cláusulas que se

(*a*) Leyes 1 y 2 t. 4 P. 5, y 5 t. 12 lib. 3 del Fuero Real. Góm. lug. cit. n. 23. (*b*) Leyes 4 y 5 t. 11 P. 4. Góm. cap. cit. Gut. de Juram. confirm. part. 1 cap. 3. (*c*) Ley 3 t. 4 P. 5. Ferrar. Bibliot. verb. Donatio, art. 1 nn. 34, &c. y 42. Matienzo ley 3 t 8 lib. 5 R. glos. 1 y 2. (*d*) Gutierr. repet. cap. Quamvis, de Pactis nn. 53 y sig.

(1) No debiera haberlas, pues la ley usa de palabras tan expresivas que es claro no permite al donante revocar dicha donacion.

requieren para su estabilidad, la siguiente. "Y mediante á que se halla ausente el donatario, y no puede por este motivo aceptar la donacion que le hago, para que no pueda invalidarse ni yo revocarla por razon de no haberla aceptado, pido al presente Escribano que como persona con autoridad pública y Real, usando de la facultad que el derecho le confiere, la acepte en su nombre, con lo qual será irrevocable en el todo, como si el mismo donatario la aceptara expresamente y se le entregara el título de ella; y renuncio la ley 10 tit. 12 lib. 3 del Fuero Real que por falta de entrega de la escritura de donacion me permite su revocacion, y demas concernientes al asunto para no aprovecharme de su auxilio en manera alguna. Y yo el infrascripto Escribano la acepto en forma legal por el mencionado donatario para dicho efecto. Por tanto á tenerla por firme obligo yo el otorgante todos mis bienes, &c." Con esta cláusula queda tan firme, como si el donatario la aceptase por sí, pues los Jueces y Escribano como personas con autoridad pública pueden aceptar promesas en nombre de otros, y los prometedores quedan obligados á cumplirlas, segun lo dispone la ley 7 tit. 11 Part. 5 que dice: "E aun decimos que los Judgadores, é los Escribanos de Concejo... pueden recebir promission en nome de otro... Cá maguer ninguno destos sobredichos, en cuyo nome fuesse recebida la promission, non estuviesse delante quando la recibió, vale la promission, é puedela demandar aquel en cuyo nome fuesse fecha, tambien como si él mismo la oviesse recebida." Es verdad que esta ley habla de los Escribanos de Concejo ó Ayuntamiento que son los que este ó el dueño jurisdiccional nombra, y eran los que habia al tiempo de la formacion de las Partidas; pero debe entenderse con mayor razon de los Escribanos públicos y Reales, porque tienen título Real, y pueden actuar así en lo judicial como en contratos y testamentos, de lo qual se hallan imposibilitados hoy los meros Escribanos de Ayuntamiento como tales, por no tener autoridad ni facultades para ello, ni título ni aprobacion Real, de suerte que no son mas que unos fieles de fechos diputados únicamente para escribir y autorizar los acuerdos y demas cosas tocantes al Concejo. (a)

(a) Leyes del t. 25 lib. 4 de la Rec.

14 La donacion otorgada entre los esposos de futuro es válida y se perfecciona luego que se entrega al donatario la posesion de la cosa donada, aunque no se efectúe el matrimonio, si se pacta así entre ellos; pero si estipulan que ha de tener efecto, quando se haya consumado, no valdrá, porque se prefine para que llegue á perfeccionarse, un tiempo en que está prohibida, y se estima como donacion entre marido y muger. (*a*) Lo propio sucederá, si el novio teniendo en su casa á la novia se la hace ú ofrece en el mismo dia de la boda, mas no si ella está en la suya. (*b*)

15 Constante el matrimonio suelen marido y muger hacerse donaciones entre vivos, y para que el Escribano sepa quáles son válidas ó no, y por qué causas, me parece conveniente insertar las leyes 4, 5 y 6 tit. 11 P. 4. — Ley 4. "Durando el matrimonio facen á las vegadas (*á veces*) donaciones el marido á la muger, ó ella al marido, non por razon de casamiento, mas por amor que han de consuno uno con otro. E tales donaciones como estas son defendidas (*prohibidas*) que las non fagan, porque non se engañen despojándose el uno al otro por amor que han de consuno, é porque el que fuesse escaso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar. E por ende si las ficieren despues que el matrimonio es acabado, non deben valer, si el uno se ficiere por ello mas rico, é el otro mas pobre: fueras ende, si aquel que ficiesse tal donacion, nunca la revocasse, nin la desficiesse en su vida, cá estonce fincaria valedera. Mas si revocasse la donacion en su vida el que la ficiesse, diciendo señaladamente: tal donacion como esta que fice á mi muger, non quiero que valga; ó si callase non diciendo nada, é la diesse despues á otro, ó la vendiesse, ó si muriesse aquel que recibiera la donacion ante de aquel que la fizo, desatarse yé por qualquier destas razones la donacion primera."

16 Ley 5. "Casos ya, é razones en que valdria el donadío que ficiesse el marido á la muger, ó ella al marido, durando el matrimonio. E esto podria acaecer en dos maneras. La una es, assí como quando el que da la donacion, non se face por ella mas pobre, ó aquel á quien la da, se face por ella mas rico. E esto seria, como si algun ome, ó mu-

(*a*) Ley 4 Cod. de Donat. ante nupt. (*b*) Ley 6 Cod. de Donat. ante nupt.

ger ficiesse su heredero algun ome casado, diciendo assi: yo fago mi heredero á tal ome, nombrándole señaladamente. E mando, que quando él finare, que este heredamiento quel yo dó, finque á su muger. Cá si el marido della ante que entrasse en tenencia de aquella heredad, la diesse á su muger, valdria la donacion. E esto es, porque non seria él por ende mas pobre, pues que non era aun en tenencia del heredamiento, é non se le mengua ninguna cosa del patrimonio que avia ante. Esso mismo seria, si alguno en su testamento mandasse al marido alguna cosa, assi como casa, viña, ó heredad en la manera sobredicha, é despues la diesse á su muger ante que fuesse apoderado della. Otro tal seria, si el marido diesse á la muger alguna cosa que non fuesse suya, cá valdria la donacion para poderla ganar la muger por tiempo. Esso mismo seria, cá valdria la donacion que fuesse fecha en alguna otra manera semejante destas entre el marido, é la muger."

17 Ley 6. "Empobreciendo el que ficiesse la donacion por razon della, é non enriqueciendo mas por ella aquel á quien la diessen, es la otra manera de que ficimos emiente (*mencion*) en la ley ante desta, que valdria la donacion que ficiesse el marido á la muger, ó el uno al otro, durando el matrimonio. E esto seria, como si uno dixesse al otro, quel daba alguna sepultura suya, en que se soterrasse, ol diesse, ol comprasse logar, en que la ficiesse, ol diesse heredad alguna, en que ficiesse alguna Eglesia, ó Monasterio, ol diesse renta de alguna heredad, ó dineros, ó otra cosa quel diesse por luminaria á alguna Eglesia; tales donaciones como estas, ó otras semejantes dellas deven valer, porque aquel á quien las dan, non se aprovecha de ellas en su vida. Otrosí, porque son dadas en manera que se torna en servicio de Dios." (*a*)

18 La donacion pura que por su naturaleza es irrevocable, puede revocarse por las causas siguientes: la primera, por haber deshonrado de palabra el donatario al donante:

(*a*) Véase á Gut. de Juram. confirm. part. 1 cap. 3: y á Montalvo ley 7 t. 12 lib. 3 del Fuero Real. Otras donaciones se hacen marido y muger constante el matrimonio que son válidas, las quales recopila Ferraris Bibliot. verb. Donatio nn. 14, &c. y 26.

la segunda, por haberle acusado de delito que merezca pena de muerte, mutilacion de miembro, perdimiento de todos ó la mayor parte de sus bienes, ó ser desterrado: la tercera, por haber puesto en él sus manos para herirle ó matarle; y la quarta, por haberle hecho grave daño en sus bienes, ó maquinado su muerte. Mas para que valga la revocacion, es preciso que el donante declare y pruebe en juicio alguna de estas causas, pues de lo contrario no se revocará, ni sus herederos podrán querellarse del donatario por esta razon. Por las mismas puede el padre revocar la donacion que haga á su hijo; pero si la hace la madre y muerto el padre vuelve á casarse, solo podrá revocarla por tres, que son: haber puesto irritado las manos en ella, intentado su muerte, ó héchole perder todos ó la mayor parte de sus bienes. (*a*) Tambien podrá el donante revocar la donacion por no cumplir el donatario con la contribucion de los alimentos pactados en la escritura de donacion, ó el modo y condicion puestos en esta, y por otras causas semejantes siempre que se prueben: (*b*) siendo de advertir que el ingrato hace suyos irrevocablemente por su buena fé los frutos percibidos ántes de la revocacion, y solo debe restituir los que adquiera despues de la contestacion. (*c*)

19 Pero si el donante se obliga con juramento á no revocar la donacion por las expresadas causas, será firme é irrevocable, porque puede renunciar todo lo que se halla dispuesto en su beneficio. (*d*) La cláusula se ordena en estos términos. "Y baxo de juramento que hago por Dios nuestro Señor y una señal de la cruz tal como esta ✠ me obligo á no revocar dicha donacion por causa alguna de las que señalan la ley 10 tit. 4 Partid. 5 y otras del mismo título, ni reclamarla en todo ni en parte, ni alegar excepcion que me sea propicia, ni tampoco pedir relaxacion de este juramento á quien pueda concedérmela; y si lo intentare, quiero no solo que no se me oiga judicial ni extrajudicialmente, sino tambien que se me condene en costas, se me tenga por perjuro y cas-

(*a*) Leyes 10 t. 1. P. 5 y 7 t. 10 lib. 5. R. Góm. lib. 2 Var. cap. 4 n. 11. Gutier. de Juram. confirm part. 1 cap. 10. Ferrar. Biblioth. verb. Donatio art. 3. (*b*) Leyes 5, 6 y 7 t. 4 P. 5. (*c*) Véase á Hermos. ley 10 t. 4 P. 5 glos. 8 n. 20. (*d*) Ley 29 Cod. de Pactis.

tigue como á tal, sin que no obstante dexe de llevarse á debido efecto esta donacion en todas sus partes, á cuyo fin renuncio las citadas leyes para no aprovecharme de ellas en manera alguna."

20 La ley 67 tit. 18 part. 3 que trae la fórmula de la escritura de donacion, pone otra cláusula conforme en lo substancial con la inserta exceptuando el juramento; pero sin embargo se ha dudado entre los expositores acerca de su validacion. Unos opinan que se siguió en su extension el estilo comun que tenian entónces los Escribanos de extender las donaciones, sin que los donantes interviniesen en sus cláusulas, y que por lo mismo no ha de surtir efecto; y otros son de parecer que debe observarse su disposicion, porque en las leyes no hay ninguna superfluidad. (*a*) Así pues, para evitar qüestiones, la ocasion de delinquir á los donatarios, y que sean ingratos á sus bienhechores, aconsejo al Escribano que no ponga la cláusula con juramento y renuncia de las leyes que contiene, sin que el donante bien cerciorado de las causas por que pueden revocarse las donaciones perfectas, se lo mande, dando en este caso fé de habérselo mandado y especificando las mismas causas en la escritura, para que no se dude de haberle instruido de ellas; pues el ingrato es indigno de que se busquen arbitrios para hacerle bien, y el Escribano no debe poner en los instrumentos cláusulas ni obligaciones que los otorgantes ignoran sin instruirlos primero de sus efectos con pureza é imparcialidad.

21 La facultad para revocar la donacion por ingratitud compete solo al donante y no pasa á sus herederos por ser personal, excepto en quatro casos. El primero es quando el donante se quejó de la ingratitud judicialmente y no verbalmente, ó se preparó para la revocacion, ó yendo á poner pleyto para que se declarase esta, se murió: el segundo es, quando por el pacto puesto en la donacion ó por otro motivo se revocaria esta ipsojure: el tercero, quando el donante ignoró la injuria, ó aunque la supo, no tuvo tiempo suficiente para revocar la donacion ó usar de su de-

(*a*) Covar. de Testam. cap. 7 n. 31. Molin. de Hisp. primog. lib. 1 cap. 9. Gom. lug. cit. n. 14. Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 10.

recho; y el quarto, quando la donacion es revocable, pues esta se revoca por el mismo hecho de ser ingrato el donatario. (a)

22 Quando el que no tiene hijos, dona á un extraño todos ó la mayor parte de sus bienes, se entiende revocada esta donacion en un todo, si despues le nacen, (b) pues no es creible ni justo que quiera preferir los extraños á su legítima posteridad; pero si la cosa donada no es propiedad sino fruto de alguna finca suya ó renta anual, se duda si será válida, y me parece que no, porque aunque no sea propiedad, impide el incremento de esta, y por consiguiente de la legítima de los hijos; (c) bien que si despues de nacidos no la reclama el donante en algun tiempo, y el donatario le pide la renta vencida hasta el dia en que la demanda, se la deberá pagar, porque es visto haber querido donársela despues que nacieron; pues no le está prohibido hacer donaciones moderadas á quien quiera, así como habia de gastar en otra cosa por diversion ó recreo; y si pretende luego su renovacion, empezará á ser ineficaz desde entónces, aunque no excediendo del quinto, no se revocará, ni tampoco si es donacion remuneratoria, aun quando exceda en algo. (1)

23 Para que no se revoque enteramente la donacion por el nacimiento de los hijos, y sea válida en la parte de que el ascendiente puede testar en su perjuicio, se ordenará la cláusula de no revocar en esta forma: "Y me obligo á no revocar ni en todo ni en parte esta donacion, y si lo hiciere, no valga, aunque alegue que quando la formalicé, es-

(a) Hermos. dicha ley 10 glos. 8 nn. 2, &c. y 7. En la misma glosa entre otras especies útiles trata si enagenando el donatario la cosa donada ántes de moverse el pleyto sobre la ingratitud, podrá revocarla el donante y quitarla al tercero poseedor; como tambien si hipotecándola el primero, se invalidará la hipoteca y la recuperará libre de ella el segundo. (b) Leyes 8 tit. 4 P. 5 y 4 al fin. tit. 15 P. 6. Gutier. de Juram. confirmat. part. 1 cap. 9. Góm. lug. cit. nn. 11, 12 y 13, y Covar. de Matrim. part. 2 cap. 8 §. 4. (c) Véase sobre este punto á Greg. Lóp. ley 8 tit. 4 P. 5 glos. 12.

(1) Gómez (lug. cit. n. 12) es de parecer que convalece la donacion, si en vida del donante mueren los hijos por los quales se revocó; pero Molina dice (de Justit. et jur. tom. 2 disp. 282 n. 8) que solo debe tener esto lugar, quando despues de la muerte de aquellos permite el padre que goce el donatario de los bienes donados. (Véase á Ayllon lug. cit. del Góm. n. 13.)

peraba tener hijos, ó exponga otra excepcion legítima; pues sin embargo ha de ser válida, perfecta é irrevocable en todo lo que haya lugar por derecho, á cuyo fin renuncio la ley 8 tit. 4 Partid. 5."

24 Algunas donaciones hay que no pueden revocarse por causa de ingratitud, y son la remuneratoria, porque esta no es propiamente donacion sino compensacion, como ya he dicho: la que obliga al donatario á disponer de su persona, por ser esto una causa onerosa: la que se hace por razon de dote: (*a*) la que se hace por cierta causa, como la del padre al hijo para que se ordene; y otras que trae Hermosilla. (*b*)

25 Tampoco se pueden revocar ni invalidar, regularmente hablando, las donaciones, herencias, ni mandas que se hacen y dexan á iglesia, monasterio, congregacion, memoria, ó á otro lugar ó causa pia, porque se contemplan hechas á Dios que no es ni puede ser ingrato, aunque su Prelado, cabildo y monasterio, ó su Administrador lo sean. (*c*) He dicho regularmente hablando, porque á veces sucede lo contrario, y es menester distinguir. Quando semejantes donaciones ó legados se hacen simplemente sin imponer al donatario, ó legatario carga, modo, ni condicion, adquieren estos un pleno y perfecto dominio en las cosas donadas ó legadas, por manera que aun quando falten la iglesia, comunidad, ó lugar pio á quien se donaron, ó legaron, léjos de anularse quedan los bienes como puramente eclesiásticos á la disposicion del Papa, ó de quien le represente; pues sucede en ellos á los donatarios, *quienes se consideran solamente como causa impulsiva en favor del alma del donante*, de tal suerte que las donaciones se entienden hechas á Dios para siempre. (*d*)

26 Quando el donante impone al donatario algun gravámen ó modo que ha de cumplir en lo sucesivo, como el de alimentarle, ó de practicar anualmente otra cosa, no obstante que en las donaciones hechas á personas privadas

(*a*) Ferrar. Biblioth. verb. Donat. art. 3 nn. 16 y 18. (*b*) Ley 10 tit. 4. P. 5 glos. 1. (*c*) Ferrar. lug. cit. n. 17. (*d*) Inocen. in cap. Cum super de causa possession. et propriet. n. 3. Faguan. in cap. Relatum, Ne Clerici, vel Monachi n. 37.

es culpable la falta de cumplimiento, y por esta razon se anulan en el todo, (pues en la donacion poco ó nada se diferencia el modo de la condicion) (*a*) ó al ménos hay causa justa para revocarla; las que se hacen á iglesia, ó á otro lugar, ó causa pia, no se anularán ni revocarán por falta de cumplimiento, á no ser que el donante hubiese dispuesto expresamente lo contrario: porque como el donatario es incapaz de cometer delito á causa de estar baxo la direccion y manejo de su Prelado ó Administrador, no debe perjudicarle la culpa ó negligencia de estos, y así se ha de tratar solamente del cumplimiento de la carga ó modo impuesto, y no de la nulidad ó revocacion de la donacion. (*b*)

27. Haciéndose la donacion por exemplo á cierto convento construido, ó que se ha de construir con la expresa condicion de que *faltando los Religiosos de él han de volver los bienes al donante, ó á la persona que señala*; si la falta de los Religiosos proviene de hecho voluntario y culpable de ellos mismos, se disuelve la donacion, porque falta la voluntad del donante, y esto no puede suplirse con el pretexto de ser la causa pia, por que ni la iglesia ni otro alguno deben tener lo ageno contra la voluntad de su dueño; pero si dimana de alguna órden del Soberano que por justas causas y bien del estado suprime el convento, iglesia ó congregacion, como ha sucedido con los Jesuitas y otras órdenes monásticas, ó confraternidades, no se anulará la donacion, á ménos que contenga la cláusula siguiente ú otra que diga substancialmente lo mismo. " Y para el caso de que los Religiosos falten de dicho convento, sea por voluntad suya, ó por la de sus Superiores, ó porque el Papa, Soberano, ú Ordinario diocesano, ú otro en su nombre le supriman por necesidad, ó por utilidad del estado, ó por su mera voluntad, aunque ellos no den el mas leve motivo para la supresion, extincion, ocupacion, ó confiscacion de sus bienes, ó por otra causa, qualquiera que sea; mando que los bienes donados vuelvan á mí íntegros y sin gravámen con todo lo aumentado y mejorado en ellos, y des-

(*a*) Leyes 1 Cod. de Donation. quæ sub modo, &c. fin. Cod. de Revocand. donation. y 6 tit. 4. P. 5. (*b*) Roxas decis. 37. n. fin. Card. de Luca de Donation. lib. 7 discurs. 12 nn. 3 y 4.

pues de mis dias á mi casa y mayorazgo (*ó á quien señala*) con el qual han de incorporarse; pues prohibo absolutamente que los puedan vender, gravar, enagenar, ni trocar por otros con ningun pretexto sin excepcion: que se les dé otro destino y aplicacion, aun quando sea mas pia y útil; y que recaigan en la corona, iglesia, ó en otro convento, comunidad, parte, ú persona con título de agregacion, reunion, ni otro. Quiero que se entienda hecha esta donacion por via de limosna limitada y temporal, y haber cesado ocho dias ántes de la supresion de los Religiosos como puramente interina y voluntaria. Tambien prohibo toda dispensa, conmutacion, interpretacion, declaracion y tergiversacion de esta mi expresa y deliberada voluntad que ha de observarse literal y especificadamente en todas sus partes, y el uso de la dispensa caso que se obtenga; pues á saber que se habia de interpretar, dispensar y declarar, ó que habian de faltar los Religiosos, ó suceder la supresion y extincion de su convento, y la ocupacion de sus bienes por qualquiera acaso, ni aun por via de limosna les haria esta donacion. Asimismo mando que de esta escritura se saque una copia, la qual se una á la de fundacion del mayorazgo, y que ademas se ponga en esta nota de ella, para que si se pierde, se pueda sacar otra, y llegado el caso reivindicar dichos bienes." En virtud de esta cláusula harán reversion al donante los bienes donados, ó pasarán á quien disponga.

28. Lo mismo sucederá, quando el donante señale el parage ó sitio en que se ha de construir el convento, si la escritura se ordenare con la cláusula siguiente: " Cuya cantidad dono ó lego para que se construya con ella precisamente en tal parage ó sitio el citado convento; y mando que si se edificare en otro, que si el Soberano, pueblo, cabildo, ó alguna persona particular diere á los Religiosos casa en que vivan y la aceptaren, ó que aunque se edifique en el citado sitio, si el convento, ó la religion se extinguiere ó suprimiere despues en qualquier tiempo con motivo ó sin él; se tenga por no hecha esta donacion, y que sin el menor decremento ni desfalco, ni necesidad de requerimiento, ni otra diligencia judicial ni extrajudicial vuelvan la cantidad ó bienes donados á mí, ó pasen á mis herederos, (*ó á quien ordene.*) Así pues, prohibo absolutamente qual-

quiera otro destino, aunque sea mas pio y útil, y toda dispensa y conmutacion hecha llanamente, ó por via de declaracion é interpretacion, ó en otra forma, y el uso de ella sin embargo de que se conceda de motu propio y plenitud de potestad, ó en otros términos, y se inserte en ella esta cláusula; como asimismo que los Religiosos, ú otro se puedan quedar con el todo ó parte de dichos bienes, aun quando pretexten que no tienen culpa, ó que se ven obligados del Superior á admitir la casa, ó á mudar el sitio del convento por mas saludable, ó por su inmediacion al pueblo para mayor comodidad y mas pronta administracion del pasto espiritual: ó que el dueño del terreno no se le quiere vender: ó que esta prohibicion es impuesta por via de modo y causa impulsiva, y no final ni como condicion coactiva: ó que el que les dió la casa, se la puede quitar: ó que necesitan lo donado para ensanchar, alargar, mejorar, ó repárar la casa con su importe: ó que la donacion es hecha á Dios que no es ni puede ser ingrato: ó aleguen en fin otras causas y razones poderosas y ciertas, ó usen de los efugios sofisticos y maliciosos que suele sugerir la insaciable codicia para interpretar y tergiversar mi voluntad, eludir esta prohibicion, y utilizarse en todo ó en parte de los bienes donados; pues por ningun motivo, qualquiera que sea, han de poder retenerlos, gravarlos, ni enagenarlos, para que se empleen indispensablemente en los fines expresados; y si se resistieren á su devolucion y entrega, han de ser condenados no solo á su restitucion sino tambien á la de sus frutos é intereses sin desfalco alguno desde el dia en que se haga la aceptacion de la casa, ó convento, la mudanza del sitio, ó la extincion y supresion de la religion, ó convento; y asimismo en las costas y perjuicios que se sigan á la parte á quien los dexo aplicados, como temerarios litigantes que quieren retener lo ageno contra la voluntad de su dueño y lucrarse en detrimento de tercero, en vez de restituírselo sin dar lugar á ser interpelados judicial ni extrajudicialmente, porque á ocurrirme este futuro evento ó á saber que no habian de cumplir en forma especifica mi voluntad, no les haria en ninguna manera esta donacion."
Lo mismo sucederá, quando dona alguna renta para construir iglesia, ó convento hasta que se concluya, si prefine el

término en que se ha de concluir, prohibe su percibo pasado que sea, y toda próroga y ampliacion, esté, ó no concluida dentro de él, y manda que al punto que espire, cese la renta, y sea visto haberla dexado hasta aquel tiempo y no mas.

29. Quando la donacion se hace á una religion para edificar un monasterio en el que habiten los Religiosos en lo sucesivo, aunque parece que no verificándose por culpa de ellos el cumplimiento de la causa por que se hace, que es su habitacion, debe revocarse la donacion, por faltar en todo la voluntad de donar, sin la qual no puede adquirir ni retener los bienes el monasterio; sucede lo contrario por presumirse puesto el cumplimiento por via de modo, ó causa impulsiva mas bien que final. Pero sí se revocará la donacion y volverán los bienes donados al donante, ó á quien mandó pasasen, siempre que añada la condicion siguiente: " Cuya donacion hago con la expresa condicion de que sino le habitaren los Religiosos, sea por su culpa, ó por la de su Prelado mediato ó inmediato, ó por incendiarse, ó arruinarse y no reedificarle por falta de caudal, ó por otra causa dentro del preciso y perentorio término de tantos años siguientes á la ruina ó incendio que les prefino, ó por suprimirle, ó agregar á otro sus rentas el Soberano, ú otra persona, aun quando no den el mas leve motivo para la supresion, agregacion, ruina, ni incendio, ó por otra causa, sea la que fuere, sin excepcion ni limitacion, han de volver íntegros sin el menor decremento ni gravámen los bienes comprehendidos en ella á mi casa y mayorazgo, (*ó á quien diga*) al qual desde ahora para quando llegue el caso, los incorporo; de modo que no han de recaer en la corona ni en la iglesia, ni han de agregarse á otro convento de la misma ni de otra religion, ni á otra comunidad, ni persona eclesiástica ni secular, ni tampoco á obra póblica ni privada, aunque sea mas pia y útil, con título de subrogacion ó reunion, ó de mantener los Religiosos, ni con otro alguno, pues prohibo expresa y absolutamente toda conmutacion y dispensa de esta mi voluntad, y el uso de ella, si se impetrare, aunque se conceda con vista é insercion de esta cláusula, y de cierta ciencia, motu propio y poder absoluto; como tambien el que los puedan gra-

var ni enagenar; y si los Religiosos los enagenasen ó gravasen, ha de ser todo nulo, no se ha de transferir derecho alguno á tercero, y han de ser condenados á la íntegra restitucion de sus frutos y rentas vencidas desde el dia de su transgresion ó de la falta de habitacion, y en las costas y daños que ocasionen al poseedor del mayorazgo á que dichos bienes han de agregarse. Y á efecto de que la persona á quien han de volver los bienes donados, pueda reivindicarlos, y no dexe de usar de su derecho por ignorar esta condicion, ha de ponerse copia legalizada de esta escritura con la de fundacion del mayorazgo, en la qual se ha de notar y prevenir por si se pierde, para que se pueda sacar otra." Tendrá presente todo esto el Escribano, é instruirá de ello á los donantes y testadores, para que con presunciones infundadas y falaces no puedan eludirse sus disposiciones, como muchas veces sucede.

30 Varias leyes del derecho romano (*a*) y la 33 tit. 11 Partid. 5 reprueban el pacto ó promesa de suceder una persona á otra, ó de heredarse dos entre sí, (que llaman en latin *pactum ad invicem succedendo*), sea entre marido y muger, sea entre otros. El motivo principal de la prohibicion es el de evitar que alguno de los contrayentes maquine la muerte del otro. Ademas, así porque con este pacto se priva el hombre de la facultad de testar libremente, como por otras razones que recopila Montalvo, (*b*) es un pacto opuesto á las buenas costumbres y no debe valer, aunque se haga con juramento. (*c*) Tampoco vale ni aun con juramento el pacto de dividir la herencia que se espera de cierta y determinada persona, porque militan idénticas razones; (*d*) pero siendo de persona incierta es válido. (*e*)

31 Pero la hermandad y comunicacion de bienes, ó por otro nombre el testamento recíproco ó de sucederse mútuamente, de que trata dicha ley del Fuero Real, es válido, si no se revoca, aunque habiendo herederos forzosos solo valdrá en parte, segun sean estos; (*f*) y si uno de los testado-

(*a*) Las 15, 19 y fin. Cod. de Pactis, y 5 Cod. de Pact. conven. (*b*) Ley 9 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real verb. Sean desheredados. (*c*) Góm. dicha ley nn. 17 y 18. (*d*) Góm. lug. cit. n. 30. (*e*) Góm. n. 31 vers. Limita tamen. (*f*) Montalvo ley 9 cit. glos. 1 y 2.

res quita la vida al otro, justificado el delito perderá la herencia. Este testamento le hacen los cónyuges, aun quando no haya pasado el año desde su casamiento, como dispone la citada ley, y tambien otras personas porque no es irrevocable como el pacto de suceder.

32 La escritura de donacion graciosa y perfecta requiere las cláusulas siguientes. La primera es que se exprese quién dona, á quién y qué con toda individualidad, y si tiene cargas, se especificarán. La segunda es que el donante renuncie por sí, y sus herederos y sucesores el dominio ó propiedad, posesion y otro qualquier derecho que tenga en la cosa donada cediéndole enteramente al donatario y á los suyos. La tercera es que les confiera facultad para aposesionarse de la cosa donada sin su intervencion, para usar y disponer de ella á su arbitrio como de cosa suya adquirida con legítimo título; y asimismo para hacer la insinuacion ante Juez competente caso que exceda de los 500 maravedís de oro. La quarta es la de la entrega de los títulos de pertenencia y de la escritura de donacion. La quinta que declare le quedan bienes suficientes para su decente manutencion, y que por los mismo no necesita de la cosa donada, ni la donacion es excesiva. La sexta que se obligue á no revocarla con ningun motivo ni pretexto, y si quisiere, lo corroborará con juramento; pero no pondrá en ella el Escribano la obligacion á la eviccion de la cosa donada, sea pia ó profana la donacion, excepto que el donante se lo mande expresamente, porque este no se halla obligado á ella, ni debe ser reconvenido en mas de su posibilidad, ni serle nociva su liberalidad. (*a*) La séptima es que el donatario, si está presente, acepte la donacion para que el donante no pueda retratarse, y se obligue á cumplir las cargas y condiciones justas que este le imponga, y las que tenga la cosa donada; y si no está presente, que pida el donante al Escribano la acepte por él, y este lo haga en los términos ántes expuestos. Y la octava es la renuncia de leyes que en otro qualquier instrumento. Si la donacion fuere remuneratoria, se añadirá la cláusula de eviccion, caso que el donante quiera obligarse á ella y no de otra suerte.

(*a*) Góm. lib. 2. Var. cap. 2 n. 35. y Aill. n. 36.

§. II.

De la donacion por causa de muerte.

33 La donacion por causa ó temor de muerte *es la que hace alguna persona estando enferma, ó aunque sana, con peligro ó recelo de morir*, como por exemplo en un naufragio, á manos de enemigos ó ladrones en un camino, por su avanzada edad, ú otro motivo semejante. Puede hacerla el que es capaz de testar, aunque esté baxo de la patria potestad, (*a*) no solo de los bienes presentes sino tambien de los futuros, y valdrá hasta en lo que permiten las leyes. (*b*) Asimismo puede donar por temor de la muerte de otro con la condicion de que si este fallece, perciba el donatario la cosa donada. (*c*) Finalmente puede ser donatario el que puede ser legatario, (*d*) esté presente ó ausente, quando se le hace la donacion.

34. Tres especies hay de donacion por causa de muerte, ó de tres maneras puede hacerse: la primera es, quando el donante no tiene peligro de muerte sino solamente temor de ella: la segunda, quando conmovido de él la hace para que la cosa donada pase inmediatamente al donatario, y jamas deba restituírsela, aunque el donante convalezca y revoque la donacion; y la tercera es, quando impelido de dicho temor la hace para que no pase al instante sino despues de su muerte, ó para que pase y vuelva á él en caso que el donatario muera primero. (*e*) (1) Y para la percepcion de la cosa donada se ha de mirar la capacidad del donatario al tiempo de la muerte del donante, y no quando este hizo la donacion. (*f*)

35. Es válida la donacion por causa de muerte entre marido y muger entregándose al donatario la cosa donada, y

(*a*) Ley fin. t. 4 P. 5. Matienzo ley 7 t. 10 lib. 5 R. gl. 1 n. 34. (*b*) Parlad. lib. 2 cap. 8 nn. 3 y 4. (*c*) Ley 18 ff. de mort. caus. donat. (*d*) Hermos. ley 11 t. 4 P. 5 gl. 6 y 7 n. 2. (*e*) Leyes 2 y 13 §. 1 y su gl. mag. ff. dich. tit.

(1) Se entiende revocada tácitamente la donacion por temor de muerte, si muere el donatario ántes que el donante. (Góm. lug. cit. n. 19.)

(*f*) Leyes 22 y 34 ff. de dicho tit.

se confirma con la muerte del donante, si durante su vida no la tevoca. (*a*)

36 Conviene la donacion por causa de muerte con el legado en que en el donatario se transfiere el dominio de la cosa donada luego que el donante fallece sin necesidad de tradicion, aunque si este se la entrega, se le transfiere al instante: en que en ella ha lugar el derecho de acrecer y la caucion muciana como en los legados: en que se tiene por no puesta la condicion imposible baxo la qual se hace: en que se revoca por la enagenacion voluntaria de la cosa donada, y en otras varias cosas que trae Matienzo. (*b*) Debe otorgarse segun el derecho de las Partidas ante cinco testigos; (*c*) pero algunos AA. (*d*) con cuyo dictámen me conformo, afirman que en su otorgamiento ha de intervenir la solemnidad que para el del testamento nuncupativo prescribe la ley 1 tit. 4 lib. 5 Recop. inserta en el cap. 1 núm. 4, porque como surte los efectos de última voluntad, es revocable por su naturaleza hasta la muerte, y así bastarán tres testigos vecinos con Escribano, ó cinco que no lo sean.

37 Se revoca la donacion por causa de muerte por tres causas que expresa la ley fin. tit. 4 Part. 5 en esta forma: "E decimos, que la donacion que ome face de su voluntad estando enfermo, temiéndose de la muerte, ó de otro peligro, que vale. Pero tal donacion como esta puede ser revocada en tres maneras. La primera es, si se muere ante aquel á quien es fecha que el otro que la fizo. La segunda es, si aquel que la fizo, guarece (*cura*) de aquella enfermedad, ó estuerce (*escapa*) de aquel peligro porque se movia á facer la donacion. La tercera es, si se arrepiente ante que muera." Con esta ley concuerda la 6 tit. 12 lib. 3 del Fuero Real. Para acreditar la revocacion por arrepentimiento bastan tres

(*a*) Leyes 9 §. fin. 10 y 11 ff. de Donat. inter vir. et uxor. y 40 y penult. ff. de dicho tit. Cov. de Testam. tertia part. rubricæ nn. 3. y sig. Hay discordia entre los AA. sobre si la muger casada y el menor que no tiene curador, puede hacer donacion por causa de muerte sin licencia del marido ni de este. Véase á Hermos. ley 11 tit. 4 P. 5 glos. 1 nn. 3, 4 y 5, á Góm. lib. 2 Var. cap. 4 n. 16 y á Gut. de Juram. confirm. part. 1 cap. 13. (*b*) Ley 7 t. 10 lib. 5 R. glos. 2 nn. 40, &c. y 50. (*c*) Leyes fin. t. 4 P. 5 y 105 al fin. t. 18 P. 3. (*d*) Matienz. ley 1 t. 4 lib. 5 R. glos. 2 n. 2. Góm. lib. 2. Var. cap. 4 n. 16 vers. Unum tamen est. Hermos. dich. ley 11 t. 4 y glos. 6 y 7 n. 4.

testigos, aunque cinco no dañarán. Y una vez revocada la donacion debe restituir el donatario no solo los frutos pendientes sino tambien los percibidos desde que se le hizo, aunque se le hubiese entregado entónces la cosa donada (*a*), porque no es contrato perfecto hasta que se confirma con la muerte del donante, como se explicará mas latamente en la segunda parte. (*b*)

38 Pero sin embargo de lo dispuesto en las leyes citadas será irrevocable la donacion por causa de muerte, si la cláusula de irrevocabilidad se ordena en esta forma: "Y para la mayor estabilidad de esta donacion me obligo y juro por Dios nuestro Señor y una señal de cruz tal como esta ✠ que no la revocaré, aunque concurran todas las causas que prefine la ley final tit. 4 P. 5 y demas respectivas al asunto: que con pretexto de ser formalizada por temor de la muerte no me opondré á su tenor, ni alegaré excepcion que me sea favorable; y que contra ella no tengo hecha, ni haré protesta ni reclamacion, y que si hiciere algo de lo dicho, á mas de ser nulo, sea por lo mismo esta donacion tan firme como si se hubiese hecho entre vivos con todas las cláusulas necesarias por derecho para su subsistencia que doy aquí por expresadas literalmente. Igualmente juro que no pediré relaxacion de este juramento, &c." Con esta cláusula valdrá en todo aquello de que puede disponer por derecho el donante, porque la hace pasar á la clase de donacion entre vivos el juramento, dando firmeza á un contrato que sin él no la tendria. (*c*) (1)

39 En la donacion por causa de muerte ha de expresar el Escribano quién la hace, á quién, de qué cosa con toda

(*a*) Ley 12 ff. de Condict. caus. dat. (*a*) Lib. 2 cap. 2 n. 114. Véase á Góm. lib. 2 Var. cap. 4 n. 21 vers. Sed advertendum, y á Matienz. ley 7 t. 10 lib. 5 R. glos. 3 nn. 10 y 11. Sobre si se revocará el testamento que hace el que está en peligro inminente de muerte, por el hecho de convalecer de la enfermedad al modo que la donacion por causa de muerte, véase al mismo Góm. ley 3 de Toro num. final que defiende que no, y así se observa. (*c*) Cap. 28 de Jure jurand. Gut. de Juram. confirm. part. 1 cap. 12. Molin. de Just. et jur. tract. 2 disp. 287 n. 18.

(1) Si en la donacion por causa de muerte se dice expresamente que no ha de poder revocarse, aunque no se corrobore con juramento, se reputará pura y perfecta, y producirá los mismos efectos. Véanse los fundamentos lug. cit. del Góm. n. 22.

individualidad, y el motivo que tiene para hacerla, si es por estar enfermo, ó muy viejo y temeroso de la muerte, ó aunque sano, si se halla en peligro próximo de ella por alguna de las causas expresadas en el num. 33 ú otras semejantes; pues si no se expresa, se tendrá por donacion entre vivos, aun quando el donante esté enfermo. (*a*) Añadirá que si este muere de aquella enfermedad, ó perece en aquel peligro, valga la donacion, y pueda el donatario apoderarse de la cosa donada despues de su fallecimiento; pero que si convalece, ó sale de él, se entienda revocada enteramente, como si no la hubiera hecho; pues aunque realmente no es precisa esta adicion, conviene se ponga, para que no se dude que es donacion por causa de muerte. Con estas cláusulas quedará bien ordenada la escritura, la qual por su naturaleza no requiere mas renuncias, ni obligacion de persona y bienes á su cumplimiento, ni otra cosa, porque es última voluntad y como tal revocable.

40 Se previene al Escribano que como esta donacion es revocable por su naturaleza hasta la muerte del que la hace, por ser última voluntad en quanto á sus efectos y confirmacion, (*b*) no ha de poner en ella la palabra *irrevocable*, ni otra de igual fuerza y significacion, ni la cláusula de irrevocabilidad con juramento ni sin él, sea menor ó mayor el otorgante, como algunos por ignorar su naturaleza y sin órden del donante lo hacen; pues si la contiene, se reputará donacion entre vivos, (*c*) y no podrá revocarla, ó al ménos habrá dificultad sobre si es válida su revocacion, no concurriendo alguna de las causas explicadas en el num. 18, y careciendo de ella podrá revocarla, aunque sea ántes de convalecer perfectamente, (*d*) así como el testamento, ú otra última voluntad; pero si el donante instituido de sus efectos se lo mandare, la pondrá. Tambien se le previene que el donante puede nombrar en ella substituto del donatario. (*e*)

41 La fuerza, el miedo grave que cae en varon constan-

(*a*) Gutier. de Juram. Confirm. part. 1 cap. 12 nn. 19 y fin. Greg. Lóp. ley fin. t. 4 P. 5 verb. De la muerte. (*b*) Ley 32 ff. de Mortis causa donat. (*c*) Gutier. in Repet. Auth. sacramenta puber. n. 32. Matienzo ley 7 t. 10 lib. 5 R. glos. 1 n. 10 y sig. (*d*) Ley 16 ff. de dicho tit. (*e*) Leyes 10 ff. y 1 Cod. de dicho tit.

te, y el dolo anulan los contratos, (*a*) y así para que las donaciones sean válidas, es preciso que se hagan libre y espontaneamente. (*b*)

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

DONACION GRACIOSA.

42 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro Rodriguez vecino de ella, mayor que expresó ser de veinticinco años, y que por sí propio se dirige y administra sus bienes=dixo: que de su libre voluntad por el mucho afecto que profesa á Juan Fernández de la misma vecindad, y sin otro motivo, le hace donacion perfecta é irrevocable de una casa que tiene en esta villa en tal calle, (*se pondrán los linderos y señales de la casa*) la qual le dona con toda su fábrica, centro, vuelo, entrada, salidas, derechos y servidumbres que le pertenecen ó pueden pertenecer por derecho, y con obligacion de cumplir las cargas á que está afecta, y son: (*se especificarán, y si no tuviere ninguna, dirá*: por libre de toda especie de gravámen) en cuya atencion por sí, y por sus herederos y sucesores renuncia desde hoy para siempre la posesion, dominio y otro qualquier derecho que le corresponde en la citada casa, traspasándole enteramente con todas las acciones que le competen, en el mencionado Juan Fernández, para que la disfrute, enagene y disponga de ella sin dependencia ni intervencion del otorgante como de cosa suya adquirida con justo título, tomando ántes de su autoridad ó judicialmente la posesion que le pertenece en virtud de este instrumento; y para que no necesite tomarla, y conste en todo tiempo ser suya, formaliza á su favor esta escritura, de la qual me pide le dé las copias autorizadas que quisiere para su resguardo, con las que sin mas acto de aprehension ni

(*a*) Leyes 1 t. 10 y 7 t. 33 P. 7, y 2 t. 11 lib. 5 R. Greg. Lóp. en las dos de Part. (*b*) Leyes 7 t. 12 lib. 3 del Fuero Real y fin. t. 4 P. 5. Quien quisiere instruirse mas á fondo de esta materia, vea á Hermos. ley 11 t. 4 P. 5 y á Matienzo en la 7 t. 10 lib. 5 R. gl. 1 y 2.

aceptacion ha de ser visto haber tomado dicha posesion; y ademas le entrega los títulos de su pertenencia á presencia mia, de que doy fé, con arreglo á lo prevenido en las leyes 8 y 9 tit. 30 Part. 3, para que de esta suerte se verifique no reservar en sí ningun derecho á la casa, y sea esta donacion perfecta y estable en todas sus partes. Por tanto, declara que no es inmensa, que no necesita de la casa donada, porque le quedan bienes suficientes para su decente manutencion, que no excede de los quinientos maravedís de oro que la ley 9 tit. 4 Partid. 5 permite donar sin insinuacion; y que por si acaso excede, le da facultad para que sin citacion ni intervencion suya, ni otro requisito alguno la haga ante juez competente para que sea válida la donacion. Asimismo promete no revocarla sino es que intervenga causa legal, queriendo que de lo contrario no se le admita en juicio ni fuera de él: consiente en ser apremiado á todo lo dicho por todo rigor de derecho, obliga su persona y bienes á su cumplimiento, y renuncia todas las leyes, fueros y derechos que le favorezcan. En esta atencion habiendo oido y enterádose de esta escritura el expresado Juan Fernández que está presente=dixo: que acepta en todo y por todo la donacion que contiene para usar de ella como le convenga: que estima la merced que el enunciado Pedro le ha hecho, por lo qual le da las debidas gracias: que recibe los títulos de la referida casa, y se obliga á cumplir todas las cargas á que está afecta, dándole á este fin por libre y exênto de su responsabilidad, en cuyo testimonio y con la prevencion de que el donante no queda obligado á la eviccion ni saneamiento de la citada casa ni en todo ni en parte con ningun pretexto, aunque se arruine, ó quite judicialmente al donatario, así lo otorgan y firman ámbos, á quienes, doy fé, conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa. (*Si el donatario estuviere ausente, se añadirá la cláusula extendida en el núm.* 13 *para el efecto que se expresa en ella, lo qual no echará en olvido el Escribano.*)

43 Esta escritura es de donacion graciosa, segun manifiesta su contenido, y así no he puesto en ella, *que el donante la hace por servicios que el donatario le ha hecho*, aunque lo hagan los AA. de escrituras que trataron de ella; pues esto es remuneracion, y la donacion pura se ha de hacer por

amor ó mera liberalidad del donante sin respeto, ni por consideracion de servicios ó beneficios recibidos del donatario. Tampoco he puesto renuncia de la ley 69 de Toro que prohibe las donaciones inmensas, porque es superflua, y solo será adequada, quando el donante dé todos sus bienes, ó se quede sin lo preciso para su conservacion, que para el caso viene á ser lo propio; si bien aun entónces será infructuosa, porque la donacion es nula ipso jure; pero el Escribano la pondrá, si quiere el donante. He omitido el juramento, porque la ley 67 tit. 18 P. 3 que trae la forma de ordenar la escritura de donacion, no le pone, ni este contrato es de los que le requieren para su estabilidad; y aunque la ley 12 tit. 1 lib. 4 R. permite que pueda interponerse en él, no lo manda, ni dice que no valga sin juramento, y así por su omision no podrá revocarse; mas esto no quita que el Escribano lo ponga, si el donante se lo mandare y no de otra suerte. Con este motivo prevengo al Escribano proceda con mucha circunspeccion en hacer uso del juramento en los contratos, porque á mas de resistirlo nuestro derecho es muy arriesgada su interposicion; y aunque puede ponerse en los arrendamientos de rentas de monasterios, iglesias, eclesiásticos, y en los de menores, concejos, comunidades, mugeres casadas, y en las ventas, dotes, arras, donaciones, compromisos, transacciones y enagenaciones perpetuas, no obliga la ley 12 citada á que se interponga en ellos, y solo lo permite que es muy diverso: por lo qual siendo los otorgantes mayores de 25 años no le ponga sin su expreso mandato, pues las leyes prescriben las cláusulas conducentes á su validacion sin necesidad de juramento. He omitido tambien en la obligacion de no revocarla la expresion, *por ninguna de las causas que el derecho prefine*, y la renuncia de la ley 10 tit. 4 P. 5 que las explica, poniendo en su lugar la, *á ménos que intervenga causa legal*, porque en la donacion graciosa no deben ponerse sin noticia ni órden del donante por la razon expuesta al fin del núm. 20; pero en la remuneratoria bien podrá ponerlas el Escribano, pues aunque el donatario cometa contra el donante alguna ingratitud, no debe llamarse propiamente tal á causa de suponer este beneficio, el qual no hay en la donacion remuneratoria, sino una mera paga, compensacion y satisfaccion de lo que se le debe, por

lo que el donante ha de obligarse á la eviccion de lo que dona, no pactándose lo contrario entre los dos. Y es de notar que la aceptacion de la donacion puede hacerse en instrumento separado, en cuyo caso se citará esta individualmente, ó insertará original en ella; y si la cosa donada no tiene cargas, ó el donante no la grava, no tiene que obligarse el donatario á su cumplimiento.

Insinuacion.

44 La insinuacion no es otra cosa que una manifestacion que en vida del donante y donatario (porque no puede hacerse despues que aquel muere, ni compete á su heredero esta facultad, como ni tampoco á los del donatario la de pedir que se haga) se hace de la escritura de donacion al Juez mayor del pueblo en que se otorga, á fin de que exâminando la voluntad del donante, pues la ha de pedir este, ó el donatario con facultad suya, (que se dará en la misma escritura como en la anterior, y entónces no hay necesidad de citar al donante) y viendo que no fue violentado á hacerla, ni hubo dolo, ni conclusion, la apruebe é interponga en ella su autoridad para que sea firme y estable. Puede manifestarse de una de dos maneras, que son: presentando solamente la escritura al Juez, y poniendo á su continuacion la pretension y aprobacion; ó con pedimento, en cuyo caso se pone el correspondiente auto ante testigos, si en el juzgado hay costumbre de ponerlos en los autos, y todo se entrega al donatario. El pedimento y auto se extienden así.

Pedimento.

Pedro Rodriguez vecino de esta villa ante Vmd. como mejor proceda y haya lugar en derecho = digo: que en tantos de este mes de mi libre voluntad y por el amor que profeso á Juan Fernández de la propia vecindad, le hice donacion de una casa que tenia en tal calle, otorgando de ella á su favor ante F. Escribano Real la correspondiente escritura que en debida forma exhibo é insinuo; y mediante é exceder esta donacion de los 500 maravedís de oro, á ser verdadera y no simulada, á no perjudicar á la Real hacienda ni á

tercero y á no haber intervenido en ella miedo, violencia, dolo ni conclusion, como lo declaro, y en caso necesario juro solemnemente=A Vmd. suplico se sirva haberla por manifestada, é insinuada legítimamente, y en su conseqüencia aprobarla, é interponer su autoridad judicial quanto haya lugar en derecho para su mayor firmeza y validacion, y mandar que con este pedimento y auto de aprobacion se entregue original al donatario, para que use de ella como le convenga; pues así es justicia que pido, y para ello, &c.

Auto.

Hase por exhibida é insinuada con la solemnidad necesaria la donacion que se refiere, en la qual para que sea válida, se interpone la autoridad judicial en forma legal; y entréguese original al donatario para que use de ella como le convenga, segun se pretende. El Señor Don Fulano, Corregidor de esta villa de tal, lo mandó y firmó en ella á tantos de tal mes y año, &c.

Revocacion de donacion.

45 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro Rodriguez vecino de ella, á quien, doy fé, conozco=dixo: que por el mucho amor que profesaba á Juan Fernández de la misma vecindad, le donó graciosamente en posesion y propiedad una casa que le pertenecia en tal calle, otorgando á su favor la correspondiente escritura en tal dia, mes y año ante F. Escribano; y que en vez de agraceder el beneficio recibido, no solo no lo hizo, sino que olvidando enteramente lo que le debia, tuvo la avilantez de poner en él tal dia sus manos conminándole de muerte, y profiriendo al mismo tiempo contra su honor palabras ignominiosas á presencia de varias personas, por cuyo delito se hizo merecedor del mas severo castigo. En esta atencion para que no quede impune, y sirva á otros de exemplo y escarmiento, sin perjuicio de usar contra él de la accion criminal que le compete, ha resuelto revocar dicha donacion, y poniéndolo en execucion, en la forma que mas haya lugar en derecho, y usando de la facultad que la ley 10 tit. 4 P. 5 y de-

mas que tratan de este asunto, le confieren=Otorga: que revoca é invalida enteramente la referida donacion, y da por cancelada la escritura que formalizó de ella, desde el punto en que el donatario cometió el delito é ingratitud mencionada, queriendo que por tal se estime, y declare judicial y extrajudicialmente, como tambien que se note y prevenga esta revocacion en su protócolo, para que siempre conste: á cuya conseqüencia priva en un todo y para siempre al citado Juan Fernández, y sus herederos y sucesores de la propiedad, posesion y otro qualquiera derecho que habia adquirido á la expresada casa en fuerza de dicha donacion; y á fin de que le conste esta revocacion, me requiere que se la haga saber, notificándole le devuelva la escritura de donacion que otorgó á su favor con los títulos de la mencionada casa, para que en caso de excusarse á su entrega pueda el otorgante usar contra él para reivindicarla, de las acciones que le competan; como asimismo que de haberle requerido se ponga por mí á continuacion de esta revocacion el testimonio conducente con la respuesta que dé, devolviéndoselo todo original para su resguardo. Así lo otorga y firma siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

Notificacion y requerimiento.

En tal villa á tantos de tal mes y año yo el Escribano leí é hice saber á Juan Fernández en persona la escritura de revocacion precedente, requiriéndole entregue á Pedro Rodriguez la donacion y títulos de la casa que se expresan en ella, y enterado=dixo: (*se pondrá la respuesta que dé*) Esto respondió y lo firma, de que doy fé.

Donacion remuneratoria.

46 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro Rodriguez vecino de ella, á quien, doy fé, conozco=dixo: que Pedro López de la propia vecindad le ha hecho tales beneficios (*se expresarán los que sean*); y deseando como hombre agradecido corresponderle y remunerárselos en algun modo, ha deliberado darle para siempre una tierra que tiene en término de esta villa; y poniéndo-

dolo en execucion, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete y de su libre voluntad= Otorga: que hace gracia y donacion pura é irrevocable al citado Pedro López, á sus herederos y sucesores de la referida tierra que es á corta diferencia de tantas fanegas de sembradura, está en el término de esta villa y sitio que llaman de tal y linda, &c. cuya tierra le da con todas las entradas, salidas, usos, derechos y servidumbres que le pertenecen, ó pueden pertenecer, por libre de memoria, &c. (*Proseguirá como la escritura de donacion graciosa hasta la cláusula de insinuacion que excediendo de los* 500 *maravedís de oro se pondrá si se quisiere, pues como ya he dicho, no es precisa. A su continuacion se pondrá tambien la de no revocar extendida en el n.* 19, *despues la de eviccion, y últimamente la renuncia y aceptacion.*)

Escritura de donacion y cesion de una casa á renta vitalicia.

47 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Pedro de tal vecino de ella=dixo: le pertenece en posesion y propiedad una casa sita en tal calle que linda, &c. y habiendo experimentado que por su situacion, por los huecos, reparos, malas pagas y otros motivos le produce muy poco: considerando que está expuesta á una ruina é incendio, que en venta no le darán por ella veinte mil reales en que se le aplicó por muerte de sus padres, que ántes bien se irá deteriorando cada dia, que consumirá prontamente lo líquido que deducidos gastos de alcabala y escritura le quede, y que luego se hallará sin tener lo necesario para su subsistencia diaria; y deseando asegurar esta, mediante á hallarse con otros bienes para testar á beneficio de su alma y sin herederos forzosos; ha deliberado cederla á D. Juan de tal á renta vitalicia, regulando esta á un nueve por ciento á imitacion y con arreglo al fondo vitalicio á dinero establecido por Real decreto de primero de noviembre de 1768, y contando de consiguiente con cinco reales diarios, en lo que se convinieron ámbos: á cuya conseqüencia para que tenga efecto su convenio, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete=Otorga: que por sí y por sus herederos, sucesores y de quien hubiere de ello título ó causa en qualquiera manera, cede para

siempre, y hace donacion perfecta é irrevocable al expresado Don Juan de tal y á los suyos de la expresada casa en posesion, propiedad y usufructo con todas las entradas, salidas, usos, derechos, regalías y servidumbres que tiene, y le corresponden y deben corresponder sin limitacion ni reserva, y con las condiciones siguientes.

El referido Don Juan, sus herederos y sucesores han de contribuir al Don Pedro en cada un dia por todos los de su vida, incluso el de su fallecimiento, y satisfacerle por mesadas cinco reales que componen algo mas que un nueve por ciento del valor en que se le aplicó la casa, entregándolos en el dia último de cada mes en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no en otra cosa ni especie, pena de execucion, costas y salarios de su cobranza: cuya satisfaccion ha de ser puntual y efectiva durante la vida del Don Pedro, aunque sea tan dilatada que sus mesadas importen mucho mas que los expresados veinte mil reales y los alquileres líquidos que perciba de ella, sin que por este motivo, ni por incendio, ruina, ni otra caso fortuito que acaezca en ella, puedan excusarse ni en todo ni en parte á su pago, ni alegar agravio, lesion, ni otra excepcion, por legítima y admisible que sea en juicio, ni pretender descuento, baxa, ni moderacion de los cinco reales diarios.

El referido Don Juan y sus sucesores han de tener bien reparada á sus expensas de todo lo necesario la citada casa, de modo que no padezca decremento: han de pagar todas las cargas á que está afecta, y no la han de enagenar, dividir, gravar, ni hipotecar á deuda ni responsabilidad alguna durante la vida del otorgante; y si lo hicieren, sea nulo, y no se transfieran su dominio, posesion ni hipoteca á otro poseedor, por irse contra este pacto expreso y prohibicion absoluta; á cuya observancia queda desde ahora afecta tambien especial y expresamente la mencionada casa.

Si no cumplieren con lo expuesto en las dos condiciones anteriores, ó contraviniesen á ello en todo ó parte, por el mismo hecho ha de tenerse por revocada y anulada esta donacion, y ha de poder apoderarse de propia autoridad el otorgante de la expresada casa y disponer de ella á su arbitrio, para lo qual se le concede ámplia facultad, sin que necesite acudir á la Justicia, ni citar al Don Juan, ó

al que la posea, ni este tenga la mas leve accion para impedírselo, ni tampoco para pretender les devuelva el todo ó parte de los cinco reales percibidos hasta entónces; pues los ha de hacer suyos enteramente, al modo que el poseedor el producto de sus alquileres: ha de entenderse compensado uno con otro, aunque haya notabilísima diferencia y exceso; y no ha de poder alegar lesion ni otra excepcion favorable que no se le deberá admitir.

Si se verificare que el otorgante tiene cedida, donada, vendida ó enagenada la referida casa, ó que está gravada con mas cargas que &c. (*se expresarán las que sean*) no solo no ha de tener obligacion el que la posea de contribuirle con los cinco reales diarios ni parte de ellos; sino que por el mismo hecho, dolo y ocultacion ha de ser visto haberse acabado este contrato, y poder ser compelido á entregarle el exceso que haya de lo percibido por la renta vitalicia desde hoy al producto líquido de sus alquileres, baxados huecos, reparos, malas pagas y administracion, estando á su relacion jurada sin otra prueba ni justificacion, y no haciéndolo ha de poder retenerla el que la posea para reintegrarse de todo, de los gastos y perjuicios que se le causen y deberá bonificarle tambien en virtud de la propia relacion, con los intereses correspondientes, sin que hasta conseguir el total reintegro pueda ser despojado de ella, ni el otorgante tenga la mas leve accion para intentar el despojo ni su administracion, ni para pretender cosa alguna de lo que rente: fuera de que si se la demandare y quitare en juicio algun tercero, ha de restituirle incontinente todo lo referido, citándole de eviccion conforme á derecho, ha de poder ser executado por todo rigor con costas y salarios; y durante el litigio no ha de tener tampoco derecho á los cinco reales diarios, ni á otra cosa alguna de sus alquileres, aunque por sí mismo y á sus expensas siga el pleyto que se suscite, y ántes bien los ha de percibir el poseedor como hasta entónces para en parte de reintegro del exceso desembolsado y demas á que haya lugar; pero si no fuere vencido en el litigio, continuará este contrato.

Con la vida de dicho Don Pedro ha de acabarse para siempre la obligacion de contribuir el Don Juan y sus sucesores con los cinco reales diarios, de suerte que no pase á

los herederos de aquel la accion á su percibo, aunque muera muy poco tiempo despues de otorgada esta escritura; ni puedan pretender estos el todo ni parte de la propiedad de la casa ni de los alquileres que haya producido hasta entónces y produzca en lo sucesivo; pues todo lo cede y queda perpetuamente á beneficio suyo, ó del que la posea por via de remuneracion y recompensa del riesgo á que se expone de que la contribucion de los cinco reales diarios exceda muy mucho á los veinte mil en que la casa se valuó, y á los alquileres líquidos que reditúe, lo qual hace igual á entrambos otorgantes este contrato, y por lo mismo lícito en todas sus partes.

Con estas condiciones dona el expresado Don Pedro á dicho Don Juan, y á sus herederos y sucesores la mencionada casa, y desde hoy en adelante para siempre se aparta por sí y los suyos del dominio y otro qualquiera derecho que le corresponde en ella, traspasándolo todo con quantas acciones le competen al referido Don Juan, para que de su autoridad ó judicialmente tome de ella por sí y en nombre de sus sucesores la posesion que le pertenece; y para que no necesite tomarla, formaliza á su favor esta escritura, de la qual quiere se le den las copias que pida, sin que para ello se requiera auto de Juez ni citacion de parte, y con la que sin otro acto de aprehension ni aceptacion ha de ser visto habérsele transferido su posesion y pleno dominio; y en el ínterin le entrega los títulos de su pertenencia, y se obliga á su eviccion y saneamiento. Ademas declara le quedan bienes suficientes para testar, y que esta donacion no es inmensa ni de consiguiente reprobada por derecho, en cuya atencion promete no revocarla sin que intervenga alguno de los motivos expuestos, y quiere que para el abono de las mesadas que el Don Juan ó quien le represente le entreguen, baste recibo simple firmado del otorgante ó de quien tenga su poder, sin que se le pueda pedir con mas solemnidad. Por tanto, el dicho Don Juan que se halla presente, enterado de esta escritura = dixo: que acepta la cesion y donacion que contiene, y se obliga por sí, y sus herederos y sucesores á contribuir al Don Pedro con los cinco reales diarios por todos los dias de su vida, incluso el de su fallecimiento, y por mesadas en el último de cada mes empezan-

do desde hoy, con la mayor puntualidad en buena moneda de plata ú oro usual y corriente pena de execucion, costas y salarios: á reparar la casa, pagar sus cargas, y no alegar excepcion alguna para eximirse de esto ni del pago de las mesadas: á no enagenarla, gravarla, ni hipotecarla miéntras viva el referido Don Pedro; y á cumplir con toda exâctitud en quanto esté de su parte las condiciones con que se le ha hecho esta cesion, sin interpretarla, tergiversarla, ni contravenir á ella en todo ni en parte pena de no ser oido en juicio ni fuera de él, y de ser condenado en costas. Así pues, ámbos otorgantes formalizan esta escritura con todas las cláusulas que sean necesarias por derecho y conduzcan para su mayor validacion, y á su cumplimiento obligan todos sus bienes y derechos, presentes, &c.

48 De la naturaleza de este contrato han entendido poco los formularistas de escrituras, y por eso han omitido tratar de él; mas porque puede ofrecerse al Escribano alguna de esta clase, he extendido la anterior con las cláusulas indispensables que se requieren para la seguridad recíproca de los contrayentes, y que deberá tener presentes, quando le ocurra, poniendo las demas que estos quieran y no sean contrarias á las que contiene.

49 Las copias de las escrituras de donacion que asciende á mil ducados, se han de sacar en papel del sello primero, sino llegan á ellos, en el del segundo, y no llegando á ciento, en el del sello quarto, en el qual se han de extender los protocolos de todas.

CAPITULO XIII.

De las dotes y arras.

§. I.

De las dotes y arras.

1 Esta voz ó palabra *dote* tiene diversos significados; pero entre los Jurisconsultos *es una especie de donacion que hace la muger de sus propios bienes á su marido por razon de casamiento; ó todo lo que la muger lleva al matrimonio, y entrega ella ú otro en su nombre á su marido para ayudar á sostener con sus frutos las cargas matrimoniales.* Arras *son lo que el marido ó esposo da ú ofrece á su muger ó esposa en remuneracion de la dote que trae consigo, y en atencion á su virtud, honestidad y otras apreciables prendas que la adornen.* El dominio de las arras pasa irrevocablemente á la muger, y por su muerte á sus herederos. Tambien se da el nombre de arras á la liberalidad esponsalicia ó de esposos (*sponsalitia largitas*) que es lo que el esposo da simple y francamente á la esposa para su adorno como anillos, aderezos, &c. ó ella á él con la esperanza y mira de casarse, lo qual se entiende, aunque no se exprese. (*a*)

2 El marido puede constituir y aumentar así ántes como despues de contraer el matrimonio la donacion que haga á su muger, y esta su dote igualmente, á no ser que en el lugar de la celebracion del contrato haya costumbre contraria. (*b*)

3 Los bienes de la dote son ó *adventicios ó profecticios.* Los adventicios *son los que la muger entrega por sí misma, ó en su nombre su madre, tio, primo, ó pariente por línea materna, ó algun extraño á su marido, y los que la muger adquiere con su industria ántes de casarse, ó le da algun extraño.* Llámanse *adventicios*, porque no provienen del padre, abuelo, ni de otro ascendiente por esta línea. Los profecticios *son los que dan á la muger su padre ú otro pariente por línea paterna, ó algun extraño por respetos de su padre.* (*c*)

(*a*) Leyes 1 y 2 tit. 11. P. 4. Parlad. differ. 125. (*b*) Dicha ley 1 Begnud. Biblioth. verb. Dos n. 30. (*c*) Ley 2 tit. 11 P. 4.

4 En dos casos se transfiere irrevocablemente al marido el dominio de los bienes dotales con obligacion de restituir su importe disuelto el matrimonio: el primero es quando la dote consiste en dinero ó en bienes muebles que se consumen con el uso, y son los que se cuentan, miden ó pesan; y el segundo, quando se le dan valuados con estimacion que causa venta, como sucede siempre en duda. Así que, en ámbos casos puede hacer de los bienes lo que quisiere, y es de su cuenta y riesgo el incremento ó decremento que padezcan, como llegue á celebrarse el matrimonio, pues sino tiene efecto, aunque se estimen, y los tenga en su poder ántes de contraerle, toca á la esposa su deterioro ó aumento. (*a*) Y si el marido despues de casado los vende y no tiene con que reintegrarlos, puede su muger recobrarlos, ó su importe del comprador á eleccion de este, haciendo previa excusion en los de aquel. (*b*)

5 Si los bienes dotales son inmuebles, y se dan sin apreciar, ó con estimacion que no causa venta, pertenece á la muger el dominio de ellos, y su deterioro ó aumento, y la administracion al marido, quien no los puede enagenar, obligar ni hipotecar, aunque su muger lo consienta, sino es que esta concurra á la celebracion del contrato, se obligue espontáneamente con juramento á no reclamarle ni violarle, y renuncie, como puede, el derecho y accion hipotecaria que le compete contra los bienes del marido; pues conteniendo estos requisitos valdrá su enagenacion ó hipoteca.

6 Causa venta la estimacion de los bienes dotales, quando se aprecian de tal suerte que se entregan al marido como vendidos por el precio en que se valúan, en cuyo caso le toca el desfalco ó incremento que tengan; pero haciéndose la valuacion solamente para que se sepa su valor, y si se menoscaban ó mejoran, no con otro fin, pertenece á la muger el riesgo que haya en ellos, no proviniendo el menoscabo de culpa de su marido. (*c*) Si la dote consiste en ganados, y no se aprecian al tiempo de la entrega, debe haber el marido los frutos que produzcan, y si algunos murieren, cumple con restituir otros tantos de los hijos que procreen. (*d*)

(*a*) Leyes 7, 18 y 21 tit. 11 P. 4. Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 1 nn. 9 y sig. (*b*) Olea de Ces. jur. tit. 5 q. 12 n. 11. (*c*) Leyes 18 y 15 tit. 11 P. 4. Covar. pract. quæst. cap. 28. (*d*) Ley 21 tit. 11 P. 4.

7 Si la muger conoce que su marido disipa su dote, y viene á inopia por su culpa, puede demandarle judicialmente para que se la entregue, ó afiance por su responsabilidad, ó para que se deposite en persona lega, llana y abonada, y se le suministren los frutos para sus alimentos, á lo qual debe deferir el Juez; mas no le compete esta accion, quando la deterioracion ó menoscabo no es por culpa de su marido; (*a*) bien que en todos casos se le admite la demanda, especialmente si este tiene otros acreedores, para que no quede indotada.

8 Los bienes que la muger lleva al matrimonio sin incluirlos en los dotales, ó recaen en ella por algun título lucrativo despues de casada, se llaman *parafernales*, de los quales se habla latamente en la segunda parte, (*b*) adonde remito al lector. Llámanse parafernales de la diccion griega *parapherna*, compuesta de *para*, que significa casi ó cerca, y *pherna* que en idioma castellano equivale á dote, por cuya razon se llaman casidotales ó juntos á la dote. En ellos tendrá el dominio el marido, y le pertenecerán sus frutos, si su muger se los da con esta intencion, no de otra suerte; y constando su entrega, aunque no tienen el privilegio de antelacion que los dotales, gozan del de hipoteca tácita, en cuya atencion los del marido estan sujetos igualmente á su responsabilidad, y será preferida la muger en su importe á los acreedores anteriores personales y chîrografarios del marido, y á los posteriores que tengan hipoteca tácita ó general expresa; mas si los administra por sí propia, por haberlo pactado así ántes de casarse, y no los entrega á su marido, no gozarán del privilegio de prelacion ni del de hipoteca tácita, porque como puede hacer de ellos lo que quiera, es de su cuenta y riesgo el deterioro que padezcan. Lo mismo procede, quando se duda, si se los entregó ó no, pues entónces no será responsable el marido. (*c*)

9 El padre puede ser apremiado á dotar á la hija que está en su poder, aunque ella no tenga bienes suyos, y quedará obligado por la dote que le ofrezca, si se efectúa el ma-

(*a*) Leyes 1. tit. 9 P. 3 y 29 tit. 11 P. 4. (*b*) Lib. 1 cap. 3 nn. 31 y 39. (*c*) Leyes 17 tit. 11 P. 4, fin. Cod. de Pact. conven. y 11 al princip. y §. 2 ff. Qui potior. in pignor. hab.

trimonio; (a) pero si la hija se casa contra su voluntad ántes de los 25 años con sugeto indigno por su calidad ó por sus costumbres, no se le podrá obligar á dotarla, sino solamente á darle los alimentos necesarios en pena de su ingratitud é inobediencia. (b) Tambien pueden ser apremiados el abuelo y bisabuelo paternos á dotar á sus nietas y biznietas, siempre que tengan en su poder algunos bienes de ellas. (c) La madre católica no debe ser compelida á dotar á su hija; pero si es judía, mora ó de otra secta, puede serlo, como igualmente qualquiera que tiene en su poder alguna muger con todos sus bienes, y por servirse de ella, disfrutar su hacienda, ó por otros fines particulares intenta impedirle que se case. (d)

10 Las dotes pueden darse ántes ó despues de contraer matrimonio, puramente ó con condicion, y á los plazos que se estipulen, debiendo observarse los pactos que imponga el que las diere, como no sean opuestos á derecho ni buenas costumbres, (e) al modo que en las donaciones, porque realmente lo son; y si alguno dota á muger con quien cree tener parentesco, aunque despues del casamiento conste ser falso, no puede demandar lo que le dió en dote, ya porque hizo una obra de piedad, y ya porque contribuiria á que ella diese su mano. Lo propio milita en otras obras de caridad. (f)

11 La muger puede llevar en dote bienes raices, muebles, semovientes, deudas, derechos y acciones. Si es menor, y los bienes son raices, debe intervenir licencia judicial para su entrega, pues no basta la de su curador; pero si son de las otras clases, es suficiente la de este. (g) Si la dote consiste en deudas, y es su padre ú otro ascendiente el deudor, y el marido negligente en cobrarlas, toca á la muger el riesgo que haya en su cobranza, y aunque su heredero demande al marido, ó al suyo su importe, no ha de ser oido,

(a) Ley 8 tit. 11 P. 4. Sobre como debe ofrecerle la dote quando administra bienes de ella, para evitar dudas y pleytos véase lo explicado en el n. 85 cap. 4 lib. 1 de la segunda parte. (b) Ferrar. Biblioth. verb. Dos, nn. 6 y 7. (c) Ley 8 tit. 11 P. 4. Góm. ley 50 de Toro n. 22. Gutier. lib. 2 pract. q. 10. (d) Ley 9 tit. 11 P. 4. (e) Leyes 10, 11, 13 y 30 al fin tit. 11 P. 4. (f) Ley 35 tit. 14 P. 5. (g) Ley 14 tit. 11 P. 4.

porque los hijos y yernos no deben apremiar á sus padres y suegros como á los que no lo son. Si el deudor es extraño, se ha de distinguir: ó la deuda es obligatoria, ó voluntaria: si es obligatoria por proceder de contrato oneroso como venta, empréstito ú otro semejante, debe satisfacerla el marido de sus propios bienes en el caso de que por su culpa ú omision no se cobre; y si es voluntaria, por provenir de donacion ú otro contrato lucrativo, se distingue tambien: ó la cosa donada es cierta y determinada, ó no: si lo es y el deudor se obliga á entregarla, es lo mismo que si fuera obligatoria; y sino lo es, toca á la muger el peligro que haya en su cobranza, aunque por no pedirla su marido se pierda. (*a*) Y en atencion á que suelen hacerse gastos judiciales y extrajudiciales en la cobranza de deudas, para que la dote sea líquida y efectiva, y en nada se perjudique al marido, convendrá que en el instrumento dotal *se obligue á responder de su importe líquido, deducidos los gastos judiciales y demas que se le ocasionen en su cobranza, de que llevará cuenta exácta y puntual, y no de otra suerte.* Con esta cláusula no se le computarán ni compensarán con los frutos dotales, y cesarán las dudas que por la variedad de opiniones hay sobre esto, segun se expondrá en la segunda parte. (*b*)

12 Muchas veces llevan en dote las mugeres legado anual, usufructo, pension, renta impuesta en fondo vitalicio, ó empleo, y la práctica de esta corte en constituir la dote de estas cosas es: considerar como tal el importe de los diez años siguientes al dia de la celebracion del matrimonio, haciendo capital de él, y obligándose el marido á restituirle á su muger ó á sus herederos, aunque esta no viva los diez años; y si vive mas, hace suyo el importe de los demas años, porque se contempla fruto de dote; pero yo no me conformo con esta práctica iniqua y desarreglada, y lo que me parece justo y equitativo es que consistiendo la dote en pension, legado anual ó renta de capital puesto en fondo vitalicio ó en otra manera semejante se obligue el marido, si quisiere, á responder del importe de los diez años en caso que su muger los viva, ó de los ménos que pacten,

(*a*) Ley 15 tit. 11 P. 4. Olea de Ces. jur. tit. 5 q. 12. (*b*) Lib. 1. c. 3.

si muere ántes que se cumplan y no de otra suerte, deducidos los gastos de cobranza y asimismo los réditos anuales á tres por ciento, una vez que se quiere sea capital lo que es fruto en la realidad. Si es usufructo de casa ú otro edificio, debe hacerse la misma regulacion, deduciendo la tercera parte de su producto por razon de reparos menores, huecos y malas pagas, para que las otras dos sean dote efectiva y líquida. Si es de tierras, viñas ú olivares, ha de observarse lo mismo sin hacer mas deduccion que la de los gastos de cobranza y réditos expresados. Si es empleo que el marido ha de servir, deberá tenerse por dote la mitad de la renta de los diez años, pues la otra mitad debe corresponderle por el trabajo personal de servirle; pero si muerta su muger ha de continuar en él, téngase por dote toda la renta de dicho tiempo. Tambien podrá estipular quando se case: "que en atencion á quedar siempre á la novia ileso y sin el menor decremento el derecho de percibir su renta ó pension anual, si falleciere testada ó intestada ántes que el novio, no ha de ser obligado este á entregar á sus herederos legítimos ni extraños el todo ó parte de las anatas que haya cobrado, las quales se han de estimar en estos casos, como desde ahora se estiman, por frutos de aquel derecho, y solo quando el novio muera ántes, se han de considerar por aumento de dote y no por frutos, deduciéndose el importe de todas las percibidas de los bienes que él dexe, y siendo lo contrario nulo como hecho contra este pacto nupcial." Con esta cláusula no queda el novio tan perjudicado, ni debe darle cuidado que despues de muerto se exîjan ó no de su caudal dichas anatas, pues lo que le interesa es que no le molesten en vida por su importe; y á la novia tampoco se causa detrimento, porque si sobrevive al novio, logra el abono de las que este cobró, en cuya atencion pueden hacer este pacto que como justo se deberá observar. Lo mismo podrá pactarse al tiempo del casamiento en órden al legado vitalicio que se haga á la muger durante su matrimonio, pues no pactándolo, no se tendrá por dotal el importe de sus anatas. Y si al tiempo de casarse no se constituye esta dote, no se estimarán por dotales sus frutos decenarios ni parte de ellos en concurrencia de acreedores del

marido, pues por el mismo hecho de no haberse pactado ni obligado á su restitucion es visto haber querido la muger que no fuesen dotales ni parafernales sino frutos de aquel derecho, por cuyo defecto no se tuvieron por tales en el Consejo en cierto pleyto que seguí como apoderado de una Señora sobre tercería dotal por el oficio de Don Joseph Pérez, Escribano del número de esta villa, en el año pasado de 1765. (*a*) Y el capital del caudal de ámbos cónyuges impuesto en fondo vitalicio por la vida del que sobreviva, ó de algun hijo ó hijos de los dos, ó de extraño, no se debe inventariar ni partir, porque ya no existe ni se puede recuperar; y lo que se ha de hacer es dividir el derecho de percibir las anatas que se paguen durante la vida de aquel en cuya cabeza está impuesto, y por cuya muerte espiran, á proporcion de lo que corresponda á cada uno segun su haber, con lo qual no se perjudica á ninguno. Tendrá presente esto el Escribano por si le ocurre el caso, como á mí me ocurrió, en el qual practiqué lo dicho y se aprobó.

13 Aunque el que da ó promete la dote, no obligue expresamente sus bienes á su pago y saneamiento, quedan obligados tácitamente, así como los del marido que la recibe, lo quedan á su restitucion; (*b*) y si algun tercero la quita á este en juicio y no fue apreciada, toca el riesgo á la muger, la qual y el que la dió no tienen obligacion de sanearla habiéndose constituido con buena fe, ni por consiguiente tiene lugar su eviccion; pero si se constituyó con dolo, ó se dió apreciada, ó empezó por promesa y obligacion de darla, y no por tradicion, ó el que la dió se obligó á su eviccion y saneamiento, está obligado á todo. (*c*) Si el que la da ó recibe apreciada, se siente agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el agravio ó lesion en qualquier cantidad que sea, sin embargo de que no exceda ni llegue á la mitad del justo precio, como sucede en las ventas, cuyo privilegio está concedido al contrato dotal por favor de la dote; (*d*) y la accion de repetir el perjuicio del engaño no se

(*a*) De esta clase de dote trata Olea de Ces. jur. tit. 6 q. 2 con mucha extension. (*b*) Ley 23 tit. 13 P. 5. (*c*) Ley 22 tit. 11 P. 4. Góm. lib. 2 Var. cap. 2 n. 37. (*d*) Ley 16 tit. 11 P. 4. Greg. Lóp. en ella.

prescribe, (miéntras no llega el caso de la restitucion, sino es que al tiempo de constituirla se renuncie, pues la ley no prefine término para ello. Por tanto, si la muger llevó en dote bienes raices estimados, y el marido los cuidó y conservó de modo que al tiempo de su muerte no se advirtió en ellos pérdida ni menoscabo, aunque los apreciadores nombrados por sus herederos y por su muger les den ménos valor que el que se les dió al tiempo de casarse, deberá esta tomarlos por el precio que tenian entónces, sin que los herederos del marido sean responsables á la falta, porque esta pudo provenir del tiempo, ó de no haberse apreciado como se debia, lo qual sucede regularmente en todas las dotes, pues se tasa por veinte lo que no se puede vender por diez; fuera de que de los bienes raices no se transfiere el dominio al marido, y así no deben valuarse, excepto que haya aumentos ó menoscabos conocidos por su causa.

14 Si la novia libre mayor de 25 años y sin descendientes ofrece algo al novio, quedan obligados sus bienes, aunque al tiempo de la oferta no se exprese, porque de qualquiera manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado: (*a*) en cuyo caso se extenderá la cláusula como se expresa en el n. 62; y aunque la oferta ó donacion que la novia soltera ó viuda sin hijos haga al novio, exceda mucho la décima ú octava parte de sus bienes, valdrá, por ser hecha en contrato oneroso. Es verdad que algunos afirman que las leyes que hablan del novio deben entenderse de la novia; pero se engañan, pues á mas de no hablar directa ni indirectamente con ella, no ha habido necesidad de prohibir á las mugeres hacer donaciones, porque rara vez las hacen á causa de ser *naturalmente cobdiciosas é avariciosas* segun una ley de partida: (*b*) al paso que los hombres son muchas veces pródigos de sus bienes mayormente con las novias, así por complacerlas como por hacer ostentacion de su generosidad, y como su prodigalidad indiscreta cede en gran detrimento suyo, fué necesario ponerle freno. Si la novia da alguna cosa al novio sabiendo que le está prohibido casarse con él, no puede demandársela despues; (*c*) y si ámbos sabedores del impedimento se dan

(*a*) Ley 2 tit. 10 lib. 5 R. (*b*) La 3 tit. 4 P. 14. (*c*) Ley 50 tit. 14 P. 5.

mútuamente algo, lo pierden, y toca al fisco. (a)

15 Para adquirir el marido los frutos de la dote, sea ó no estimada, deben concurrir tres circunstancias: la primera, que se celebre el matrimonio: la segunda, que esté en posesion de la dote; y la tercera, que sostenga las cargas matrimoniales.

16 Qualquiera esposa de presente, ó de futuro disuelto el matrimonio gana la mitad de todo lo que el esposo le dió, sea ó no precioso, si la besó, y si no la besó, ha de volver todo á los herederos del esposo; pero falleciendo alguno de los dos despues de consumado el matrimonio llevarán la muger, ó los suyos todo lo que el esposo le dió, siendo desposados, si no hubo arras en el casamiento, y si las hubo, elegirán la muger y por su muerte sus herederos, tomando las arras, ó lo que el marido le dió: cuya eleccion han de hacer dentro de 20 dias despues de requeridos por los del marido, y pasados la harán los de este. (b)

17 Los padres no pueden mejorar en contrato á sus hijas por razon de dote, (c) y solo se les permite donarles lo siguiente: el que tiene de 200ↄ maravedís hasta 500ↄ de renta puede darles por sola una vez un cuento de maravedís en dote: el que tiene mas de los 500ↄ hasta un millon y 400 maravedís, cuento y medio: el que tiene cuento y medio de renta, la de un año; y si mas tiene, no debe pasar de doce cuentos de maravedís, aunque su renta anual sea mayor, pena de perder el exceso. (d) Lo mismo procede para con las nietas, aunque la ley no habla de ellas, ya porque hay igual razon, ya porque no han de ser de mejor condicion que sus madres, y ya por otras razones que traen los AA. (e)

18 La dote debe pagarse de los bienes gananciales, y no habiéndolos, si padre y madre la ofrecen, la satisfarán por mitad de los suyos, y si uno solo la promete, está obligado á su total satisfaccion; (f) pero la madre, puesto que no tiene obligacion de dotar á su hija, segun ya he dicho, puede pactar que si el padre fallece ántes y no hay gananciales, se en-

(a) Ley 51 tit. 14 P. 5. (b) Ley 52 de Toro que es la 4 t. 2 lib. 5 R. (c) Véase el cap. 1 n. 118. (d) Leyes 1 y 5 t. 2 lib. 5 R. (e) Matienzo ley 1 t. 1 lib. 5 R. glos. 1 nn. 3, 4 y 5. Baeza de non melior. filiab. cap. 21 y 31. Gutier. lib. 2 pract. quæst. 14. (f) Ley 8 t. 9 lib. 5 R.

tienda no haberla dotado ni prometido cosa alguna, y por consiguiente que no se deben desfalcar su dote ni bienes hereditarios por esta causa. Si no lo estipula, se quedará la hija con la mitad de la dote en cuenta de su legítima materna, y percibirá enteramente la paterna; y si lo pacta, tendrá la hija que traer toda la dote á colacion y particion con los demas herederos, la recibirá en cuenta de su legítima paterna, y si excede á esta, restituirá el exceso mediante á no poder ser mejorada en contrato por razon de dote ni casamiento, y la madre en nada quedará perjudicada.

19 Muchos necios estan persuadidos de que el novio tiene obligacion de dotar á la novia, y llega á tal extremo este abuso, y es tan grande la codicia y tan poca la vergüenza de muchas, que á cara descubierta regatean lo que les han de ofrecer en arras, y qué vestidos, joyas ó preseas, que llaman *vistas*, les ha de dar para casarse, y no satisfaciéndose á sus deseos se acaba la boda; de suerte que sin debérseles nada lo quieren todo, se venden en buen castellano, y todo lo incluyen en su carta dotal, como si lo llevarán por dote; y lo que es mas, hasta las personas distinguidas incurren en este indecoroso modo de pensar, queriendo cohonestarle con el colorido de que es por honor del matrimonio, como si fuera necesario para honrarle que interviniese interes. Por tanto, para que unos y otros depongan este error dimanado de no leer ni reflexionar las leyes, digo: que no hay tal obligacion, sea la novia doncella ó viuda, noble ó plebeya, jóven y hermosa, ó anciana, y soltero ó viudo, mozo ó viejo y feo el novio, así porque ninguna ley manda al novio dotar á la novia, como porque una de Toro (*a*) prohibe que pueda renunciarse otra del Fuero Real (*b*) que lo permite señalando y limitando lo que el novio puede darle en joyas, preseas ó vestidos, ú ofrecerle en arras, y manda que no valga su renuncia, y que el Escribano que autorice contrato con esta incurra en perdimiento del oficio y no pueda usarle mas pena de falsario. Con esta ley de Toro concuerda otra recopilada (*c*) que para su mas exácta observancia prohibe tambien al Consejo de la Cámara dispensar en ello

(*a*) La 30 que es la 2 t. 2 lib. 5 R. (*b*) La 2 t. 2 lib. 3. (*c*) La 5 §§. 1 al fin y 2 t. 2 lib. 5 R.

y que esta se renuncie, anula las facultades que se dieren en contravencion suya, y hace otras prevenciones. Así que, los novios cautos no dan nada á las novias ántes de otorgar su carta de dote, con cuya cautela no incluyen en ella las vistas y tienen que contentarse con las arras.

20 Segun dichas leyes que corrobora un auto acordado, (*a*) ningun novio puede prometer ni dar á la novia en arras mas que la décima parte de los bienes libres que tenga, ni tampoco en caso de no querer ofrecerle arras ha de poder darle en joyas, preseas ó vestidos que la ley de Partida llama *donadíos*, ni en otra cosa alguna mas que la octava del importe de la dote que recibiere con ella; y todos los contratos, pactos ó promesas que en fraude de esto se hicieren, serán nulos, ademas de aplicarse al fisco el exceso que se dé ú ofrezca: por manera, que el novio no tiene facultad para dar joyas, preseas ó vestidos, y ofrecer arras á la novia ántes de casarse ó de consumar el matrimonio sino solamente una cosa ú otra, aunque si lo hiciere todo, se hará la eleccion de que se ha hablado, siempre que la novia hubiese incluido en su carta dotal las joyas, preseas ó vestidos; pues no habiéndolos incluido se deben tener como donados despues de casada en cumplimiento de la obligacion alimentaria de su marido, á cuya conseqüencia se inventariarán, llevará la muger las arras, y los vestidos se le aplicarán en parte de su haber hasta en lo que alcancen.

21 Aunque el novio sea pobre al tiempo de contraer matrimonio, puede ofrecer arras á la novia, señalándole cantidad determinada para que si cupiere en la décima parte de los bienes que adquiera durante él, se le aplique, ó lo que importe la de los que tenga quando fallezca; y si se las demanda, cumple con entregar la décima, pues no está obligado á mas: (*b*) lo qual se entiende, trayga ó no dote la novia, si el novio dexa herederos forzosos, porque no dexándolos, se le entregará toda la cantidad ofrecida, aunque exceda de la décima, si se pactó en la escritura: se reputará por donacion y deuda á su favor, y como tal deberán pagársela enteramente los herederos extraños de su marido

(*a*) El 4 §§ 24 y 25 t. 11 lib. 7 R. (*b*) Ley 2 t. 2 lib. 3 del Fuero Real. Ayora de Part. part. 1 cap. 7 n. 18.

puesto que pudo dexarles ménos ó nada, é instituir á su muger por su universal heredera.

22 Si lo que el novio ofrece á la novia en arras, cabe en la décima parte de los bienes que tiene quando se casa, y no en la de los que dexa al tiempo de su muerte; ó le ofrece la décima parte de los que posee entónces, ó de los que le toquen y se encuentren por su fallecimiento á eleccion suya, podrá elegir la muger y deberá aplicársele lo que elija, con tal que no exceda de la décima parte de los que constó pertenecerle en uno de los dos tiempos, aunque dexe hijos. Así lo practiqué en unas particiones que hice y se aprobáron judicialmente; si bien para evitar disputas se pactará así en la escritura en que se ofrezcan las arras, de lo qual se tratará con mas extension en la segunda parte. (a)

23 El novio puede ofrecer las arras con la condicion de que si la novia muere ántes, se tenga por no hecha la oferta, y no puedan exigirlas sus herederos legítimos ni extraños, por querer cedan en beneficio personal de ella y no de sus herederos por testamento ó abintestato.

24 Si el novio es menor de 25 años y no tiene curador, puede donar bienes muebles á la novia; mas si le tiene, es preciso que concurra á la donacion; y si quiere donarle bienes raices, debe intervenir licencia judicial por no ser suficiente la de su curador; bien que si hace la donacion sin ella y pasan quatro años despues de cumplidos los 25 sin reclamarla, es visto por este silencio ratificarla, y así queda firme. (b)

25 El novio viudo que tiene hijos ú otro descendiente legítimo del matrimonio anterior, no puede dar ú ofrecer en arras á su futura esposa la décima parte de sus bienes, y despues en disposicion última ó en contrato el quinto de ellos viviendo los hijos, no obstante que la ley del Fuero y demas que la confirman, hablan indistintamente sin expresar, si el novio ha de ser soltero ó viudo, con hijos ó sin ellos; pues de lo contrario se contravendria á la ley 28 de Toro, posterior á la del Fuero, que prohibe tambien indistintamente al que tenga hijos ó descendientes legítimos disponer de

(a) Lib. 1 cap. 6. (b) Matienzo ley 2 t. 2 lib. 5 R. glos. 1 n. 5. Góm. ley 50 de Toro n. 14.

mas que de un quinto en contrato y última voluntad; en cuyo supuesto si da ú ofrece arras á la novia y despues le lega el quinto, se verifica grava la legítima de aquellos en el importe de las arras y se excede de las facultades que tiene. Podria objetarse que la prohibicion y limitacion de dicha ley de Toro tiene lugar, quando el que lega el quinto en última voluntad, hizo en contrato donacion graciosa, no quando fué onerosa y remuneratoria como la de las arras; pero tambien podria responderse que esta no es onerosa sino para quien la hace, y que tampoco es remuneratoria, por no compensarse con ella ningun beneficio de la novia. (*a*)

26 Las arras gozan del privilegio de hipoteca tácita, no del de prelacion que la dote, porque en esta trata la muger de evitar su daño y en aquellas de lucrarse; (*b*) bien que si se dan por aumento de dote, se estimarán por tal (*c*) y gozarán del mismo privilegio de prelacion. Algunos fundados en una ley de Partida que citaré al fin del núm. 48, dicen que en todos casos gozan de él; pero no se sigue su opinion.

27 El marido no puede disipar ni enagenar las arras, aunque tenga permiso de la muger, y si esta muere dexando hijos, las ha de conservar miéntras vivan, excepto que las dé apreciadas, (*d*) ó que ella concurra al contrato de enagenacion jurándole y renunciando el derecho hipotecario que tiene contra los bienes de su marido, así como en la dote; (*e*) porque tocan á los herederos por testamento y abintestato de la muger, si no dispone expresamente de ellas, aun quando no tenga hijos del matrimonio en que se le prometiéron, y á su responsabilidad estan tácitamente hipotecados los bienes del marido en qualquier parte que se hallen, (*f*) sino es que en la oferta se pactó otra cosa.

28 Para la exáccion y deduccion de las arras se ha de tener presente, si el novio las dió, ú ofreció á la novia. Si se las dió é incorporó en su carta dotal, deben sacarse como bienes suyos juntamente con la dote del cuerpo del caudal ántes que

(*a*) Véase la 2 part. lib. 1 cap. 6 n. 22, y á Bayo que es del mismo sentir, Prax. ecclesiast. lib. 2 part. 3 q. 89. (*b*) Góm. ley 50 de Toro nn. 41 y 78. (*c*) Cur. Philip. Comer. ter. lib. 2 cap. 12 n. 32. (*d*) Leyes 4 tit. 2 lib. 3 del Fuero Real, y 7 tit. 11 P. 4. (*e*) Ley 21 Cod. ad Velleyan y cap. 28 de Jurejurand. (*f*) Leyes 24 t. 13 P. 5 y 51 de Toro que es la 3 t. 2 lib. 5 R.

el capital del marido, porque son aumento de ella; y si se las ofreció solamente, se han de deducir del caudal privativo de este como deuda contra él y no de los gananciales, á causa de no ser débito contraido durante el matrimonio sino ántes por el marido; pues si se sacase de aquellos, se la perjudicaria en el importe de la mitad de las arras. (a)

29 Obligándose el marido á restituir la dote ó su estimacion, está en su eleccion el volver una ú otra, y si hay desfalco en los bienes dotales no por culpa suya, es de cuenta y riesgo de su muger. (b) Si se pacta que esta ha de elegir, debe restituir lo que elija, y no existiendo la cosa dotal puede ser compelido á entregar su estimacion, sin que cumpla con dar otra de igual valor y bondad. (c) Si la muger ó sus herederos eligen los bienes dotales, pueden repetirlos de los terceros poseedores á quienes su marido los haya enagenado sin ser necesario hacer excusion en los de este. (d) Si se obliga á volver la dote estimada sin poner mas expresion, debe restituir su estimacion, pues por el mismo hecho es visto haber querido obligarse á ello; (e) y aunque la reciba estimada, si se pacta que dentro de cierto tiempo despues de disuelto el matrimonio há de entregarla en las mismas especies que recibió y por la propia estimacion, cumple con volverlas y no debe ser apremiado á dar su precio. (f) Por tanto, puede decirse que segun se obligue el marido á la restitucion de la dote, quedará obligado.

30 Mejorando el marido los bienes dotales que se le entregáron sin apreciar, puede repetir y descontar las expensas útiles y necesarias hechas en ellos, de suerte que consistiendo la dote en especie y cantidad juntamente, las hechas en la cosa ó especie disminuyen la dote en cantidad, por lo que restituirá la cosa ó cosas íntegras, y de la cantidad solo el exceso al importe de las expensas, si le hubiere; y consistiendo solamente en especie, puede retenerla por derecho pignoraticio hasta reintegrarse del desembolso hecho en su beneficio y utilidad; pero no puede pretender las expensas voluntarias, sean hechas ó no con beneplácito de su muger,

(a) Se trata este punto con bastante extension en el cap. 6 lib. 1 de la 2 part. (b) Ley 18 t. 11 P. 4. (c) Ley 19 t. 11 P. 4. (d) Gom. ley 53 de Toro n. 44. Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 4 n. 9. (e) Greg. Lóp. ley 18 t. 11 P. 4 glos. 1, 2 y 7. (f) Ley 21 Cod. de Jure dot.

porque estas solo sirven de adorno en las cosas dotales y no aumentan su valor. (a) Para la deduccion de estas expensas se ha de atender, si hay ó no gananciales: si los hay, han de sacarse de su total, porque como aumentos hechos durante el matrimonio son comunicables á los cónyuges; y si no los hay, se deben abonar al marido, aplicándole el residuo, despues de deducido el importe de la dote y arras, para el cumplimiento del haber que llevó al matrimonio; pues aunque sean aumentos hechos durante este, nada toca á su muger ni á sus herederos, porque se conoce que los suplió de su capital, del qual debe ser reintegrado ántes que se separen los gananciales, y que estan empleados en beneficio de los bienes dotales, por cuya razon puede retenerlos hasta hacerse pago. En la misma forma se hará la deduccion de las expensas hechas en cobrar y recuperar los créditos y fincas dotales, ó en defender los pleytos que se muevan sobre su propiedad, posesion ó servidumbre.

31 Consistiendo la dote en bienes raices debe el marido restituirlos incontinente que el matrimonio se disuelva; pero si consiste en muebles ó dinero, cumple con hacer su restitucion dentro de un año, á no ser que tenga hijos menores, pues entónces como legítimo administrador de sus bienes ha de retenerlos hasta que sean capaces de gobernarse. Para la exâccion de la dote se ha de atender á la costumbre del lugar donde se celebró el matrimonio y no á la del domicilio del marido; y si los cónyuges hiciéron algun pacto ántes ó al tiempo de casarse en quanto á la dote, arras ó gananciales, debe observarse y no la costumbre. (b)

32 Miéntras no se entrega á la muger su dote, debe percibir alimentos, porque subsiste la compañía legal de cuyo fondo se han de sacar hasta que llegue el caso de su disolucion; y si los herederos del marido se resistieren á alimentarla, tendrán que pagarle los intereses correspondientes ó entregarle su dote estando en su poder. (c)

(a) Leyes fin. t. 11 P. 4 y 50 de Toro n. 51. Garcia de Expensis cap. 13. Gutier. de Juramt. confirm. part. 1 cap. 16. Olea de Ces. jur. t. 5 q. 12 n. 27. Cov. Pract. quæst. cap. 28 n. 5. (b) Leyes 24 y pen. t. 11 P. 4. (c) Siglienza de Claus. lib. 2 cap. 11. §. Dotes, nn. 151 y 152. Spino de Legat. sub cond. glos. 14 n. 105. Sobre esto véase la segunda part. lib. 1 cap. 6 §. 2 donde se trata con extension y distincion de casos.

33 Pero si el marido es pobre, le han de dexar su muger ó sus herederos con que alimentarse, no debiendo reconvenírsele por mas de lo que pueda restituir ni ser preso por esta causa, pues ántes bien cumple con hacer caucion de pagar la dote, si viniere á mejor fortuna; (*a*) y aunque este privilegio es personal y como tal parece que debe extinguirse con la persona, gozan tambien de él sus hijos y su padre. (*b*)

34 No corre el tiempo para prescribir la dote hasta que el matrimonio se disuelve; pues no hay lugar á la prescripcion contra el que tiene impedimento legal para estorvarla, miéntras este subsiste: en cuya atencion si la muger viendo que su marido disipa la dote, no usa de su derecho, podrá prescribirse esta por causa de su silencio y tácito consentimiento: lo qual milita en los hijos que se hallan fuera de la patria potestad. Los bienes parafernales sí se pueden prescribir. (*c*)

35 El marido puede imponerse pena para que se le exíja en el caso de que no cumpla con la restitucion de la dote, segun se obliga, á mas de las costas que se causen en su exáccion; (*d*) pero esta pena y otra qualquiera que se ponga en los contratos, no debe pasar del duplo fuera de la suerte principal. (*e*)

36 Los contrayentes suelen imponerse pena no solo en órden á la dote sino tambien en otros contratos contra el que rehuse su cumplimiento, á cuya pena dan el nombre de arra, que es lo mismo que señal ó prenda, (*f*) la qual sea de dinero, sea de cosa mueble ó raiz, puede ofrecerla ó entregarla tan solo un contrayente al otro, como se echa de ver en la ley 84 tit. 18 Part. 3 que dice: " E porque este otorgamiento, é promission fuesse mejor guardado, el sobredicho Martin Estevan estableció, é otorgó á Juan Garcia el de suso dicho por arras, é en nome de arras, é otrosí como por peño tal viña, ó tal heredad que es en tal lugar, é ha tales linderos, é desapoderóse de la tenencia de ella, é apoderó á él, é á tal pleyto que si su fija non le quisiesse tomar por marido

(*a*) Ley últim. t. 11 P. 4. Gómez en la 50 de Toro n. 49. (*b*) Ley últ. cit. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1 cap. 27. (*c*) Ley 8 t. 29 P. 3. Greg. Lóp. en ella y Covar. lib. 1 Var. cap. 7 n. fin. (*d*) Ley 86 t. 18 P. 3 que trae el modo de ordenar la escritura dotal. (*e*) Leyes 10 t. 5 lib. 4 del Fuero Real y 247 del Estilo. (*f*) Ley 1 tit. 11 P. 4.

en la manera que sobredicha es, ó él non gela quisiese dar, que el señorío, é la possession, é la tenencia de aquella viña, ó de aquella heredad sea, é finque en Juan Garcia, para facer della, é en ella todo lo que quisiere, bien assi como de lo suyo."

37 Si los esposos de futuro ú otro en su nombre la ofrecen, y dexa de efectuarse el matrimonio por culpa de alguno de ellos, no por esto el que se retrate ha de ser compelido á satisfacerla; pues es contra la libertad del estado matrimonial, y de apremiarle á su solucion podrian resultar graves inconvenientes; (*a*) mas si la entregan en la forma que expresa la ley 84 inserta, no podrá repetirla el contraventor del pacto.

38 Pero en los contratos de venta, transaccion, compromiso y otros semejantes si los contrayentes estipulan que el que viole el pacto, ha de pagar la pena tantas quantas veces lo haga, y que sin embargo pueda ser compelido á celebrar el contrato, queda obligado á todo; (*b*) en cuya atencion me parece que para obviar qualquiera duda que pueda suscitarse, será conveniente y á propósito que quando se otorgue instrumento con pena convencional, se añadan estas palabras: " y para su mas puntual cumplimiento se conforman con lo dispuesto en las leyes 34 t. 11 part. 5 y 2 t. 16 lib. 5 de la Recop." á la cláusula siguiente que suelen poner los Escribanos: " Y quieren se exîjan incontinente al que no cumpla en todo ó en parte lo pactado en esta escritura, tantos reales que se imponen mutuamente por pena, y tantas veces quantas lo violasen, á cuya exâccion se ha de proceder executivamente como por sentencia difinitiva de Juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, sin que ya se pague dicha pena, ya se remita graciosamente, dexe de compelérsele á la observancia exâcta y literal de esta escritura."

(*a*) Ley 39 t. 11 P. 5 cuyas son estas palabras: "Onde decimos, que si acaeciere que alguno dellos non quiera cumplir el casamiento, entonce aquel que fizo la promission por el que non lo quiere facer, nin cumplir, que non es tenudo de pechar la pena. E esto es, porque el casamiento non deve ser fecho por miedo de pena, mas por amor, é con consentimiento de ambas las partes, assí como diximos en la quarta Partida deste nuestro libro, que fabla de los casamientos." (*b*) Leyes 34 t. 11 P. 5 y 2 t. 16 lib. 5 Rec.

39 Si el que promete y entrega la arra es menor, no queda obligado á su cumplimiento, porque le compete el beneficio de la restitucion, sino es que jure que ni por su menor edad, lesion, ni otra causa reclamará el contrato ni pedirá la arra, ni relaxacion del juramento. (*a*)

40 Son varias las escrituras matrimoniales ó que se hacen con motivo de los casamientos. Una es la de *promesa de dote y capital*, esto es, de los bienes que la esposa ha de llevar al matrimonio por dote y caudal propio, y de los que tiene el esposo, ó le han de dar sus padres para ayudar á sostener las cargas matrimoniales. Este contrato es conocido vulgarmente por el nombre de *capitulaciones matrimoniales*, pues por evitar gastos y no hacer para cada cosa una escritura se otorga esta, en la qual suelen intervenir los padres, tios ó curadores de los contrayentes, si los tienen, y no solo se pacta lo expuesto, sino tambien qué han de dar en arras el esposo ó sus padres á la esposa, en qué especies han de llevar los contrayentes su dote y capital, quándo se han de casar, qué ha de dar el novio á la novia cada año por razon, ó con título de alfileres ó gastos de cámara, (que es para vestirse, y otras urgencias y adornos mugeriles) de lo qual y de lo que con ello adquiera ha de poder disponer libre y absolutamente como dueña, sin que se tenga nunca por adquirido en el matrimonio, ni se incluya en el inventario que se haga por muerte del novio; pues han de reputarse bienes parafernales de la novia que ha reservado para sí privativamente, y posee con esta condicion sin intervencion ni dependencia del novio ó marido: lo qual se estila pactar entre grandes, títulos y otros Señores, y se observa, porque todo se estima como alimentos que el marido da á su muger, y lo que ahorra del importe que se le consigna, no toca á la sociedad conyugal. Asimismo se suele estipular entre otras cosas quánta viudedad anual ha de gozar la novia de los mayorazgos del marido, y que para ello sacará ú obtendrá este la competente facultad dentro de cierto término, dándose tambien po-

(*a*) Leyes 28 al fin tit. 11 P. 5, 16 tit. 11 P. 3 y 6 tit. 19 P. 6. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1 cap. 60 n. 1. Salg. Labyr. cred. part. 3 cap. 1 nn. 120, 143 y 164.

der en la capitulacion para que ella la obtenga, sino lo hace. Finalmente si quieren, se impone pena convencional contra el que se retratare de lo estipulado, y despues que se casan ó el dia ántes otorgan las escrituras de dote y capital con referencia é insercion de la de capitulaciones como deben hacerlo, pues por estas no consta lo que llevaron al matrimonio, sino solamente la promesa de lo que se habia de llevar.

41 Otra escritura es la de la promesa que el padre hace á alguno de darle su hija para muger propia. La ley 84 tit. 18 P. 3 trae el modo de extender esta escritura; pero rara vez se hace separada, pues se incluye en la de capitulaciones por la propia razon que la de promesa de dote y capital.

42 Otra escritura es la de carta de pago y recibo que el esposo estando próxîmo el dia del matrimonio ó despues de contraido otorga á favor de su esposa de los bienes que lleva á su poder para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, ya sea voluntariamente precediendo ó no capitulaciones, ya sea apremiado por el Juez en caso de querer recibirlos y resistirse á su otorgamiento; pues así como no queriendo recibir la dote ó parte de ella, nadie puede precisarle á ello, así recibiéndola se le puede estrechar á dar resguardo de lo que se le entrega. Y así como el novio, segun diré, debe especificar las deudas que tiene, debe hacerlo tambien la novia en igual caso y circunstancias, porque tanto quanto importen es menor la dote, y de omitirlo se perjudica al novio.

43 Ultimamente otra escritura es la del capital del marido que formaliza á favor suyo su muger por sí sola, ó con concurrencia de sus padres si los tiene, y en caso que estos no quieran intervenir, con su citacion judicial, para que quando el matrimonio se disuelva, sepan los herederos de cada uno lo que llevó á él, qué aumentos ó menoscabos hay, y lo que legítimamente les toca; pues de no hacerlo se tendrán todos por gananciales excepto la dote, y será perjudicado el marido, si la muger muere ántes, y sus hijos muriendo despues, tendrán que justificar por otro medio lo que llevó al matrimonio. Puede hacerse dicha escritura ántes ó despues del casamiento: si se hace ántes, es super-

fluo que la muger jure no haber sido conminada por el esposo, porque como no está baxo de su poder, no puede violentarla. Si la otorga despues, no necesita licencia de su marido, pues por el mismo hecho de formalizarla á su favor es visto dársela; y mas conveniente es que la otorgue despues, porque si la otorga ántes, y está en su casa, en la de sus padres, ó en la de otro, no puede saber ni declarar, si el marido futuro tiene ó no los bienes que dice pertenecerle, y sí despues de casada como que ya los ha visto. Y si precedió capitulacion al matrimonio, y en ella ó en la carta dotal se obligó á otorgar despues de casada la escritura de capital, tampoco necesita jurar que el marido no la violentó, puesto que la formaliza en cumplimiento de la obligacion contraida en tiempo que no la podia violentar. No ha de obligarse la muger á restituir al marido el importe de su capital, como algunos ignorantes lo ponen confundiendo un instrumento con otro sin distinguir los fines, efectos y naturaleza de cada uno, porque no se le entregan, ni se le transfiere su dominio como al marido el de los suyos, ni tiene facultad para manejarlos, usar y disponer de ellos sin el permiso marital, sean ó no estimados, en cuya atencion se obligará únicamente á tenerlos por caudal de su marido y fondo puesto por él en la sociedad conyugal, deducidas previamente su dote, arras y demas que ella herede ó le donen constante el matrimonio, á fin de que el residuo se tenga por adquirido durante este, y de lo que corresponda al marido se le satisfagan con la preferencia correspondiente las arras que le haya ofrecido teniendo cabimiento en su décima parte. Concurrirá tambien el marido á esta escritura, declarará con juramento (en caso de no estar subordinado á padre, tutor, ni curador) si los bienes del capital son ó no suyos, qué cargas tienen los raices y demas que pueden gravarse, á quánto ascienden, que no están sujetos á otra, y asimismo si tiene algunas deudas contra sí, el importe de ellas, y que no tiene mas, si se le deben algunas cantidades ó cosas, obligándose á declarar y dexar apuntado lo que gaste en la cobranza de ellas para evitar perjuicios á su muger ó herederos, caso que no haya mas gananciales, ó aunque los haya; pues la mitad del importe de las expensas le tocan y debe aplicársele

deduciéndose del capital del marido, porque á no haberlas hecho en la cobranza de sus créditos estaria exístente dicho importe, y le tocaria dicha mitad. Si es viudo con hijos, debe hacer ántes de volverse á casar descripcion de los bienes que esten en su poder pertenecientes á estos, y se obligará á restituírselos en los términos que se dirá en el cap. 1 n. 98 lib. 1 de la segunda parte, para que no sean perjudicados en su legítima materna.

44 Antiguamente se otorgaba tambien por los novios una escritura de casamiento ante Escribano y testigos, cuya extension trae la ley 85 tit. 18 P. 3; pero ya no se estila, porque hoy se celebra el matrimonio paladinamente ante el Párroco y testigos segun la disposicion del Concilio Tridentino, y lo que suele hacerse es darse los contrayentes al tiempo de otorgar las capitulaciones palabra mutua de casarse, ofrecerse ó entregarse arra en señal de matrimonio, y pactar que han de celebrarle con arreglo á lo prevenido por la iglesia, con cuya palabra mutuamente dada y aceptada contraen esponsales de futuro, y quedan ligados para no poder casarse sin consentimiento del otro contrayente. Ademas como si son hijos de familia ó menores, han de obtener el consentimiento de sus padres, tios ó curadores con arreglo á la pragmática de 23 de marzo de 1776 y cédula de 18 de septiembre de 1788 declaratoria de ella; pueden estos darles la correspondiente licencia ante Escribano por medio de un instrumento que otorguen sin necesidad de acudir á la Justicia, ó simplemente sin intervencion de Escribano ni Notario; y sin que preceda dicha licencia, ó la de la Justicia por renuencia de los que deben prestarla, no han de admitirse los esponsales de los hijos de familia menores.

§. II.

Del privilegio de la dote.

45 Siempre que la entrega de los bienes dotales al marido se hace constar por instrumento anterior, ó posterior al casamiento en que el Escribado da fé de ella, ó por otro medio legal en que no interviene fraude ni dolo, pues no

basta probar que la muger los tenia ántes de casarse, sino que tambien se ha de justificar que los llevó al matrimonio; será preferida por la hipoteca tácita á todos los acreedores anteriores que la tengan, y á los posteriores, aunque la de estos sea general expresa. Por lo que toca al fisco, este ha de ser preferido á la dote, quando sea anterior, mas lo contrario ha de decirse en caso de dudarse de la anterioridad ó de ser iguales en tiempo, á no ser que el fisco esté aposesionado de los bienes del deudor. El privilegio de la dote empieza desde que se contrae el matrimonio y no desde la tradicion de ella, ya sea anterior, pues es para que se efectúe el matrimonio, y para ayudar á sostener sus cargas: ya posterior, porque se retrotrae al tiempo en que se celebró; en cuya atencion si la muger ú otro por ella ofrece al marido cierta cosa en dote, y despues de casados obliga este sus bienes á otro ántes que la muger se la entregue, será preferida al acreedor posterior á la promesa dotal, y se retrotraerá la obligacion de responder de la dote al tiempo en que el matrimonio se celebró, (*a*) y aun algunos dicen que al de la promesa, porque en él tiene su principio; por manera que la carta de dote que se otorga en virtud de capitulaciones despues del casamiento, goza del mismo privilegio que la que se hace ántes de casarse con fe de entrega, porque como las capitulaciones preceden á la boda, y se expresa y promete en ellas al novio la dote que la novia ha de llevar, se retrotrae al tiempo de la promesa, y en ella tiene su principio el privilegio dotal, verificándose el matrimonio y la tradicion real. Tambien será preferida á los acreedores posteriores simples sin qualidad prelativa de dominio, refeccion, funeral, &c. que tengan hipoteca especial expresa; pues el acreedor primero que tiene hipoteca tácita ó expresa general en los bienes de su deudor, se prefiere al segundo que la tiene tácita ó expresa especial sin privilegio en una ó mas fincas de él, (*b*) porque quando el acreedor segundo llega á adquirir la hipoteca especial, ya

(*a*) Ley 33 tit. 13 P. 5. Góm. ley 50 de Toro n. 40. Gutierr. de Juram. confirmat. part. 1 cap. 46 n. 10 vers. Hipotheca autem. Covar. lib. 1 Var. cap. 7. Cur. Philip. Comer. ter. lib. 2 cap. 12 nn. 30 y 31. (*b*) Leyes 2 y 11 al princ. y §. 2 ff. y 2 y 6 Cod. Qui potiores in pignor. habeant.

se hallan la finca ó fincas gravadas con la general anterior á la responsabilidad de la dote, y así debe ser pagada primero esta.

46 Mas no será preferida la muger á los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca expresa especial ó general en sus bienes, ni la segunda dote á la primera, porque esta es anterior en tiempo: lo qual se limita en quanto á los bienes dotales de aquella que existen y son conocidos, aunque se hayan dado estimados al marido, pues como ámbas dotes son de igual privilegio y naturaleza, y los bienes de la segunda muger no perdieron la de dotales por haberse apreciado, ni esta trata de adquirir nuevo dominio en ellos sino de recuperarle, vuelve por lo mismo á ella siendo preferida á la primera, (*a*) y así no se darán á esta en pago de su dote, como el vulgo ignorante tiene creido; pero si no son conocidos, se satisfará ántes que á la segunda, porque como no pueden separarse de los del marido á causa de no distinguirse ni conocerse, se contemplan todos propios de este, por habersele transferido su dominio, y de ellos deben ser reintegrados de sus créditos por su órden y graduacion sus acreedores, siendo regularmente primero en derecho el que es primero en tiempo, (*b*) como no haya privilegio de prelacion.

47 Tampoco será preferida la muger al acreedor posterior que prestó dinero á su marido para comprar alguna finca, ó cosa determinada, si la hipotecó especialmente á su responsabilidad y no de otra suerte; pues en ella tendrá el acreedor derecho prelativo por la hipoteca especial y expresa, (*c*) aunque es posterior en tiempo segun la fecha del contrato, porque no lo es con respecto á la obligacion é hipoteca, á causa de que quando el marido llega á hacerse dueño de la cosa, y ésta empieza á ser obligada generalmente á la dote, ya el acreedor tiene hipoteca especial y anterior en ella, (que es preferida á la general) en virtud del pacto con que se liga; por manera que es lo mismo que si

(*a*) Ley 33 tit. 13 P. 5. Góm. en la 50 de Toro nn. 42 y sig. Covar. lib. 1 Var. cap. 7. (*b*) Regla qui potior, de Reg. jur. in 6 y ley 27 tit. 13 P. 5. (*c*) Leyes 27 y 30 tit. 13 P. 5. Carlev. de Judic. tit. 3 disp. 28 Salg. Labyr. cred. part. 1 cap. 43 n. 34. Cur. Philip. lug. cit. n. 16.

la cosa hipotecada fuera su propio dinero, el qual no debe responder de la dote de la muger de su deudor, por no estar obligado á ello, y ser anterior; pero si presta el dinero para reparar nave, casa ú otro edificio, ó pagar su alquiler, ó el del almacen en que estuviere la cosa, ó para conducirla de una parte á otra, ó satisfacer á los oficiales su trabajo, ó alimentar á los sirvientes, ó al ganado, ó para otro beneficio suyo, será preferido á todos los acreedores anteriores del mutuario, mas no á la dote, arras, ni fisco, á no ser posteriores; (*a*) y si el acreedor dió su dinero para enterrar al marido, le debe cobrar ántes que la muger ni otro alguno cobren sus créditos, por ser preferido el suyo á todos los que el marido contraxo en su vida. (*b*)

48 El privilegio de prelacion que compete á la muger por su dote contra los bienes de su marido en concurrencia y perjuicio de los acreedores anteriores de este que tienen hipoteca tácita en ellos, y de los posteriores que la tienen general ó especial expresa, se transfiere á sus hijos y herederos legítimos para su repeticion y cobranza, mas no á los extraños; pues el que pasa únicamente á estos, es el de la hipoteca tácita como remedio subsidiario concedido al contrato dotal y no á la persona: (*c*) al modo que los herederos del pupilo tampoco le tienen contra otros acreedores en los bienes de su tutor. (*d*)

49 Pero aunque el marido confiese haber recibido la dote, si por otro medio no se justifica su entrega, no gozará del privilegio dotal, y así aunque su confesion perjudica enteramente al marido y á sus herederos extraños, no á sus acreedores, y á sus ascendientes y descendientes legítimos solo en el tercio ó quinto: se estimará por donacion entre marido y muger hecha constante el matrimonio que por derecho está reprobada; y aun se presumirá que el marido la constituyó de sus propios bienes por beneficiar á su muger, y defraudar á sus acreedores y herederos forzosos,

(*a*) Leyes 26 al fin, 27, 28 y 29 tit. 13 P. 5. Cur. Philip. lug. cit. n. 25 y cap. 3 nn. 33 y 34. (*b*) Ley 30 al fin tit. 13 P. 5. Góm. en la 30 de Toro n. 2. De este punto y de otros acreedores se tratará mas latamente en el juicio de concurso lib. y cap. 3 de la segunda parte. (*c*) Cur. Philip. cap. 12 cit. n. 34. Greg. Lóp. ley 33 tit. 13 P. 5 glos. 6 y 7. Góm. en la 50 de Toro n. 45. (*d*) Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 16.

y que esta nada llevó al matrimonio: lo qual se entiende aunque sea jurada dicha confesion. (*a*) En esta atencion es muy útil á la muger que la escritura de recepcion de dote se otorgue con fé de entrega ántes de casarse para ser preferida á los acreedores de su marido.

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

CARTA DE PAGO Y RECIBO DE DOTE.

50 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos, Albaro de Medina de estado soltero, á quien, doy fé, conozco, mayor que expresó ser de veinticinco años, y que por sí propio se gobierna, natural de esta villa é hijo legítimo de Pedro de Medina y de Ana López difuntos, vecinos y naturales que fueron tambien de ella = dixo: que está tratado de casarse con Rosa Crespo del mismo estado y naturaleza, é hija legítima de Juan Crespo y de Gabriela Diaz asimismo difuntos, vecinos y naturales que igualmente fueron de ella, habiendo precedido á este fin las tres amonestaciones que manda el Santo Concilio de Trento; y que la mencionada su futura esposa ha prometido llevar diferentes bienes muebles y dinero, y entregarlos al otorgante por dote y caudal suyo para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, con tal que formalice á su favor la correspondiente escritura, á cuya conseqüencia para que tenga efecto en la mejor forma que haya lugar en derecho=Otorga: que recibe en este acto de la expresada su futura esposa por dote y caudal propio los bienes siguientes. (*Se ponen en párrafo aparte los bienes por clases, partidas y precios con señales individuales, y prosigue la escritura.*)

Importan en una sola cantidad los bienes y dinero que comprehenden las partidas anteriores tantos mil reales (salvo error de pluma ó suma) de los quales el otorgante se da por contento y entregado á su voluntad, mediante á recibirlos en este ac-

(*a*) Covar. lib. 1 Var. cap. 7. Carlev. de Judic. t. 3 disput. 34. Góm. ley 50 de Toro nn. 37 y sig. Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 3 y 15. Cur. Philip. lug. cit. n. 38.

to de la mencionada su futura esposa á presencia mia y de los testigos que se nombrarán, de que doy fé, y como efectivamente satisfecho de ellos formaliza á su favor el resguardo mas firme y eficaz que convenga para seguridad suya, declarando que los bienes referidos han sido valuados por personas inteligentes electas de conformidad de ámbos interesados, sin haber en su tasacion engaño ni lesion, y caso que la haya, de la que sea en poca ó mucha cantidad, hace á favor de su futura esposa gracia y donacion pura é irrevocable, ratificando á mayor abundamiento la citada tasacion, y obligándose á no reclamarla, á cuyo fin renuncia para que en ningun tiempo le sufraguen, todas las leyes que le sean propicias, con especialidad la 16 tit. 11 Partid. 4 que dice: "que si el que da ó recibe la dote apreciada, se siente agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el engaño en qualquier cantidad que sea, aunque no llegue á la mitad del justo precio, como en las ventas." Ademas en atencion á la virtud, honestidad y loables prendas que adornan á su futura esposa, le ofrece por aumento de dote ó en arras, segun le sea mas útil, para el caso de efectuarse el matrimonio tantos mil reales que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente posee, y por si no tienen cabimiento, se los consigna en los mejores que adquiera en lo sucesivo á eleccion suya: cuya cantidad junto con la dotal asciende á tantos mil reales, los quales se obliga á restituir en dinero efectivo á su futura esposa, ó á quien la represente, incontinente que el matrimonio se disuelva, queriendo ser apremiado á ello por todo rigor, como tambien á la satisfaccion de las costas que en su exâccion se causen, cuya liquidacion defiere en su juramento relevándole de otra prueba, para lo qual renuncia la ley penúltima de dicho título y Partida, y el término anual que le concede. Para poder cumplir lo referido mas puntual y exâctamente se obliga asimismo no solo á no disipar, gravar, ni hipotecar á sus deudas, crímenes, ni excesos el importe de esta dote y arras, sino tambien á tenerle pronto para su restitucion. Finalmente al cumplimiento de todo lo dicho obliga todos sus bienes y derechos presentes y futuros, &c.

51 Esta escritura es de dote estimada que causa venta, por lo qual he puesto la obligacion de restituir su importe

y no los bienes. Para la muger es mas conveniente que se entregue en dichos términos la dote al marido, así como es mas gravoso para este, especialmente si son animales ó muebles que se deterioran ó consumen con el tiempo y el uso; pues es cosa muy dura obligarse el marido á restituir en dinero lo que no se le entrega en él, ni en plata ú oro por su intrínseco valor, ya por no haberlo recibido en estas especies, ya porque en venta nunca dan por los muebles ni con mucho el importe de su valuacion; al paso que es muy equitativo y arreglado hacer la paga en bienes equivalentes á justa tasacion, segun se le entregaron, mayormente quando no se causa perjuicio á la muger: en cuya atencion aconsejo al Escribano que no ponga la cláusula de la restitucion en dinero del valor de los bienes muebles, excepto que el novio lo quiera, sino en otros equivalentes á justa tasacion. Pero si fueren raices, cosas preciosas, ú otras que no se consumen con el tiempo y uso como los vestidos, se pondrá la cláusula de que *se obliga á volverlas por el precio en que se estimaron al tiempo de la entrega, y en caso que por su culpa ú omision padezcan algun detrimento, á resarcirle en dinero, justificado que sea y no en otros términos.* De esta suerte se evitan muchos pleytos y perjuicios al marido y á sus herederos, porque pueden restituir las mismas alhajas á causa de no transferírsele el dominio de ellas, y si en la valuacion hubo agravio, reclamarle al tiempo de su restitucion, especialmente no siendo inteligente en materia de tasaciones, al modo que siempre que en qualquier cuenta haya error, debe deshacerse. Y es de advertir al Escribano que si la novia es hija de familia, tiene mas hermanos, y ademas de la dote que le dan sus padres, lleva algunos bienes heredados de otra persona, ó regalados por el novio ú otros sugetos, deben ponerse en la escritura dotal con separacion y distincion, expresándose en ella su importe y de qué proviene, para que por muerte de sus padres no tenga que colacionarlos todos, ni sea perjudicada por esta razon, mayormente quando despues suele ser dificil justificar el regalo; y advirtiéndose que por muerte de estos llevará á colacion el de los que le den en cuenta de su legítima; pues de faltar esta claridad resultarán pleytos á que no se debe dar lugar. Tambien convendrá que los padres lo declaren y

firmen la escritura dotal para que los hermanos de la novia no duden de la certidumbre del regalo ó herencia, y no supongan que quisieron mejorarla en su perjuicio estándoles prohibido. Tendrá presente esto el Escribano para prevenirlo á los interesados.

Carta de dote confesada.

52 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Lorenzo del Rio á quien, doy fé, conozco, natural, &c. dixo: que en tantos de tal mes y año contraxo matrimonio con Teresa Martin de estado doncella, natural, &c. la qual traxo á su poder en dote diferentes bienes que segun la valuacion que entónces se hizo, ascendieron á tantos reales, en cuya ocasion ofreció otorgar de ellos á su favor el competente resguardo, prometiéndole por aumento de dote, ó en arras tanta cantidad; y por la celeridad con que se casaron, graves ocupaciones, ausencia del otorgante, y otros motivos que ocurrieron, no pudo formalizarle, y mediante á tener ahora proporcion para ello, cumpliendo la promesa hecha = Otorga y confiesa haber recibido efectivamente de la referida su muger, y que esta traxo en dote los bienes siguientes. (*Se pondrán en párrafo aparte como en la escritura anterior.*)

Importan en una sola cantidad los bienes expresados tantos mil reales, salvo error, de que el otorgante se da por contento y entregado á su voluntad por haberlos recibido de la mencionada su muger en dote al tiempo que contraxeron matrimonio, cuya entrega ha sido efectiva, y por no parecer de presente renuncia la excepcion del dinero no entregado, la ley 9 tit. 1 Partid. 5 que trata de ella, los dos años que prefine para la prueba de su recibo, dándolos por pasados como si lo estuvieran, y las demas leyes que le sufraguen; y otorga á favor de la citada su muger el resguardo mas eficaz que conduzca para seguridad suya (*proseguirá como la anterior hasta la oferta de arras, y entónces dirá*) y cumpliendo con la oferta que hizo á su muger de tantos reales por aumento de dote, ó en arras, desde luego en atencion á su virtud, honestidad y relevantes prendas, reitera y siendo necesario hace de nuevo di-

cha oferta, confesando que los tantos reales cabian entónces y caben actualmente en la décima parte de los bienes libres que posee, y caso que no quepan, se los consigna, &c. (*continuará como la antecedente.*)

53 Si la dote consiste en dinero, se expresará la cantidad en el ingreso de la escritura, y lo propio se hará consistiendo en bienes muebles tasados, caso que no se tenga presente especificadamente los que fueron sino solo su importe. Si el marido quiere jurar haber sido cierta la entrega de ellos, puede hacerlo sin que el Escribano incurra en pena por poner en la escritura el juramento, pero surtirá los efectos expresados en el núm. 49.

Del modo de extender la carta de dote y capital en virtud de apremio judicial.

54 Quando el marido es omiso, ó no quiere otorgar la carta de dote á favor de su muger, puede compelerle á ello el Juez de su domicilio, ante quien en este caso ocurrirá la muger con pedimento presentando memoria ó relacion de los bienes que llevó al matrimonio y sus precios, haciendo mencion del dia, mes y año en que le contraxo, de los motivos que hubo entónces para que su marido no otorgase á su favor carta de pago y recibo de ellos, de que le prometió formalizarla luego que se casasen, de que aunque ha pasado tanto tiempo, y le ha instado repetidas veces á que la otorgase, no ha podido conseguirlo, y de que está en descubierto y expuesta á ser perjudicada en su dote; y pretendiendo mande el Juez declare baxo de juramento, si es cierto que llevó á su poder en dote quando se casó, los bienes contenidos en la memoria presentada: que entónces se valuaron é importaron la misma cantidad, y que le ofreció otorgar el correspondiente resguardo de ellas, y no lo ha cumplido; y estando negativo, que con su citacion se le reciba informacion de ello, y constando la certeza por uno ú otro medio se le apremie á su otorgamiento. A esta pretension deferirá el Juez, y evaquada la declaracion ó informacion se hará en la escritura dotal relacion sucinta de estos autos que se unirán originales con la memoria, é insertarán en ella, sin que se diferencie en lo demas de la de dote confe-

sada. Si el marido se resiste al otorgamiento, se le acusan tres rebeldías, y en el último auto manda el Juez que se tengan por bienes dotales de la muger los comprehendidos en la memoria, y que de los autos (que se han de protocolar en las escrituras del mismo año) se le dé el conducente testimonio á la letra para su resguardo, lo qual perjudicará al marido y á sus herederos del mismo modo que si la otorgara. Lo mismo puede practicar el marido, quando los padres de su muger no quieren concurrir con esta al otorgamiento de su capital; pues con citacion de ellos puede autorizarla el Juez para que se haga, y por su rebeldía les perjudicará como si hubieran concurrido, estimándose por caudal del marido su importe al tiempo de la disolucion del matrimonio.

Escritura de arras.

55 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro Fernández, á quien doy fé, conozco, natural y vecino de ella, de estado soltero, é hijo legítimo, &c. dixo: que está tratado de casarse con Luisa Martinez del mismo estado, hija legítima, &c y natural de tal parte, y que atendiendo á la honestidad, virtud y otras loables prendas que concurren en ella, ha determinado hacerle cierta donacion de arras, y para que conste y tenga efecto en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, y de su libre voluntad= Otorga: que promete en arras á la expresada Luisa Martinez su futura esposa tantos mil reales que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que tiene al presente, y si no cupieren, se los consigna en los que adquiera en lo sucesivo á su eleccion, para que gocen del privilegio concedido á esta clase de donacion, ó del que le sea mas propicio y útil, si llega á efectuarse el matrimonio; y caso que este se disuelva por alguna de las causas legales, se obliga por sí y sus herederos á satisfacerlos en dinero efectivo luego que se le pidan, á cuyo fin los tendrá prontos para su entrega baxo la pena de tanto que se impone en caso de contravencion, á la qual y á la satisfaccion con los intereses correspondientes de las costas y daños que se originen

en su exáccion á su futura esposa ó á quien la represente, cuya liquidacion defiere en su juramento relevándole de otra prueba, quiere ser apremiado por todo rigor de derecho. Asimismo promete no revocar esta oferta y donacion ni reclamarla con pretexto alguno, y al cumplimiento de ella obliga todos sus bienes y derechos, &c.

56 Si el novio da ú ofrece en arras á la novia cosa raiz determinada, se expresarán sus linderos, valor, sitio y demas señales conducentes, y le dará facultad para tomar posesion de ella. En este caso puede tambien imponerse pena para sino cumple el contrato, como se echa de ver en la ley 87 tit. 18 P. 3 que trae la forma de ordenar esta escritura.

Capitulaciones matrimoniales.

57 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Pedro y Doña Juana de tal su muger, y Don Francisco su hijo, Don Diego y Doña Elena la suya, y Doña Maria su hija de estado doncella, á quienes, doy fé, conozco, todos naturales y vecinos de esta villa, y mayores de veinticinco años, y las referidas Doña Juana y Doña Elena en uso de la licencia marital prevenida por la ley 55 de Toro que pidieron á sus maridos, y estos les concedieron para formalizar este instrumento, de que doy fé=dixeron: que tienen tratado que los mencionados sus hijos contraigan matrimonio, y habiendo determinado darles diferentes bienes á fin de que puedan desempeñar las obligaciones de su estado, para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, de su libre voluntad = Otorgan que pactan y capitulan lo siguiente.

Los mencionados Don Francisco y Doña Maria se han de casar tal dia, no resultando impedimento canónico, ú otro accidental porque se difiera, y asimismo velar á su tiempo, para lo qual los expresados Don Diego y Doña Elena prometen al citado Don Francisco á su hija por esposa, y estos se dan mútuamente palabra de casarse, á presencia mia, de que doy fé, obligándose á no retratarse ni contraer esponsales con persona alguna sin consentimiento por escrito del otro contrayente, refiriendo en él esta condicion; y

con licencia que sus padres les conceden, de que igualmente doy fé, se imponen la pena convencional de tantos reales, para que el que falte á su cumplimiento, la satisfaga al otro, queriendo, ya se pague, ya se remita graciosamente, ser apremiados por todo rigor á celebrar el matrimonio, y satisfacer las costas y daños que el infractor cause al otro interesado, cuya liquidacion defieren en su juramento relevándose de otra prueba; y mediante la licencia que los referidos Don Pedro y Don Diego han dado á sus hijos para imponerse pena, y satisfacerla juntamente con las costas y daños que se originen por su contravencion, y á que estos no tienen ningunos bienes al presente, quieren que se practiquen con ellos y no con sus hijos todas las diligencias concernientes á su exâccion, constituyéndose á este fin pagadores principales.

Los expresados Don Pedro y Doña Juana darán al citado Don Francisco su hijo tanta cantidad en tales especies á cuenta de sus legítimas, y los dichos Don Diego y Doña Elena á su hija Doña María tanta en dote con la misma calidad en dinero y bienes muebles, una y otra para ayudar á sostener las cargas matrimoniales: cuyas cantidades y bienes se obligan á entregarles para tal dia víspera de el de su casamiento con la circunstancia de que no haciéndolo así, ninguno de sus hijos ha de ser compelido á casarse; y si por algun accidente no pudiere efectuarse la entrega, queda á eleccion de estos el cumplir ó no la palabra dada.

El mencionado Don Francisco atendiendo á la honestidad, virtud y loables prendas que adornan á su futura esposa, y usando de la facultad legal que tiene, le ofrece por aumento de dote, ó en arras, segun le sea mas útil, si llegare á efectuarse su casamiento, tanta cantidad que confiesa, cabe en la décima parte de los bienes libres que sus padres le han prometido, en los quales y en los demas que adquiriese constante el matrimonio, se la consigna á su eleccion, y quiere que goce del privilegio concedido por derecho á esta donacion.

Ha de otorgar á favor de su futura esposa carta de pago y recibo así de los bienes que sus padres le han ofrecido en dote y le entreguen, como de los demas que lleve á su poder y le regalen otras qualesquiera personas, previnién-

dolo con toda claridad, distincion y separacion, para que si sobreviviere á sus padres, no esté obligada á traer á colacion y particion con sus hermanos mas cantidad que la que le han prometido y dado de su propio caudal; y en dicha carta reiterará la donacion que le ha hecho, á todo lo qual se obliga en forma, como igualmente á formalizar á su favor escritura de aumento de dote, caso que sus padres mueran, de lo que por su fallecimiento le toque, á fin de que se sepa el importe de su legítimo haber, no sea perjudicada en este, y obre los efectos á que haya lugar.

Para que este contrato sea recíprocamente igual, se obligan dichos Don Diego y su hija á otorgar tambien á favor del mencionado Don Francisco el correspondiente capital de los bienes que lleve á su matrimonio y demas que herede por muerte de sus padres ú otro motivo, á fin de que al tiempo de su disolucion se tengan por suyos, se deduzcan ántes que los gananciales y despues de la dote, arras y demas que herede la expresada Doña María, y ninguno sea perjudicado en su haber legítimo; y si el mencionado Don Diego no concurriere á su otorgamiento, sea suficiente que le firme la expresada su hija, sin que se necesite otra diligencia, ni citacion judicial ni extrajudicial, ni dexe de obrar por esta causa los efectos correspondientes, quando el matrimonio se disuelva.

Los referidos Don Pedro, Don Diego y sus mugeres se obligan á no mejorar en el tercio de sus bienes en contrato ni en última disposicion á los demas hijos suyos, ni á alguno de ellos; y si lo hiciesen, quieren que no valga, para lo qual se conforman con lo dispuesto en la ley 22 de Toro: previniendo que si les dexaren algun legado, se ha de deducir del quinto y no del tercio, aunque en él se exprese y mande lo contrario. (*Se pondrán las demas condiciones que los otorgantes quisieren, y proseguirá la escritura en la forma siguiente.*)

Con estos requisitos y condiciones formalizan esta escritura los otorgantes, y al cumplimiento de su contenido obligan todos sus bienes y derechos, presentes y futuros: renuncian todas las leyes, fueros y derechos que les favorezcan, y con especialidad las referidas Doña Juana y Doña Elena la ley 61 de Toro que dice: (*aquí se pondrá la cláusula extendi-*

da en el cap. 18 *n.* 58, *y luego dirá.*) Así lo otorgan y firman, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales.

58 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Francisco de tal natural y vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = dixo: que está tratado de casarse con Doña María de tal, á cuyo efecto han precedido las tres amonestaciones que previene el Santo Concilio de Trento, y entre los contrayentes y sus padres escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por todos en esta villa á tantos de tal mes y año ante F. Escribano Real, en que se han obligado á entregar á dicha Doña María su hija tanta cantidad en dote, y el otorgante á formalizar en favor suyo la correspondiente carta de pago y recibo, como entre otras cosas resulta de la citada escritura, cuya copia original se une á esta para documentarla é insertar en sus traslados, y que á la letra dice así. (*En párrafo aparte la escritura de capitulaciones.*)

Concuerda la escritura inserta con la que se halla en el protocolo de esta, de que doy fé; y en conseqüencia de lo estipulado en ella, mediante á que se acerca el dia del desposorio, y á que estan prontos los padres de la expresada Doña María á cumplir con la obligacion contraida, el otorgante en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga: que recibe ahora mismo de Don Diego y Doña Elena de tal padres de la mencionada Doña María, en dote y en cuenta de sus legítimas los bienes siguientes. (*Se expresan como en la primera escritura dotal.*)

Importan en una sola cantidad los referidos bienes tantos mil reales que el otorgante ha recibido efectivamente en este acto de los expresados Don Diego y Doña Elena á presencia mia y de los testigos infrascriptos, de que doy fé, en cuya atencion formaliza á favor de su futura esposa y de sus padres el resguardo mas eficaz que conduzca para seguridad suya, los da por libres é indemnes de su responsabilidad, tiene por rota y cancelada la escritura de capitulaciones, y por extinguida la obligacion que contiene, para que en ningun

tiempo obre el menor efecto, y en su conseqüencia declara que, &c. (*Se pondrá la declaracion de no haber lesion ni engaño en la tasacion de los bienes como en la escritura primera de dote, y luego proseguirá*) y reiterando el otorgante la promesa de arras hecha en la referida escritura, desde luego ofrece de nuevo á su futura esposa por aumento de dote, ó en arras tanta cantidad que confiesa caber en la décima parte de los bienes libres que sus padres le han entregado, segun resulta del capital formalizado en este dia con arreglo á lo pactado en la quinta condicion de la citada escritura, cuya cantidad le consigna en ellos y en los que adquiera en lo sucesivo, y unida á la dotal compone y asciende su total suma á tantos reales, los que se obliga á restituir, &c. (*Proseguirá como en la escritura primera de dote.*)

59 En esta escritura supongo que la novia no ha llevado mas dote que la que sus padres le han dado, y así no he puesto declaracion alguna, como la pondria por la razon expuesta al fin del n. 51 en caso de llevar mas bienes. Igualmente supongo que la novia está baxo de la patria potestad; pero si estuviese fuera de ella y despues de casada entregase los bienes á su marido, quien los tiene en su poder, se otorgará la escritura de recibo con confesion de este y no con fé de entrega, porque es absurdo, estando apoderado de ellos, decir que su muger se los entrega y dar fé de ello el Escribano, como si los recibiera entónces de otra mano: lo qual le prevengo para que no dé fé falsa, ni sea tenido por ignorante, pues la fé de entrega se ha de dar solamente, quando no los ha recibido, y no quando ántes de otorgar el recibo se aposesionó de ellos.

Escritura de capital.

60 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisca López natural de ella, á quien, doy fé, conozco, y muger de Pedro Rodriguez vecino de esta villa = dixo: que en tantos de este mes contraxéron matrimonio, habiendo pactado ántes que la otorgante habia de formalizar á su favor el correspondiente resguardo que acreditase los bienes y efectos que tenia y llevó á él; á cuya conseqüencia cumpliendo con lo estipulado, en la mejor forma

que haya lugar en derecho, cerciorada del que la compete y de su libre voluntad = Otorga y declara que el referido su marido traxo al matrimonio los bienes siguientes. (*Se pondrán por clases, precios y partidas como en las escrituras anteriores.*)

Importan los bienes expresados tantos mil reales, salvo error de pluma ó suma, de que la otorgante se da por satisfecha á su voluntad, y aunque no parecen de presente, por ser cierto que los traxo, quando se casaron, renuncia la ley 9 tit. 1 Partid. 5 que trata de la entrega, los dos años que prefine para justificarla, y la excepcion que podia oponer de no haberlos traido, y otorga á favor de su marido el resguardo mas eficaz que convenga para seguridad suya: (*se pondrá la declaracion de ser justa la tasacion como en la primera escritura dotal, pero no se ha de renunciar la ley* 16 *tit.* 11 *P.* 4, *porque habla de la dote y no del capital del marido que no goza del privilegio de aquella, y luego proseguirá en esta forma*:) en cuya atencion promete tener por caudal del citado su marido todos los mencionados bienes, y los que herede y adquiera por donacion ú otro contrato lucrativo de algun pariente ó extraño, deducido primero el importe de la dote y arras de la otorgante, y demas bienes que por herencia, legado, donacion ó cesion recaigan en ella, para que á ninguno se perjudique en los gananciales que pueda haber, quando el matrimonio se disuelva; y al cumplimiento de lo referido obliga sus bienes dotales, parafernales, hereditarios y multiplicados, &c. (*Se pondrá la renuncia de leyes puestas en la escritura de capitulaciones, y el juramento extendido en el cap.* 18 *n.* 58, *el qual no es necesario, si se otorga la escritura del capital ántes de casarse*), y el mencionado Pedro Rodriguez jura igualmente por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma solemne que todos los bienes contenidos en este capital son suyos, que no estan afectos á responsabilidad alguna, y que, &c. (*Aquí tendrá presente el Escribano lo que expliqué al fin del n.* 45 *y lo pondrá, segun ocurra el caso y sea el caudal; pues si el marido no tiene deudas á su favor, es superfluo decir que declarará las que cobre ó no, ni mencionar gastos de cobranza; y si los bienes son muebles, tampoco hay que hablar de cargas, bastando jurar que son suyos, y que no tiene deudos contra sí, ó ex-*

presar las que sean y añadir que no tiene mas.)

61 En esta escritura conviene poner el juramento y declaracion del marido ó novio, no porque el instrumento lo requiera precisamente para su validacion, sino para que la muger no sea perjudicada en los gananciales al tiempo de la disolucion del matrimonio; pues algunos dicen que son ricos, y despues se averigua que son muy pobres, por estar debiendo tanto ó mas que lo que tienen, y por medio del juramento se apura la verdad, como yo lo hice en cierto capital que pasó ante mí. Y no basta poner el juramento en la escritura, sino que al tiempo de otorgarla debe recibírselo el Escribano en forma solemne. Mas dicho juramento es superfluo en el hijo de familia cuyos padres le entregan los bienes que lleva al matrimonio, porque como imposibilitado de contraer sin la licencia paterna no puede haberlos gravado, y aunque contraiga para quando se case ó herede, es nula la obligacion en que se constituya.

62 Si la muger hace alguna donacion al novio, se ha de poner por aumento del capital de este en la escritura con la cláusula, no pactándose otra cosa, de que *aunque el novio muera ántes que ella, tengan derecho al importe de la donacion los herederos de él, y puedan exigírsele como donacion hecha en contrato oneroso que obliga al novio á disponer de su persona*; y si este nada lleva, se dirá, *que la novia le hace la donacion para que se tenga por capital suyo*, y se obligará á su entrega disuelto el matrimonio. Tal donacion é instrumento debe preceder al casamiento para su firmeza y para que si el novio muere ántes, no se tenga por hecha constante el matrimonio que por derecho es nula. Si la novia es viuda y tiene sucesion legítima del primer marido, no puede exceder la donacion que haga al novio en vida y por muerte, del quinto de sus bienes, con el qual deberá enterrarla y hacer sus exêquias funerarias, caso que muera ántes que él dexando descendientes legítimos.

63 Precediendo capitulaciones matrimoniales al casamiento pueden formalizarse las escrituras de dote y capital baxo de un contexto para evitar gastos á los interesados, hablando en la introduccion los dos, siguiendo el marido solo con la recepcion de la dote y obligacion á responder de ella; luego su muger con el otorgamiento del capital, y volvien-

do á hablar los dos en la conclusion del instrumento y obligacion general de cada uno á su cumplimiento. Lo mismo se puede practicar ántes de casarse, si la muger está cerciorada de los bienes que lleva el marido, aunque no haya capitulaciones, pues ni para lo uno ni para lo otro hay prohibicion legal.

Aumento de dote.

64 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro y Juana de tal su muger vecinos de ella, á quienes, doy fé, conozco = dixéron: que al tiempo de su casamiento traxo esta en dote diferentes bienes que ascendieron á tanta cantidad, de que el otorgante formalizó á su favor el correspondiente resguardo en tal dia, mes y año ante tal Escribano; y habiéndole tocado ahora con motivo del fallecimiento de Fulano su padre tantos mil reales en tales especies, quiere entregarlos á su marido por aumento de dote, y que otorgue de ellos á favor suyo el correspondiente recibo, á fin de que ni ella ni sus herederos sean perjudicados en su haber legítimo; en cuya atencion para que tenga efecto, usando de la facultad que la ley 1 tit. 11 P. 4 le confiere = Otorgan, la citada Juana que entrega á su marido y agrega á la dote que llevó á su matrimonio con las mismas calidades y condiciones, y este que recibe ahora mismo por mas dote de su muger tantos mil reales que importan los bienes que ha heredado de su padre Francisco de tal, como aparece de las tasaciones que han hecho peritos electos de conformidad por el otorgante y demas coherederos en la forma siguiente. (*Se pondrán los bienes como en la primera escritura dotal.*)

Importan en una sola cantidad los bienes expresados tantos mil reales, de los quales se da el otorgante por entregado á su voluntad, mediante á recibirlos en este acto de dicha su muger, de que doy fé, por haber sido á presencia mia y de los testigos que se nombrarán: á cuya conseqüencia otorga en su favor el mas firme resguardo que convenga para seguridad suya declarando (*se pondrá la declaracion de no haber lesion en la tasacion como en la escritura primera de dote, y luego proseguirá así.*) Y se obliga á volver á su muger ó á quien la represente los mencionados tantos mil rea-

les al mismo tiempo que los que importó la dote que quando se casaron traxo á su poder, siempre que el matrimonio se disuelva por qualquiera de los casos prescriptos por derecho, cuya restitucion hará enteramente en los bienes que existan, y por los deteriorados y consumidos en otros equivalentes á justa tasacion &c. (*Continuará como la escritura dotal, y ámbos firmarán esta.*)

65 Esta escritura rara vez se hace; pues si la muger hereda, ó le donan algo constante el matrimonio, lo recibe el marido, y si se le olvida declararlo, y no consta la donacion ó herencia por instrumento que la acredite, la pierde la muger á causa de tenerse por ganancial como lucrada miéntras viven juntos: por lo qual es conveniente que se otorgue, y que en la escritura primera dotal que el marido formaliza á favor de la muger al tiempo de casarse, y en la de capitulaciones, si precedieron al matrimonio, se obligue á ello y se prevenga, por si llega el caso de heredar á sus padres ó á otra persona, y de esta suerte no será perjudicada; pues muchas veces importan mas los bienes que hereda y adquiere despues de casada, que lo que lleva al tiempo de casarse, y si es única heredera, ó aunque no lo sea, sino se hace inventario judicial ni particion, no podrá hacer constar lo que heredó miéntras lo estuvo.

Escritura de palabra de casamiento, ó esponsales de futuro.

66 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Francisco y Doña Juana de tal de estado soltera, á quienes, doy fé, conozco, mayores de veinticinco años, naturales y vecinos de ella, hijos de, &c. ya difuntos = dixeron: que para vincular honesta é indisolublemente el sumo amor que se profesan, y evitar los riesgos á que estan expuestos y las infaustas conseqüencias que pueden resultar en detrimento de sus conciencias y en ofensa de Dios han deliberado contraer matrimonio, y por graves inconvenientes que les obstan efectuarle al presente, ligarse con esponsales de futuro, para que ninguno pueda retratarse: á cuya conseqüencia en la mejor forma que haya lugar en derecho, instruidos del que les compete en este caso y de su libre voluntad = Otorgan: que se dan mútuamente su fé

y palabra de casarse para tal dia de tal mes y año, prometiendo que ninguno contraerá directa ni indirecta, tácita ni expresamente esponsales con persona alguna sin preceder consentimiento por escrito del otro contrayente, y que si lo hiciere, sean nulos: en cuya atencion para su mayor estabilidad se dan sus manos derechas y tales alhajas en señal, de que doy fé: prometen no reclamar este contrato; y obligan á ello sus personas y bienes, renuncian todas las leyes y fueros que les favorezcan, y así lo otorgan y firman siendo testigos, &c.

67 En esta escritura no he puesto pena contra el que se retrate, ni juramento de cumplir el contrato, ni tampoco renuncia de la ley 39 tit. 11 P. 5, (*a*) pues si se ponen, como el que ha de relaxar el juramento y conoçer de los esponsales es el Juez Eclesiástico, á quien toca esto privativamente, puede suceder que por miedo de ser castigado el que se arrepienta como perjuro, y compelido á la satisfaccion de la pena, se case contra su voluntad y resulten funestas conseqüencias. Así, no aconsejo al Escribano que los ponga, mayormente quando al que se retrate, aunque no se halle tan ligado, le será muy dificultoso y molesto el eximirse del cumplimiento de su palabra, como se ve por experiencia. (1)

68 Como hay algunos Escribanos tan perversos é ignorantes que aseguran á los casados arrepentidos, pueden separarse por medio de escritura, y que aun tienen la osadía de autorizarla, haciéndose dignos por esto de la mas severa correccion; debo prevenirles que los casados no pueden, ni deben separarse perpetua ni temporalmente por escritura ni sentencia de Juez lego, y que para ello es indispensable que intervenga la del Eclesiástico con previo y maduro conocimiento de causa. (*b*)

(*a*) Véase el num. 37.

(1) No será muy fuera de propósito advertir aquí que en Real cédula de 30 de octubre de 1796 se ha mandado *que en las causas de estupro dándose por el reo fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado no se le moleste con prision ni arrestos; y si el reo no tuviese con que afianzar de estar á derecho, pagar juzgado y sentenciado, ó de estar á derecho solamente, se le dexe en libertad, guardando la ciudad, lugar ó pueblo por carcel, prestando caucion juratoria de presentarse siempre que le fuere mandado, y de cumplir con la determinacion que se diese en la causa.*

(*b*) Tit. 1 y 2 Part. 4. cap. 3 de Divortiis, 4, 8, 13 de Conver. Con-

Escritura de apartamiento y disolucion de esponsales.

69 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco y Francisca de tal vecinos de ella, á quienes, doy fé, conozco=dixeron: que en tal dia, mes y año contraxeron esponsales entregándose para su mayor firmeza tales alhajas y obligándose á que ninguno los contraeria con otra persona sin consentimiento por escrito del otro contrayente; y mediante á convenirles ahora apartarse de ellos, para que tenga efecto, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete y de su libre voluntad=Otorgan: que se apartan de los referidos esponsales teniéndolos por de ningun valor ni efecto, como si no los hubieran contraido, dándose recíprocamente los otorgantes por libres en un todo de la obligacion que por la palabra de casamiento tenia ligadas sus personas, y dexándose en plena libertad, para que cada uno use de ella, y se case ó elija otro estado á su arbitrio sin licencia ni intervencion del otro, del mismo modo que lo podian hacer ántes sin diferencia; á cuyo fin renuncian todas las acciones que para impedírselo les competian, se devuelven las referidas alhajas, y baxo de juramento que hacen por Dios nuestro Señor y una señal de cruz tal como esta ✠ prometen que nunca se pondrán impedimento, ni reclamarán esta escritura ni en todo ni en parte, y si lo hiciesen, quieren que á mas de no oírseles en juicio ni fuera de él, se les compela á su observancia y condene en costas. Así pues, al cumplimiento de este contrato obligan sus personas y todos sus bienes, &c. (*Proseguirá como la anterior.*)

70 En esta escritura y en la de palabra de casamiento obligarán los otorgantes sus personas, pues son las que realmente quedan obligadas aun mas que sus bienes, y aunque sean nobles, no les sufraga el privilegio. Si cada uno por no residir ámbos en un pueblo, hiciere con separacion su apartamiento, el que le haga primero, le otorgará con la ex-

jug. y otros que expresan, por qué causa se anulan el matrimonio y esponsales, y se permite el divorcio.

presa condicion de que el otro se aparte tambien, y no en otros términos, porque de no prevenirse así puede aquel quedar ligado y este en libertad, lo qual no es justo.

Licencia de un padre á un hijo para casarse.

71 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Pedro de Menéses vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = dixo: que Don Juan de Menéses su hijo menor de veinticinco años, habido en su matrimonio con Doña Gertrudis de Ribas, tiene determinado casarse con Doña Matilde de los Rios de estado soltera, hija de, &c. y para poder hacerlo sin que en el tribunal competente se le oponga el mas leve obstáculo, le ha pedido la licencia y consentimiento que previene la Real pragmática de 23 de marzo de 1776 y cédula declaratoria de ella de 18 de septiembre de 1788: á cuya conseqüencia concurriendo en la dicha Doña Matilde las circunstancias de igualdad en calidad y otras apreciables que se requieren para afectuar este enlace, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorga: que da amplia licencia al mencionado Don Juan de Menéses su hijo, para que sin incurrir en pena alguna ni podérsele poner ningun impedimento celebre su matrimonio con la citada Doña Matilde de los Rios, á cuyo efecto de su libre voluntad se obliga á no revocar ni reclamar con pretexto alguno su consentimiento, renuncia las leyes que le favorezcan, y así lo otorga y firma siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano residentes en esta villa.

72 Los hijos de títulos de Castilla necesitan á mas del consentimiento de sus padres ó personas que deben dársele, de la licencia de la Cámara: los de grandes, de esta, y de dar cuenta ántes á la Real persona; y si son Militares, tambien de la del Consejo de Guerra. Así que, se hará mencion de estas licencias en el consentimiento de los padres, tutores ó personas que se las concedan, para que no haya embarazo; bien que nunca debe haberle mediante á que se han de presentar y hacer constar al Juez eclesiástico.

73 Los protocolos de todas las escrituras referidas en este capítulo se han de extender en papel del sello quarto. Las copias de las ocho primeras deben sacarse en el mismo

papel, si su importe no llega á cien ducados; si llega, ó excede de ellos hasta mil inclusive, en el del sello segundo; y si son, ó pasan de mil ducados, en el del primero, y en el intermedio comun. Las de palabra de casamiento, apartamiento de esponsales y licencia para casarse, puesto que la ley no habla del papel que les corresponde, se darán en el del segundo, sino es que intervenga señal, ó arra, pues entónces deben sacarse en el correspondiente á su cantidad.

CAPÍTULO XIV.

De las compañías y del contrato trino.

§. I.

De las compañías.

1 La compañía segun mi propósito *es un contrato entre dos ó mas personas que juntan su dinero, industria ó trabajo, ú otra cosa para su lucro y utilidad comun.* (*a*) Para que la compañía sea válida, se ha de hacer sobre negocio lícito, ha de guardarse entre ellos igualdad á proporcion del caudal ó industria que cada uno ponga, de modo que sean iguales así en la utilidad como en los daños y expensas, pues como especie de confraternidad que es, no permite que el uno perciba mas lucro y el otro experimente mayor daño. Ademas, la suerte puesta en la compañía ha de estar á pérdidas y ganancias, no á una cosa sola, y se han de observar los pactos justos que celebren los sócios. (*b*)

2 Puede hacerla el que no es loco, fatuo, ni menor de 14 años; y el mayor de ellos y menor de 25 si conoce que se le sigue perjuicio de subsistir en ella, ó que fue engañado, tiene facultad para acudir al Juez Ordinario del lugar en que se celebró, y reclamar el daño ó engaño para que le exônere de la obligacion contraida. (*c*)

3 Debe hacerse con unánime consentimiento de todos los sócios por tiempo determinado, ó por toda su vida, so-

(*a*) Ley 1 tit. 10 P. 5. Ferrar. Biblioth. verb. Societas n. 1. (*b*) Ferrar. Biblioth. ver. cit. (*c*) Dicha ley 1.

bre cosas lícitas de compras, ventas, arrendamientos, cambios y otras semejantes en que los sócios tengan lucro ó esperanza de tenerle; pero no valdrá, si se hace para siempre sin señalar tiempo, porque entónces ni aun por muerte de alguno de ellos se acabaria, y mas bien seria especie de servidumbre que sociedad. Asimismo, aunque se celebre con pacto de que ha de pasar á sus herederos, no pasará, excepto que aquel se ponga expresamente en arrendamiento de rentas Reales ó del comun de algun concejo, ó quando el testador les manda subsistir en ella por tiempo determinado. (*a*)

4 La compañía es de dos maneras: *universal y singular*: la universal *es la que se hace de todos los bienes presentes y futuros sin limitacion, comprehendiendo todos los negocios en que se ha de comerciar*; y la singular, *es la que se limita á bienes y negocios señalados*. En una y otra si nada se estipula en quanto á la division de utilidades y pérdidas, debe hacerse con igualdad, y si se trata solo de una de ellas, se ha de observar lo propio en la otra. (*b*)

5 Alguno ó algunos de los sócios suelen ser mas hábiles, y estar mas instruidos en el manejo y direccion del negocio, ó negocios en que han de comerciar, ó tener mayor trabajo y poner mas industria, ó exponerse á mayores riesgos que los consócios, y por estas causas es justo que disfruten mas utilidad, ó que si hubiere en la compañía pérdida, nada les toque de esta; á cuya conseqüencia si lo pactan así, será válido; mas si estipulan que uno ha de llevar toda la utilidad y nada de pérdida, se tendrá por no puesto el pacto, por ser iniquo, aunque la compañía subsistirá regulándose la ganancia ó pérdida con la correspondiente equidad ó justificacion. (*c*)

6 No vale la compañía, quando hay engaño entre los sócios, aunque se obliguen á no demandárselo; pero puede dexarse á arbitrio de la persona que elijan, la parte de ganancia ó perdida que cada uno debe percibir, cuya regulacion valdrá siendo arreglada y no de otra suerte. (*d*) Tam-

(*a*) Leyes 1, 2 y 10 tit. 10 P. 5. Olea de Ces. jur. tit. 3 q. 5. nn. 5 y sig. Góm. lib. 2. Var. cap. 5. Cor. Philip. Comer. terr. lib. 1 cap. 3 n. 3. (*b*) Ley 3 tit. 10 P. 5. (*c*) Ley 4 tit. 10 P. 5 Góm. lug. cit. n. 5 y Aylion en él. (*d*) Ley 5 tit. 10 P. 5.

poco vale el pacto de que han de ser comunes á ámbos compañeros los bienes que esperan heredar de alguna persona que nombren, sino es que esta preste su consentimiento; pero no nombrándola, será válido. (a)

7 No solo se comprehenden en la compañía universal los bienes presentes y futuros adquiridos por industria sino tambien los castrenses y quasi castrenses, los heredados, legados ú obtenidos de otro modo, á no ser que el pacto se limite á bienes determinados, que entónces solamente estos se tendrán por pertenecientes á la compañía. (b)

8 Son comunicables entre los sócios las expensas, cargas y deudas de la compañía universal, y á cada uno se transfiere el dominio de los bienes del otro, luego que esta se perfecciona, aunque los haya adquirido en su nombre, como tambien las ganancias que tenga: en cuya atencion qualquiera de los sócios puede usar de todos los bienes de ella, y pedirlos judicial y extrajudicialmente como si fueran suyos. Igualmente son de cargo de la misma compañía los alimentos de la familia de los sócios, y la multa en que alguno de ellos es condenado injustamente; pero no se les transfiere el dominio de los derechos incorporeos como señorío ó jurisdiccion, sino es que el dueño lo permita y dé poder para demandarlo. (c)

9 Qualquiera sócio de compañía singular ó de una negociacion puede tener otra, y no está obligado á comunicar sus ganancias con los demas de aquella; pero si pactan que teniendo alguno de ellos otra compañía ha de comunicar la utilidad á los demas, vale el convenio obligándose estos á la responsabilidad de las pérdidas de aquella y no de otra forma. (d) Y si uno de los sócios de compañía singular compra en su nombre alguna cosa, no tiene obligacion de participarla á los otros sino solo de restituir el dinero con que la compró siendo del fondo de la sociedad. (e)

10 Se disuelve la compañía, cumpliéndose el tiempo por qué se hizo: (f) por muerte natural ó civil de alguno

(a) Ley 9 tit. 10 P. 5. Cur. Philip. lug. cit. n. 10. (b) Ley 6 tit. 10 P. 5. (c) Leyes 47 tit. 28 P. 3 y 6 tit. 10 P. 5. Cur. Philip. lug. cit. n. 8. (d) Ley 10 ff. de Reg. jur. (e) Ley 67 §. 1 ff. Pro socio. (f) Ley 65 §. 6 ff. Pro socio.

de los sócios, sino es que se estipule que los demas han de continuarla: por cesion de bienes que haga, por ser de genio muy altivo é insufrible, por no observar el pacto, por estar ocupado en el Real servicio y no poder proseguir en ella, por haberse perdido su capital ó fondo, ó mudádose su estado y calidad de suerte que no se pueda usar de él, por apartarse de la compañía contra la voluntad de los consócios, pues puede hacerlo quando quiera, pagándoles el daño que se les siga de ello, excepto que se pacte que no ha de haber tal obligacion: por acabarse el negocio sobre que se hizo, ó en fin por un tácito consentimiento de los compañeros. (*a*) Y se renueva tácitamente despues de concluida, quando el sócio ó su heredero continúa con los demas en la negociacion del mismo modo que lo hacian y podian hacer ántes de haberse disuelto; y lo propio milita haciéndose mencion en el libro de cuenta, ó de caxa de que es de la compañía ó compañeros. (*b*)

11 El sócio que tiene la administracion de la compañía, debe poner para su fomento todo el cuidado que para el de sus mismas cosas, así como el administrador de bienes agenos y tutor de menores; y si por su culpa, omision ó negligencia se pierden ó deterioran, es de su cargo el menoscabo y no de los consócios, á quienes debe dar cuenta formal de su administracion. (*c*)

12 Antes de disolverse la compañía singular se deben deducir del caudal que exísta, los fondos ó capitales puestos por todos los sócios; pues se entiende haberla contraido de los bienes futuros ó ganancias que esperaban tener en el tráfico ó negocio sobre que se hizo y no de los capitales, sino es que al celebrar la sociedad pacten lo contrario. (*d*) Tambien se deben deducir las expensas hechas para fomento de la compañía, y las que hizo en curarse el sócio que la manejó y otras semejantes; (*e*) bien que en quanto á las de curacion, manutencion y demas no concernientes al giro, á su utilidad y aumento, deberá estarse al pacto, ó en defec-

(*a*) Leyes 10, 11 y 14 tit. 10 P. 5. Cur. Philip. lug. cit. nn. 34, &c. y 43. (*b*) Cur. Philip. lug. cit. n. 44. (*c*) Ley 34 tit. 12 P. 5. Cur. Philip. cap. cit. n. 45. (*d*) Góm. ley 50 de Toro n. 69. (*e*) Ley 16 t. 10 P. 5 al principio.

to suyo á la costumbre en sociedades de igual naturaleza, y para evitar pleytos lo hará presente el Escribano á los contrayentes. Asimismo se deben deducir las deudas que resulten contra ella, porque hasta que su total y el de los capitales se deducen y separan, no se puede saber, si hay utilidades; por manera que los fondos y las deudas contra la sociedad son las partidas de cargo de ella, y los enseres, créditos, dinero y otros bienes las de data: sin que de la inversion ó empleo que se haya hecho del caudal una ó muchas veces, sea preciso hacer mencion, porque esto conduce para saber cómo y quántas se ha empleado, qué manejo, giro y método se ha observado, y qué progresos ha tenido ó no, (que viene á ser un avanzo, balance, ó tantéo de la compañía) mas no para su disolucion, en cuyo tiempo como que va á espirar y no á continuar, se debe atender únicamente al caudal que se puso en ella, á las deudas que tiene contra sí, y á los enseres ó pérdidas que hay. Es verdad que estando formada exâctamente la cuenta saldrá lo propio; mas así se evita confusion y prolixidad.

13 Aunque algun plazo ó condicion de dichas deudas esté sin cumplir, pueden no obstante los sócios dividir el caudal, dándose mútuamente la caucion de satisfacer cada uno la parte ó porcion que le toque de ellas; pero el que las contraxo y á cuyo favor han de dar los demas la caucion, no puede retener por esta causa las partes que corresponden á sus consócios, excepto que esté condenado á su solucion por sentencia, ú obligado á ella en instrumento executivo. (*a*)

14 Ninguno de los sócios puede sin consentimiento del otro donar, vender, enagenar, ceder, ni traspasar á un extraño el derecho que tiene en la sociedad, (*b*) porque para formar esta se elige la industria de la persona.

15 Quando uno de los sócios puso el fondo, y el otro la industria ó trabajo, no hay utilidades ni pérdidas, existe íntegro el fondo, y nada pactaron para este caso, ni hay costumbre acerca de su division; se duda qué se debe hacer. Parece que siendo justo que quien está al provecho, esté

(*a*) Dicha ley 16 tit. 10 P. 5 palab. Mas si la debda. Cur. Philip. cap. 3 cit. n. 46. (*b*) Olea de Ces. jur. tit. 3 quæst. 5 nn. 1, 2, 3 y 4.

al daño se debe comunicar y dividir entre los dos el fondo ó capital, porque de lo contrario no se observaria la equidad ó igualdad que exige este contrato por su naturaleza, el industrioso perderia su trabajo que quizá valdrá tanto ó mas que el fondo, y su consócio no seria perjudicado en nada, puesto que le sacaba íntegro y salvo, siendo así que el lucro mas proviene de la industria que del fondo. Pero sin embargo, lo contrario es lo mas probable y seguro: en primer lugar, porque el dinero no se pone con el fin de dividirse sino con el de lucrar y negociar, y por lo mismo que se estipula que el lucro ha de ser comun, es visto estipularse que no lo ha de ser el fondo: en segundo lugar, porque aunque quien pone la industria pierda su trabajo, no pierde su caudal, y hay mucha diferencia entre no adquirir y perder lo adquirido, mayormente quando el trabajo se compensa con la esperanza que tuvo de utilizarse, con el riesgo de perder el dinero á que se expuso su dueño, pues si se hubiera perdido, nadie le reintegraria, y con lo que perdió de ganar con él, si le hubiera empleado en otro comercio: en tercer lugar, porque acaso no resultaron utilidades, por no haber sabido negociar quien puso la industria, y así se lo debe imputar á sí mismo; y en quarto lugar, porque si se le comunicara parte del fondo, seria de mejor condicion que el dueño de este por utilizarse en detrimento suyo, lo qual es contra la equidad que no permite se lucre nadie con el de otro; ó por lo ménos no se le seguiria ningun daño. Mas para evitar los pleytos que se pueden suscitar, prevendrá el Escribano á los contrayentes que pacten lo que ha de observarse. (*a*)

16 Si el sócio que administra los bienes de la compañía, es tan pobre que no tiene con que satisfacer á los consócios sus partes, no debe ser reconvenido en mas de lo que pueda hacer, ni de consiguiente preso por ellas, pues goza del beneficio que llaman de *competencia*, y por tanto ha de dexársele lo preciso para su conservacion, á no ser que renuncie tal beneficio, niegue la compañía, tenga arte ú oficio con que proporcionar su sustento, se obligue á pagar enteramen-

(*a*) Quien quiera instruirse radicalmente de las razones de ámbas sentencias, vea á Escob. lib. 2 computat. 22 que trata de este punto muy bien.

te la deuda, ó el compañero que la demanda sea igualmente pobre, porque el privilegiado no goza de privilegio contra el que igualmente lo es, y en este último caso cumple con dar suficiente seguridad de pagar la deuda como pueda: (*a*) todo lo qual se entiende, aunque se le reconvenga por accion que no sea de la compañía, como proceda de ella. (*b*)

§. II.

Del contrato trino.

17 El contrato trino es un contrato de compañía que embebe en sí tres contratos: el primero de compañía regular á pérdidas y ganancias: el segundo de obligacion de asecuracion del capital con pérdida de alguna parte de las utilidades que probablemente se podrán tener; y el tercero de asecuracion de lucro cierto por el incierto: v. gr. Pedro y Juan hacen compañía: Pedro pone por fondo quatro mil ducados y Juan su industria, y pactan que han de partir con igualdad las ganancias. Hasta aquí es contrato de compañía llano, lícito é igual. Despues pregunta Pedro á Juan quanto por ciento se podrá ganar verosímilmente segun la experiencia que tiene y el producto de los géneros en que han de comerciar; y supongo que le responde que un treinta por ciento, en cuya atencion le propone que si le asegura el capital, se contenta con un ocho por ciento, y le cede los siete restantes hasta los quince, mitad de los treinta que puede ganar arriesgando el capital: que si hay utilidad, le ha de satisfacer su ocho por ciento, y que si no, cumple con devolverle el capital. Este es contrato de asecuracion del capital con pérdida de alguna parte de intereses. Asegurado el capital por una mera escritura ó papel de obligacion sin hipoteca especial de fincas ni entrega de alhajas equivalentes de plata ú oro en prenda por via de seguridad (pues si las hay, creo que no debe correr el contrato, porque no hay riesgo alguno, y de consiguiente es ilícito) vuelve á proponerle: que si á mas del capital le asegura un cinco por ciento anual, le cede los tres que restan hasta los ocho, y con

(*a*) Ley 15 tit. 10 P. 5. (*b*) Cur. Philip. Comerc. terr. lib. 1 cap. 3 n. fin.

pagárselo juntamente con su capital íntegro quando se disuelva la sociedad, le corresponderá la utilidad restante. Este es contrato de asecuracion de lucro cierto por el incierto.

18 Dicen algunos que este contrato no es lícito; pero los mas afirman que sí, como sea corta la ganancia, v. gr. la quarta, quinta, ó sexta parte de lo que se espera ó podrá ganar, y como se pacte expresamente, segun se ha propuesto; ya porque no se asegura el capital ni el corto interés con fincas estables ó alhajas de plata ú oro que se dén en prendas, en cuya atencion no hay una seguridad verdadera y que pueda llamarse así; pues la que se tiene se funda tan solo en un papel ó escritura, y freqüentemente vemos los quebrantos que se padecen en el comercio; y ya porque los dos pactos que se agregan al de compañía que es el principal, son lícitos por la utilidad de que se priva y carece quien suple el fondo, cediendo el exceso á beneficio del que pone la industria, con el qual se compensa el peligro á que se expone por la asecuracion y no puede haber usura. Y es de advertir que aunque en la escritura no se individualicen los pactos en los términos expresados, habrá contrato trino que se llamará tácito. Asimismo es de advertir que en el relato de ella no se ha de expresar que el sócio tiene por cierto é induvitable que ganará tanto por ciento, porque en este caso no hay riesgo, seria ilícito el contrato y deberia pagar al otro su parte íntegra.

19 Para que el Escribano sepa como se ha de ordenar la escritura, extenderé lo dispositivo de ella: "Otorga y confiesa el citado Juan haber recibido del expresado Pedro tantos reales que le ha entregado para fondo de esta compañía y comerciar con ellos; y aunque su entrega, *aquí se pondrá la renuncia de la excepcion del dinero no entregado, y si la entrega es de presente, dará el Escribano fé de ella*) y en su conseqüencia se obliga á devolvérselos enteramente dentro de tantos años que cumplirán en tal dia de tal mes del que vendrá de tantos, pena de execucion, costas y salarios de su cobranza, y á pagarle anualmente tanto por ciento de ellos, con tal que miéntras no espiren, no le pida la suerte principal ni cuenta de su inversion y producto, ni mas premio anual que el referido tanto por ciento, aunque le conste é indague con certeza que el negocio en que se em-

pleó, produxo un treinta ó mas; pues si intentare uno á otro, mediante á contravenir á lo pactado y quedar obligado el otorgante baxo de estas condiciones á la satisfaccion del premio anual y á la asecuracion del capital, no ha de poder ser compelido á restituirle mas que el sobrante de este, deducido lo que con título de premio hubiere percibido, en cuyo caso se ha de estimar y declarar este contrato por mútuo puro y no de compañía, que llaman trino con asecuracion del capital y lucro cierto por el incierto, en atencion al riesgo de ganar ó perder á que se expone, y á ser justo por esta razon que no le demande á él ni á sus herederos otra cosa. Por tanto, el referido Pedro enterado de esta escritura dixo: que la acepta y se obliga á no pedir á su compañero los tantos mil reales hasta que pasen los tantos años estipulados, ni cuenta de su producto ni del negocio en que los hubiese empleado, ni mas cantidad que el tanto por ciento que le ha ofrecido, cediéndole por el contrario y donándole irrevocable y graciosamente el exceso en mucha ó poca cantidad con las seguridades prescriptas por derecho, y si no lo hiciese, quiere que este contrato se estime por mútuo simple y no de compañía, como se ha expuesto, y que se le apremie á admitir en cuenta de la suerte principal todo lo que hubiese recibido con título de premio, á fin de que de esta suerte sea lícito y justo en todas sus partes. Así pues, ámbos otorgantes se obligan á no pretender la disolucion de esta sociedad durante el tiempo pactado, y á su cumplimiento con todos sus bienes, &c." No es de omitir que en el ingreso ó introduccion de la escritura no se ha de decir que le dió el dinero prestado, sino que hicieron compañía para que traficase con él á pérdidas y ganancias: que por evitar la molestia y prolixidad de llevar cuenta, ofreció asegurarle el capital, y darle tanto por ciento durante la sociedad con varias calidades y condiciones; y que para su respectiva seguridad determinaron formalizar la escritura: en cuyo supuesto ámbos han de entrar hablando, y luego hablará cada uno solo en la parte que le corresponde hasta la conclusion que vuelven á hablar y obligarse mútuamente al cumplimiento del contrato. (a)

(a) Quien quisiere instruirse radicalmente de este contrato, vea á Ferraris

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

ESCRITURA DE COMPAÑIA.

20 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro y Juan de tal vecinos de ella, á quienes, doy fé, conozco = dixeron: que deseando el citado Pedro comerciar con tanta cantidad en dinero efectivo que tiene, y constándole que el referido Juan es práctico en el comercio, y que de traficar con dicha cantidad se les podrá seguir mucha utilidad, han deliberado de comun acuerdo formar compañía, y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho = Otorgan: que hacen su compañía por el tiempo y con las condiciones siguientes.

Esta compañía ha de subsistir tantos años que empezarán á contarse desde primero del mes de tal próximo venidero y cumplirán en fin de tal año, y durante ellos no han de poder separarse de ella los otorgantes con ningun pretexto ni motivo que no sea legal, ni ceder á otro extraño el derecho que tienen en la sociedad sin expreso consentimiento del consócio; pero si alguno quisiere apartarse sin causa, ha de pagar al otro el daño que justifique seguírsele conforme á la ley 11 tit. 10 Partid. 5.

Los socios han de traficar en tales géneros y no en otros, empleando en ellos dicho Juan los tantos mil reales que Pedro pone por capital ó fondo de esta sociedad, y le entrega en tales monedas á presencia mia y de los testigos que se nombrarán, de que doy fé, de los quales otorga á su favor el mas eficaz resguardo que conduzca á su seguridad; y si les pareciere útil comerciar en otros, lo han de resolver formalizando su contrata recíproca y citando en ella esta condicion, á fin de que si hubiese pérdidas, ninguno las atribuya al otro por esta causa.

Bibliot. verb. Societas, á Carlev. de Judic. tit. 3 disp. 7, con especialidad desde el n. 18, y á los que estos citan.

El expresado Juan ha de tener dos libros de caxa foliados y en pergamino, con sus hojas rubricadas, y sentar en el uno las compras y en el otro las ventas de dichos géneros con las correspondientes fechas, precios, personas, claridad y distincion á estilo de comercio, para que de esta suerte pueda formarse la cuenta de su ingreso y salida, y saber con facilidad las pérdidas ó ganancias que haya.

Todos los años que dure esta compañía, se ha de hacer con asistencia de ámbos otorgantes avanzo general en los quince dias desde Navidad á Reyes de los géneros, deudas en pro y en contra, y demas caudal exîstente, sin que el referido Juan oculte ni suplante cosa alguna pena de perder otro tanto de su parte de ganancias, si se verificare; y todo lo que se halle de aumento ha de agregarse por mas fondo y no destinarse en otra cosa, para que se acrezcan recíprocamente las utilidades que pueda haber.

El citado Juan ha de asistir por sí mismo á la tienda que los dos sócios han de poner con dichos géneros en tal calle, tener un mancebo que le ayude al despacho, y mantenerle en su casa, dándole de comer y vestir con lo demas necesario de cuenta de la compañía; y lo que gaste con él ha de deducirse del caudal comun, como tambien los alquileres de la tienda, y demas cargas y gastos anexos al negocio ó tráfico.

Ha de llevar cuenta separada de todo lo que gaste en sus alimentos y en los de su familia para su ménos haber, y para que se deduzca y se le cargue al fin de esta compañía; y lo propio se ha de hacer con lo que perciba el mencionado Pedro, dando este á aquel el correspondiente recibo para su abono, pues estos gastos han de ser privativos de cada uno.

A nadie ha de fiar mas que hasta en cantidad de cien reales, y si lo hiciere, será de su cargo y se le descontará de su haber lo que importen las sumas que diere en fiado, puesto que debe saber á quien presta: en cuya atencion aunque la cantidad prestada no llegue á cien reales, ha de tener obligacion de cobrarla y no cobrándola la perderá y recibirá de ménos.

En todos los vales, letras, cartas y contratos que fueren concernientes á esta compañía, han de firmar los otorgantes con el aditamento, *y compañía* y haciendo alguno lo

contrario, será de su cuenta y no de la de ámbos qualquier riesgo, utilidad ó perjuicio que sobrevenga.

Quando se disuelva esta compañía, se han de dividir por mitad los géneros y caudal que hubiere exístentes, deducido el fondo puesto, aplicándose á cada uno igual porcion así de buenos y medianos como de malos, para que no sean perjudicados, sin que con ningun pretexto ni motivo puedan pretender otra cosa por esta razon.

Si hubiese pérdidas, nada ha de pagar de ellas el citado Juan; y si ni pérdidas, ni utilidades, tampoco ha de tener derecho á parte alguna del fondo ó capital puesto por su consócio, quien ha de recobrarle íntegro como suyo. (*Aquí se pondrán las demas condiciones que los interesados quisieren, y luego proseguirá la escritura.*)

Con dichas condiciones celebran ámbos otorgantes esta compañía, y se obligan á observar exácta y respectivamente quanto se contiene en esta escritura y sus capítulos, prometiendo no separarse de ella ni reclamarla en todo ni en parte: á cuya conseqüencia para su mejor cumplimiento se imponen la pena de tantos reales que han de exígirse á quien contravenga á lo pactado, sin que por ello dexe de llevarse á debido efecto. Por tanto, formalizan esta escritura con todas las firmezas necesarias por derecho para su validacion, y á su cumplimiento obligan sus personas y bienes, &c. De la extension de esta escritura trata la ley 78 tit. 18 Partid. 3.

21 La escritura anterior es de compañía singular, y quien sepa ordenarla, sabrá tambien extender la de compañía universal; pues como este contrato consiste en condiciones de las partes, poco mas tiene que hacer el Escribano que mirar, si son ó no justas, y no siéndolo, prevenirlo á los contrayentes para que las arreglen, poniéndolas despues con toda claridad, de suerte que no admitan interpretacion, ni se fomenten pleytos por ellas, y concluyendo en la forma expresada. Tambien suelen hacerse compañías sobre otras varias cosas, en las que tiene que hacer lo mismo el Escribano. Y quando se finalizan; hacen avanzo los sócios, parten las ganancias y enseres, y formalizan sobre ello su respectiva carta de pago y finiquito, dándose por contentos y pagados, obligándose á no pedirse cosa alguna

y á pasar por avanzo en todo tiempo, y relacionándose la escritura de compañía é insertándose el avanzo en la introduccion de la carta de pago; y por ser esto cosa clara y evitar prolixidad omito su extension.

Recision ó separacion de compañía.

22 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro y Juan de tal vecinos de ella, á quienes, doy fé, conozco = dixeron: que en tal dia formaron compañía para comerciar en tales géneros, de que otorgaron la correspondiente escritura ante N. Escribano, cuya copia original me entregan para unir á este instrumento é incorporarla en sus traslados, y su tenor literal es el siguiente. (*En párrafo aparte la escritura.*)

Concuerda la escritura inserta con la que se halla en el protocolo de esta, de que doy fé; y sin embargo de haber formalizado los otorgantes la citada sociedad por tiempo de quatro años que cumplirán en tantos de tal mes del que vendrá de tantos, con la condicion de que en este tiempo no se habia de disolver, han resuelto disolverla por justas razones que les asisten, y poniéndolo en execucion, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete = Otorgan: que disuelven en todo y por todo la mencionada compañía, dando por cancelada la escritura formalizada sobre ella, por de ningun valor sus pactos, condiciones, penas y todo lo demas que contiene, por acabadas enteramente las acciones que en su virtud podian intentar uno contra otro, y por remitidas todas las ganancias ó pérdidas que ha habido y resultado de dicho tráfico, haciéndose de su importe en mucha ó poca cantidad recíproca gracia y donacion perfecta é irrevocable; y mediante á estar satisfechos y reintegrados del respectivo haber que les toca, se dan de él la mas firme carta de pago y finiquito que les convenga: renuncian la excepcion del dinero no contado, por no parecer de presente su entrega, la ley 9 tit. 1 Partid. 5 que trata de ella, los dos años que prefine para la prueba de su recibo; y se apartan de qualquier derecho que les compete en esta parte, cediéndosele mútuamente sin reserva alguna para siempre, y obligándose á no reclamar en ninguna manera

esta escritura con pretexto alguno, baxo la pena de no ser oidos judicial ni extrajudicialmente, y de ser condenados en costas. Por tanto, á la observancia de este contrato obligan todos sus bienes, &c. (*Se pondrán las cláusulas generales y luego proseguirá*) y consienten en que esta escritura se note en el protocolo de la de compañía, para que siempre conste y para los demas efectos á que haya lugar: en cuyo testimonio así lo otorgan y firman, &c.

73 Las copias de las escrituras de compañías en que hay fondos fixos, requieren el papel que las ventas y censos segun la cantidad, y no habiéndole, segun la calidad del negocio el del sello primero, por no hacerse regularmente compañías para cosas de corta consideracion; y las de su recision y separacion, puesto que las leyes no hablan de ellas, se sacarán en el del sello segundo.

CAPÍTULO XV.

De las promesas.

§. I.

1 La promesa *es oferta que una persona hace á otra con intencion de obligarse sobre cosa cierta que le ha de dar ó hacer.* Para que el prometedor quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, ha de hacerlo asertiva y no ambiguamente, expresándose con claridad lo que se promete, pues de lo contrario se tendrá la promesa por un simple dicho ó una mera conversacion que no induce obligacion, como afirma Parladorio; (*a*) pero de qualquiera modo que parezca que alguno quiso obligarse, queda obligado, aunque sea á favor de un ausente. (*b*)

2 Puede hacerse la promesa, aunque los contrayentes no hablen un mismo idioma, siempre que se entiendan y firmen el contrato ú obligacion; (*c*) y si no estan presentes, se podrá hacer por medio de carta firmada, ó de mensa-

(*a*) Lib. 2 Rer. quot. cap. 3 n. 40 vers. Deinde nec lex Regia. (*b*) Ley 2 t. 16 lib. 5 R. Góm. lib. 2 Var. cap. 9 n. 3 vers. Hodie tamen de Jure Regio. (*c*) Leyes 1 y 2 t. 11 P. 5.

gero cierto, y valdrá aun quando sea por deuda agena. (a)

3 Las promesas de dar ó hacer alguna cosa pueden ser *puras*, *á dia cierto*, *condicionales y mixtas*. Las puras ó simples deben cumplirse luego que pase el tiempo que parezca al Juez; y las que se hacen á dia cierto, en espirando el prefinido, hasta el qual no nace la obligacion de cumplir del prometedor, ni la accion á pedir del aceptante; pero queda obligado el prometedor como por las puras, solo que se difiere su cumplimiento hasta que llegue el dia. Las condicionales son aquellas en que se pone condicion posible y honesta de pretérito ó de futuro. Si es de pretérito, v. gr. *Te prometo cien reales, si han hecho Obispo á Juan*, y esto es cierto, queda obligado incontinente el prometedor, y no de lo contrario; y si es de futuro, debe verificarse ántes la condicion para quedarlo, y no verificándose ó siendo imposible no vale la promesa. (b) Y las mixtas son aquellas en que se prefine dia y condicion, y para que valgan, debe verificarse todo, y hasta entónces no puede ser compelido el prometedor á su cumplimiento. (c)

4 Puede prometerse qualquiera cosa que se suela enagenar, sea mueble, ó raiz, v. gr. vestidos, alhajas de plata ó de oro, diamantes, tierras, casas, viñas: esté nacida, ó por nacer, como frutos ó partos de ganados, siempre que se espere que nazca, pues de lo contrario no valdrá la promesa, á ménos que el no nacer provenga de culpa del prometedor. (d)

5 Para que la promesa sea válida, la ha de hacer el prometedor de su libre voluntad, no ha de incluir vicio de usura, ni ha de ser contra ley ni buenas costumbres, porque si lo es, ó interviene dolo, fuerza, miedo grave, ó obligacion de pagar el prometedor mas de lo que recibe, ú otra cosa de las prohibidas, no valdrá, aunque en ella se imponga pena y haga juramento; (e) pero si el prometedor hace voluntariamente lo que ofreció, no puede alegar que intervino miedo, fuerza, ni engaño para hacerlo. (f) Y si alguno

(a) Ley 3 sig. Góm. lib. y cap. cit. nn. 1 y 5, y en ellos Ayllon. (b) Leyes 12 y 17 dicho tit. y P. (c) Dicha ley 17. (d) Ley 20 tit. cit. (e) Leyes 28 y 31 tit. 11 P. 5, 1 t. 10 y 7 t. 33 P. 7, y 2 t. 11 lib 5 R. (f) Leyes 6 t. 11 lib. 1 del Fuero Real y 28 t. 11 P. 5.

con palabras dolosas hace que otro prometa y se obligue á pagarle mas que lo que le debe, probando el demandado el dolo queda libre de todo, y el demandante pierde la deuda. (a) (1)

§. FINAL.

Escritura correspondiente á este capítulo.

PROMESA DE VENDER.

6 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López y Juan Rodriguez vecinos de ella, á quienes, doy fé, conozco=dixeron: que estan convenidos, el primero en vender al segundo una tierra de pan llevar de tantas fanegas de sembradura en tal parage del término de esta villa, y otorgar á su favor la escritura correspondiente; y el segundo en satisfacer al primero por ella tal dia tantos reales; y para que tenga efecto su convenio, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorga y promete el referido Francisco que venderá para tal dia á dicho Juan la expresada tierra por los tantos reales y no á otra persona, aunque le ofrezca mas por ella, y formalizará á su favor la correspondiente escritura con las cláusulas conformes á la naturaleza del contrato de venta, á cuyo fin recibe de él á presencia mia en señal ú arra tantos reales en tales monedas, de que otorga á favor suyo el resguardo conducente; y en su conseqüencia ofrece asimismo no apartarse del pacto convenido, y si lo hiciere, á devolverle los tantos reales que acaba de tomar, y pagarle en pena otros tantos con las costas y daños que se le sigan de su contravencion; pero si en el mencionado dia no hubiere cumplido con la entera satisfaccion del precio en que ajustaron dicha tierra, no quedará en ningun modo obligado á celebrar la venta ni á restituir la señal que recibió. Por tanto, el expresado Juan que se halla presente dixo: que acepta en todo y por todo la referida promesa obligándose á pagar al citado Francisco

(a) Ley 44 t. 2 P. 3.

(1) Sobre el papel correspondiente á los instrumentos y escrituras de este capitulo y los cinco siguientes véase el n. fin. del ultimo de estos.

en el dia prefinido tantos reales que faltan para el complemento del precio total en que está ajustada la expresada tierra, en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, pena de perder la arra que le ha entregado, y de resarcirle los daños y menoscabos que se le causen; y ámbos contrayentes dan por celebrada perfectamente la venta, y renuncian la ley 6 tit. 5 Partid. 5 y demas que dicen que remitiéndose los contratantes á otorgarla, puedan arrepentirse; é igualmente la 1 tit. 11 lib. 5 R. y los quatro años que prefine para rescindir el contrato ó pedir el suplemento á su justo valor, mediante á no haber lesion en el precio en que la ajustaron, y si alguna hay, de la que sea en mucha ó poca cantidad, se hacen mútua gracia y donacion perfecta é irrevocable con las firmezas convenientes, renuncian asimismo todas las leyes, fueros y privilegios que les favorezcan, y así lo otorgan y firman siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa. (*Con arreglo á esta promesa podrá el Escribano extender otras teniendo presentes la naturaleza y cláusulas del contrato que se promete celebrar.*)

CAPÍTULO XVI.

De los préstamos.

§. I.

1 Préstamo *es un contrato por el que alguno entrega á otro graciosamente alguna cosa suya para que se sirva de ella.* El prestar es acto puramente voluntario, aunque en algunos casos puede una persona ser compelida á ello. (*a*) Divídese el préstamo en *mútuo y comodato*: el mútuo *es un contrato en que se da gratuitamente alguna cosa de las que se acostumbran numerar, pesar, ó medir para que quien la recibe, use de ella como dueño, obligándose á volver á quien se la presta, otra igual en especie, medida, número, ó peso.* (*b*) He dicho *como dueño*, porque el mutuatario adquiere dominio en la cosa prestada, la hace suya, puede dispo-

(*a*) Véase á Hermosilla en la Rub. del t. 1 P. 5, á Escob. de Ratioc. cap. 15. n. 11 y Ayllon en Góm. lib. 2 cap. 6 n. 2. vers. Quamvis. (*b*) Ferraris Biblioth. verb. Mutuum nn. 1 y 2.

ner de ella á su arbitrio, y debe volver otra semejante en el dia y lugar que estipule con el prestador. (a) Si recibió trigo, vino, aceyte, ú otras especies semejantes, y no las vuelve tan buenas como debe, ó en el dia y lugar convenidos, está obligado á restituir la estimacion justa que tenian quando debió volverlas, y si con el prestador nada pactó acerca del tiempo ni lugar, cumple con volverlas segun el precio que tengan en el dia y parage en que se le demanden. (b) Si se apreciaron al tiempo del préstamo, debe volverlas segun el valor que se les dió entónces, aunque al tiempo de su restitucion valgan mas caras ó baratas: (c) si no se apreciaron al tiempo y en el lugar en que se le prestaron, ha de entregarlas por la estimacion que tengan en el tiempo y lugar en que debe restituirlas; y si no se apreciaron, ni se trató acerca del dia ni lugar de su restitucion, solo tiene obligacion de volverlas segun el valor que se les dé en el tiempo y lugar en que se le pidan. (d)

2 El que tiene facultad para contraer puede dar y recibir prestado, sea por sí, ó en nombre y como mandatario de otro; y aunque no se estipule que el mutuatario ha de volver lo que el prestador le dió, debe restituirlo al plazo estipulado, ó sino se ha prefinido, diez dias despues de prestado á voluntad de su dueño; (e) y el lugar que se señale para la restitucion del préstamo, ha de ser cómodo, porque de otra manera será injusta la condicion (f)

3 A las iglesias, Reyes, concejos, comunidades y menores se puede prestar, mas no demandar lo que se les prestó, sino es que se pruebe habérseles seguido utilidad del préstamo; (g) y así para que el prestador quede asegurado, debe probarse la utilidad y obtener licencia judicial ántes de hacerles el préstamo, (h) que es lo que se practica.

4 El hijo de familia, sea mayor ó menor de 25 años, no puede tomar prestado por sí ni interpósita persona dinero, ni cosa de las que se cuentan, miden, ó pesan, ni otra alguna sin órden de su padre, y si la re-

(a) Ley 8 t. 1 P. 5. (b) Ley 4 de Condict. triticaria. (c) Leyes 50 y 51 ff. Solut. matrim. (d) Ley 22 ff. de reb. cred. Contra los quatro textos citados no hay nada dispuesto por derecho Real ni canónico. (e) Ley 2 t. 1 P. 5. Góm. lib. 2 Var. cap. 6 n. 1. (f) Lesio de Just. et jur. lib. 2. cap. 25 dub. 2. (g) Ley 3 t. 1 P. 5. (h) Lesio lug. cit. cap. 20 dub. 2.

cibe, no está obligado á su restitucion, ni se le puede demandar judicial ni extrajudicialmente, como ni tampoco á sus fiadores ni padres; pues el contrato es nulo, aunque se interponga juramento, y si el Escribano le autoriza con este, incurre en la pena de perder su oficio. Sin embargo es válido en varios casos. El primero es quando el hijo tiene bienes castrenses, pues queda obligado hasta donde alcancen. El segundo es quando exerce empleo público del Rey ó concejo. El tercero es quando niega ser hijo de familia al acreedor, y este tiene justa causa para creerlo, como ser viejo, ó afirmárselo con juramento, ó no puede probar fácilmente lo contrario, por hallarse muy distante su padre. El quarto es quando lo prestado se convierte en utilidad de su padre, (a) ó este le mandó recibir el préstamo, ó estando presente lo consiente, pues entónces ámbos quedan obligados. El quinto es quando está reputado comunmente por libre de la patria potestad, ó es menestral ó comerciante, y como tal acostumbra tratar y contratar públicamente sin que conste lo contrario; ó quando su padre le tiene puesto en este exercicio, y comercia con su órden, y no lo reclama. Y el sexto caso es quando el hijo acostumbra recibir prestado y su padre pagarlo, pues por la costumbre se presume su consentimiento. Y si el hijo quiere volver á su dueño la misma cosa que le prestó, ú otra de la misma especie que no sea de los bienes de su padre, no puede este impedírselo. (b)

5 Si el factor de algun mercader ó cambiante toma algo prestado con su mandato ó sin él, y lo emplea en el comercio de su amo, debe pagarlo este; pero si no le dió órden para tomarlo, ni lo convirtió en beneficio de su amo, (c) solo queda obligado aquel á la satisfaccion.

6 Ningun comerciante, mercader, ni otra persona puede prestar cantidad alguna en mercaderías, sean de la especie que fueren, pena de perderla, y pena al Escribano que otorgase escritura sobre este contrato, de suspension de oficio

(a) Del modo de probarlo trata Hermos. ley 3 t. 1 P. 5. (b) Leyes 4 y 6 t. 1 P. 5 y 22 t. 11 lib. 5 R. Véase á Greg. Lóp. en las dos primeras, á Matienz. en la tercera glos. 3, 4, 5 y 6, y á Góm. lib. 2 Var. cap. 6 nn. 2 y 3. (c) Ley 7 t. 1 P. 5.

por dos años; aunque sin embargo han de observarse en lo que sean justos los contratos de cambio marítimo sobre mercaderías que suelen celebrarse en los puertos de comercio con el fin de habilitarse los dueños de baxeles para la navegacion mercantil. (*a*)

7 A los estudiantes nada se puede prestar, dar, ni vender fiado sin órden del que los tiene estudiando, y si se les presta ó vende, no debe este ser reconvenido sobre ello ante el Juez del estudio ni ante otra justicia alguna. (*b*)

8 "Tal fuerza há el préstamo, dice una ley de Partid. (*c*) que los omes facen unos á otros de las cosas que se pueden contar, ó pesar, ó medir, que luego que passa la cosa á poder de aquel á quien fue prestada, que maguer la queme fuego, ó la lleve agua, ó la furten ladrones, ó la pierdan por otra manera qualquier, por de aquel se pierde que la recibe prestada, é non por del otro que la prestó. Otrosí decimos, que aquel que toma la cosa prestada, si non la torna á la sazon que debia, que tenudo (*obligado*) es de pechar aquella pena á que se obligó por esta razon; é si pena non fue puesta, deve pechar los daños, é los menoscabos que recibió el otro en demandar la cosa que se prestó. E para esto pagar, son tenudos tambien los herederos de los que tomaron el préstamo, como ellos mismos." (*d*)

9 Como los contrayentes acostumbran hacer pactos usurarios en los contratos que celebran, se ven confusos muchas veces los Escribanos, y especialmente los de aldea y principiantes, sobre ordenar con algunos las escrituras de mútuo; y como seria necesario un crecido volumen para exponer todos los casos que pueden ocurrir sobre este punto, explicaré únicamente algunos lícitos é ilícitos que les servirán de norte y gobierno en otros ménos usados, por la conexion que todos tienen entre sí; mas ántes de individualizarlos convendrá decir qué es usura, y quándo está permitida ó prohibida.

10 La usura metafórica y absolutamente se toma por

(*a*) Real cédula de 16 de septiembre de 1784 que puede verse en la 2 part. lib. 3 cap. 2 n. 40. (*b*) Ley 4 tit. 7 lib. 1 Recop. (*c*) La final tit. 1 P. 5. (*d*) Quien quiera instruirse bien de muchas especies útiles relativas á este contrato, vea á Hermosilla en las 10 leyes del cit. tit. 1.

qualquier ganancia, fruto, utilidad ó aumento que se saca de alguna cosa en lo fisico ó moral; (a) pero segun mi propósito *es el interes que se lleva por el dinero prestado, ó el préstamo que un hombre hace á otro con pacto expreso ó tácito de recibir por razon de él algun lucro temporal, ganancia, ó interes á mas de la cantidad prestada.* Divídese en *mental y convencional*: la primera *consiste solo en el ánimo ó esperanza que tiene el prestador de que el mutuatario le vuelva algo mas de lo que le dió*; y la segunda *es la que se comete, quando alguno presta con pacto expreso ó tácito de recibir interes ó lucro á mas del importe del préstamo.*

11 La convencional se divide en *expresa, manifiesta ó formal, y en tácita, virtual, ó paliada*: la expresa *se comete quando se pacta el interes que se ha de satisfacer á mas de la suerte principal*; y la tácita *es la que se comete no por razon del mútuo formal sino por la de otro contrato en que va embebida*, como quando uno vende fiada alguna cosa, y porque el comprador no se la paga de contado, pacta que le ha de dar algo mas que el importe del precio de su venta.

12 Subdivídese en *lucratoria, compensatoria y punitoria*: la lucratoria *es la formal expresa*: la compensatoria *es la que se exíge á mas de la suerte principal por razon de algun justo interes que el prestador puede llevar*, v. gr. *por lucro cesante, daño emergente, contrato de asecuracion, peligro de perder el capital, y por razon de alimentos por no pagar la dote prometida, ó por intereses pupilares*; y la punitoria *es la que se pacta por pena, para el caso de que no satisfaga el deudor al tiempo estipulado la suerte principal.* Despues explicaré dichos seis casos.

13 Las usuras compensatoria y punitoria son lícitas, por lo que pueden celebrarse contratos con ellas, y el Escribano puede autorizarlos; pero la lucratoria está prohibida por derecho natural, porque es ilícito percibir frutos de alhaja agena, puesto que por el mútuo se transfiere el dominio de lo prestado en el que lo recibe, y de consiguiente deben pertenecerle los frutos ó utilidad que rinda. (b) (1)

(a) Diccion. de la leng. castell. (b) Leyes 1 y 2 ff. de reb. cred. Ferrar. Biblioth. verb. usura n. 2.

(1) No me parece puede decirse que la usura ó interes por razon del dinero prestado es fruto de cosa agena sino de cosa propia, puesto que

Tambien está prohibida por derecho divino, como consta del Levítico 23, del Deuteronomio 23, de Ezequiel 18, de los Salmos 14 y 54, y del cap. 6 de San Lúcas que dice: *prestad sin esperar de esto nada*; pues estamos obligados á hacer bien, y á socorrer sin riesgo ni detrimento nuestro la necesidad de nuestros próximos graciosamente, no esperando ni recibiendo de ellos lucro alguno por el préstamo. Asimismo lo está por derecho canónico segun el título de *Usuris* en el lib. 5 y en el 6 de las decretales, y últimamente por derecho Real en las leyes 9 tit. 13 P. 1, 31 t. 11 P. 5, 4 tit. 6 P. 7, y 4 y 5 tit. 6 lib. 8 R. que imponen varias penas á los usureros. (1)

14 Tambien hay usura de usura, llamada en latin *anatocismo*, que es la que se exige de la usura ó lucro usurario no pagado, como si fuese suerte principal, la qual está prohibida aun por derecho comun (*a*) que no prohibió la usura simple. La razon de la prohibicion es: en primer lugar, porque aunque el prestador á quien se permite llevar intereses, tiene derecho á que el mutuatario le pague los caidos del capital que le entregó, no dominio en los que no percibió, por no haber entrado en su poder, y así es

le percibe el mutuante en virtud de un pacto celebrado, quando aquel era suyo: de suerte que con un poco de reflexion no se tendrá por sólido el fundamento en que Febrero, y generalmente los Juriconsultos y Moralistas apoyan la injusticia de la usura. Asimismo con un poco de reflexion aparecerá ridículo el otro fundamento tan decantado de los impugnadores de la usura, á saber, que el dinero como cosa estéril no puede producir por su naturaleza dinero; (n. 17 de este cap.) pues aunque sea estéril físicamente y no dé frutos como una heredad, no lo es civilmente, una vez que comerciando con él suelen conseguirse grandes lucros. Ademas, si fuesen sólidos ámbos fundamentos, no es de creer que hubiera declarado S. M. legítimo y obligatorio el contrato de dar dinero á los cinco gremios mayores de Madrid con la condicion de percibir un tres por ciento sin riesgo del capital despues de haberse suscitado en el público alguna duda sobre su pureza y legitimidad, (n. 22.) ni tampoco podrian llevarse intereses por el dinero prestado de un menor, (n. 33.) ni en otros casos en que está permitido. Así pues, á otras razones se ha de recurrir para demostrar lo ilícito de la usura, sobre cuya materia veo muchas vanas sutilezas aun en AA. de la mayor celebridad.

(1) Por otros medios y no con penas graves casi inútiles seguramente por la suma dificultad de probar el delito encubierto y disfrazado de la usura, podrá mas bien contenerse esta, como haré ver en mi Juicio Criminal, ó Instituciones Criminales de España.

(*a*) Ley 29 ff. de Usur. y cap. 3 de Usuris.

ilícito perciba intereses y frutos de cosa en que no tiene dominio, que es el que presta título para su adquisicion y percepcion; y en segundo lugar, porque conviene evitar que los hombres sean pródigos, y se arruinen á sí mismos y á sus familias: que por este inconsiderado medio dén mal exemplo y causen perjuicios á otros, y que se cometan monopolios y fraudes. Pero una vez percibidos los intereses justos del capital, si en otro contrato los da al mutuatario, podrá llevar los correspondientes á ellos, porque es nuevo capital, en el que tiene adquirido pleno dominio, igual al primero indistintamente, y como caudal suyo confundido con lo demas que posee, pierde la qualidad y naturaleza de interes, y pasa á la clase de capital verdadero que puede dar á lucro al mutuatario del mismo modo que á otro qualquiera con quien jamas hubiese contratado.

15 Es pacto ilícito y reprobado como usurario obligarse uno á dar mejorada á otro la cosa que le prestó, ó fió, como en esta cláusula: "cuyos cien pesos le presto con condicion de que me los ha de pagar en tal dia precisamente en plata ú oro, aunque se los he entregado en vellon." Este pacto es injusto, así por el interes que tiene el mutuatario en el trueque á causa de la mayor estimacion del oro y plata, como por el dolo que suele haber en estos contratos. Por tanto, si recibe el dinero en vellon, cumple con pagarle en la propia moneda, ó en la corriente en el reyno al tiempo de la paga. (*a*)

16 De los contratos lícitos que los mercaderes y tratantes celebran, podian llevar antiguamente un diez por ciento al año; (*b*) pero hoy no mas que un cinco, aunque sea con título de daño emergente, lucro cesante, nombre de cambio ú otro: lo qual se les permite, porque no tienen mas tierras, viñas, ni hacienda que su dinero é industria para mantenerse. Mas para excluir las obligaciones simuladas que se hacen, incluyendo en ellas los intereses como suerte principal, se manda en un acto acordado recopilado (*c*) é inserto en la segunda parte: (*d*) "que en la escritura ó cédula en que el deudor se obliga á satisfacer alguna can-

(*a*) Ley 21 en las declaraciones tit. 21 lib. 5 R. (*b*) Ley 9 tit. 18 lib. 5 R. (*c*) El 16 cap. 16 tit. 21 lib. 5 R. (*d*) Lib. 3 cap. 2 n. 39.

tidad, declare con juramento si hay intereses, y lo que importan; y el Escribano dé fé del juramento; y que el acreedor para usar de la escritura ó cédula haga el propio juramento, sin el qual sea nula, y no haga fé ni prueba, ni pueda admitirse en juicio; cuyo juramento se tiene por forma substancial para la validacion del contrato." (1) Así lo he visto declarado en juicio y executoriado por el Consejo en observancia de dicho auto que no se halla derogado ni corregido, por lo que no sirve alegar que no está en uso, (*a*) y debe tenerle presente el Escribano en la ordenacion de la escritura de mútuo, como lo verá en las que extenderé para su instruccion

17 Está prohibido el pacto que llaman *de gozar y gozar*, y es: *recibir cosa fructífera en prenda de la que se presta, con condicion expresa de que el prestador ha de gozar sus frutos, miéntras no se le paga el préstamo, al modo que el mutuatario se aprovecha del dinero y de lo que gana con él, sin que por esta causa se haga descuento ni deduccion de la suerte principal.* Este contrato es usurario, lo uno, porque el dinero no puede producir por su naturaleza dinero como la cosa fructífera fruto, y así se deberá imputar el importe del producto de esta en cuenta y parte de pago de la suerte principal; y lo otro, porque tiene segura la cantidad prestada con la hipotéca especial, de suerte que no hay riesgo, porque se permita llevar interes; pero será acreedor el prestador á algun premio por el trabajo de administrar, llevar y dar cuenta de la administracion, del que se libertó el dueño de la finca.

18 Vender cosa fructífera con pacto de que el comprador ha de volverla por el mismo precio, y no ha de estar obligado el vendedor á dar el que recibió hasta cierto tiempo, pero que entre tanto deberá gozar el comprador los frutos que produzca, es contrato ilícito; y se manda que el vendedor pueda recobrar la cosa pagando el precio recibido por ella, y que el comprador admita en cuenta y parte

(1) Débil dique tal juramento para contener el poderoso é impetuoso torrente de la necesidad y de la voraz codicia de los mercaderes ó comerciantes.

(*a*) Auto 2 tit. 1 lib. 2 R. y ley 1 de Toro.

de pago el importe de los frutos que produxo, miéntras la tuvo en su poder. (a)

19 Prestar dinero con condicion de que quien le recibe ha de trabajar en la heredad ó viña del prestador, ó fiarle, es contrato usurario; pero no lo será, si se descuenta de la suerte principal el importe del trabajo, y no se le obliga á trabajar, ni se pacta la fianza. Tambien lo es prestar con la condicion de que el mutuatario ha de vender ciertas cosas suyas al prestador ó comprar las de este, aunque sea por lo justo; ó usar de su molino, ú otra oficina, ó patrocinar su causa, ó tomar en arrendamiento su predio, ó restituir en otra especie, ó mercaderías lo prestado, ó parte de ello, ó eximirle de pagar los tributos, (b) y otras semejantes.

20 Comprar trigo anticipada la paga por menor precio que el que ha de tener al tiempo de la cosecha, es contrato usurario, pues debe regularse por el que tenga en la cabeza de partido del lugar en que se comprare, quince dias ántes, ó despues de nuestra Señora de septiembre, aunque se haya comprado á precio inferior, y en otros términos no debe comprarse; (c) de que se infiere, que no se puede dar trigo viejo por nuevo valiendo este mas, sino que cada uno se ha de vender por lo que vale. Y no pueden venderse al fiado trigo, cebada ni otras semillas, reservando en sí el vendedor el cobrarlo en la misma especie, ó en dinero, pues toca al comprador la eleccion; y la venta no ha de ser á pagar por mayor precio que el de los mercados, acreditado por testimonio sacado sin citacion del comprador, sino por el mediano que valiere en los quatro mercados continuos del mes ó meses señalados por las partes. Para que se sepa qué precio es, deben las Justicias de los pueblos en que se celebren los mercados, precedida informacion de ello, dexar declarado de oficio el precio de estos, y el Escribano de Ayuntamiento tenerle de manifiesto para dar certificacion, por la que se ha de pasar. Las obligaciones que se hicieren á pagar mayor precio, no valen, los Escribanos que las reciben, incurren en pena de suspension de oficio por

(a) Ley 4 tit. 6 lib. 8 R. (b) Ferrar. Biblioth. verb. Mutuum nn. 27 y 28. (c) Ley 17 tit. 11 lib. 5 R. Ferrar. lug. cit. n. 20.

quatro años y de 50ℳ maravedís, y el vendedor pierde lo que haya vendido en precio superior al mediano referido. (a)

21 Dar y recibir en alquiler mulas, bueyes, caballos y otros animales semejantes con pacto de que si fallecieren por caso fortuito, sea por cuenta y riesgo del que los recibe y no de su dueño, es contrato usurario. Igualmente lo es dar cabras, ovejas, vacas, yeguas, &c. á ganancias con la condicion de que quien las toma, ha de pagar á su dueño cierta cantidad, ó pension diaria, y la mitad de las crias, teniendo obligacion de conservarlas vivas, aunque se mueran fortuitamente, de modo que nunca ha de haber deterioro ni diminucion en lo recibido ni en la mitad de crias. (b)

22 Está prohibido por ley recopilada (c) dar dinero á mercaderes y hombres de negocios para que traten con él, sino que sea á pérdidas y ganancias, y en los casos permitidos por derecho. Tambien lo estaba antiguamente llevar interes del que se ponia en depositarios, mercaderes ó negociantes, ó del que se les prestaba en otra qualquier manera, aunque fuese con pretexto de lucro cesante y daño emergente, pena de perderle el que le daba y recibia, y de nulidad del contrato; pero hoy teniendo el dinero el que le da (como se presume y es regular) para utilizarse, y que le produzca por medio de la industria, es legítimo y obligatorio dicho contrato en el fuero externo, y por él se debe juzgar, como consta de la Real cédula de 10 de Julio de 1764 que dice: "Don Cárlos, &c. Sabed, que por los Diputados de los cinco gremios mayores de Madrid se me representó que acostumbraban recibir en la caxa comun de la diputacion destinada para el giro de sus comercios, algunos caudales de diferentes personas de todas clases, principalmente de viudas, pupilos y otros que destituidos de su propia industria lograban por este medio valerse de la de los gremios, obligándose estos á volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y á satisfacer en el ínterin el interes de un tres, ó dos y medio por ciento: que en esta pose-

(a) Ley 14 t. 25 lib. 5 cit. (b) Navar. in Manuali cap. 17 n. 260. Rodrig. de Ann. Reditib. lib. 1 q. 12 n. 64. (c) La fin. tit. 18 lib. 5.

sion y buena fé habian estado muchos años así los gremios como los particulares con noticia y conocimiento de mis tribunales en los casos que ocurrieron de esta naturaleza, hasta que modernamente se introduxo en el público alguna duda sobre la legitimidad y pureza de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido tuve á bien mandar formar una Junta compuesta de Ministros autorizados que por su carácter y sana doctrina merecen Real satisfaccion, para que exâminasen muy sériamente la naturaleza de estos contratos, y los hiciesen exâminar por hombres doctos; y habiéndolo executado, conformándome con el dictámen uniforme de tantos hombres de integridad y sana doctrina, por decreto de 4 de este mes señalado de mi Real mano vine en declarar para cortar todo motivo de duda que son legítimos y obligatorios estos contratos, y mandar que como tales sean juzgados en mis tribunales." Esto se entiende no solo quando un comerciante, ó cambista da á otro, ó á persona que no lo es, su dinero, sino tambien quando esta le da al comerciante, ó cambista para traficar y no meramente prestado, con esta diferencia de que quando el comerciante le da á otro, ó al que no lo es, podrá llevar un cinco por ciento segun la ley citada en el n. 16, y á estilo de comercio un seis, que es lo que en el dia se estila con aprobacion de los tribunales de esta corte; pero quando el que no es comerciante ni hombre de negocios le da al que lo es, para que le emplee en su comercio y giro, no puede llevar mas que el tres por ciento segun la Real cédula inserta; pues esto no es prestársele, porque no hay tal voluntad en el dueño del dinero, ni necesidad que socorrer en el que le recibe, ni este le toma en concepto de mútuo, sino en el de que ha de traficar con él, y para esto forman los dos compañía tácita, ó contrato trino del que se ha tratado en el cap. 14 §. 2, poniendo uno el fondo y otro la industria, á fin de gozar ámbos las utilidades que aquel produzca con esta, renunciando el dueño del dinero á favor de su sócio la mitad, ó mayor parte de las que dándosele á pérdidas y ganancias, podia rendirle, en compensacion del riesgo á que se expone por asegurarle su capital solamente con una escritura sin hipotéca especial ni prenda, y del corto rédito ó interes con que le contribuye y se contenta, cuyo contra-

to de seguro es permitido y se practica. Pero si el que da y el que recibe el dinero son personas privadas, no debe satisfacerse interes alguno, porque es préstamo simple, real y verdadero, en el qual está prohibida toda usura.

23 En el auto 76 tit. 21 lib. 5 R. se manda que no se pague en vellon mas cantidad que 300 reales, y en su observancia he visto executoria del Consejo condenando á la casa del Conde Duque de Benavente á que cumpliese con él en el pleyto que siguió con Don Rodrigo de Angúlo su Tesorero por el oficio de Don Domingo Joseph de Cásas Escribano del número de esta villa; y con efecto tuvo que pagarle en plata y oro mas de 700ℬ reales en que le alcanzó.

24 El contrato de mútuo pignoraticio con pacto comisorio, esto es, "con condicion de que si para tal dia no me pagare los dichos dos mil reales que le he prestado, he de poder usar y disponer como dueño de la tierra que queda hipotecada á su seguridad, sin que tenga ni pueda pretender á ella el mas leve derecho dicho Antonio, pasado que sea el referido término;" no vale, aunque se exprese que es por título de venta, porque es ilícito, y como tal está reprobado entre otras cosas (*a*) por la ley 12 tit. 13 P. 5 que dice: "E por ende decimos, que si algun ome empeñasse su cosa á otro atal pleyto, diciendo assí: si vos non quitare este peño fasta tal dia, otorgo que sea vuestro dende adelante por esto que me prestaes, ó que sea vuestro comprado, que atal pleyto como este non debe valer."

25 Pero sí valdrá tal contrato, si la cláusula se ordena en esta forma: "y si para tal dia no me hubiere pagado el dicho Antonio los dos mil reales, quede por el propio hecho vendida la hipotéca afecta á su responsabilidad por lo que fuere justo y valúen peritos que unánimes elegiremos." En este caso ademas de hacerse la valuacion, siendo la hipotéca fructífera se ha de deducir del préstamo el importe del fruto que produxo, si el prestador le ha percibido, pues se tiene por celebrada la venta, y con el suplemento del precio justo se perfecciona, como se echa de ver

(*a*) Leyes 41 tit. 5 y fin. t. 11 P. 5. Gutierr. de Juram. confirmat. part. 1 cap. 33.

en las mismas leyes. Lo propio milita entre el deudor principal y su fiador, si aquel da á este en prenda alguna cosa porque le fie, pues siendo el precio justo, pactándolo así, y pagando por él la deuda, queda vendida la alhaja, pasado el término prescripto, y cumplirá con entregarle el exceso de su valor al importe del débito, caso que le haya.

26 El precio (generalmente hablando) es de dos maneras: *legal y natural*: el legal ó legítimo *es el señalado por la ley ó superior que tiene facultad para ello*; y el natural ó vulgar *es el que constituye la estimacion comun de los hombres, considerando no solo la naturaleza de la cosa sino tambien la esterilidad, fecundidad y otras circunstancias del tiempo.* El precio legal obliga en ámbos fueros. El precio natural se divide en *supremo, medio é ínfimo*: v. gr. una vara de paño, ó arroba de vino vale de 16 á 20 reales: el ínfimo son los 16, el medio los 18, y el supremo los 20; y es usura comprar ó vender al fiado por mas del supremo y por ménos del ínfimo: de suerte que la justicia del vendedor está en no vender en mas de aquel, y la del comprador en no comprar en ménos de este; pero si se pone en la escritura la cláusula siguiente: "cuyas mercaderías se obliga el vendedor á entregar al comprador por precio cada vara de los mencionados treinta reales, aunque actualmente no los vale; pues tiene por cierto que al tiempo de su entrega, que ha de ser dentro de tantos meses contados desde hoy, los ha de valer y algo mas;" será válido el pacto, porque el contrato se celebra con la esperanza de que los ha de valer, y si ademas pasa despues de los treinta reales el precio, lo qual es á favor del comprador, esto es contingente, mediante á que puede suceder lo contrario, y es justo que quien se expone á ganar se exponga á perder, por cuyo riesgo es lícito é igual el contrato. (*a*)

27 Si se pacta que se ha de recibir algo mas que la suerte principal con título de gratitud, se comete usura, como consta de la proposicion 42 condenada por Inocencio XI. Tambien se comete recibiéndolo con pretexto de que no pedirá su dinero hasta cierto tiempo, y de que se obliga á ello el prestador, pues condenó Alexandro VII la proposicion 42 que

(*a*) Leotardo de Usur. q. 24.

lo daba por lícito; ó con el motivo de que carece de su dinero, porque esta carencia por algun tiempo es intrínseca y esencial en el mútuo, como lo declaró el mismo Inocencio, condenando la proposicion 41 que afirmaba lo contrario, puesto que por el mismo hecho de prestarle se supone que ha de carecer de él, y de lo contrario no haria gracia al mutuatario.

28 Ningun dominio adquiere el usurero en lo que gana con usura, porque lo posee contra la voluntad de su dueño, y de consiguiente está en pecado mortal; y siendo usurero manifiesto, no se le puede absolver, si con obras no acredita que tiene ánimo de restituir, (de lo qual tratan latamente los moralistas) y segun derecho Real (*a*) incurre en infamia perpetua.

29 Puede probarse la usura con tres testigos contestes, aunque sean singulares, ó depongan de hechos distintos, siendo tales que merezcan crédito en juicio, especialmente si concurren con sus deposiciones algunas conjeturas. (*b*)

30 Son nulos y no traen aparejada execucion todos los contratos en que interviene usura, porque es una de las excepciones prescriptas por derecho (*c*) para eludirla; mas esto se observa solamente respecto á los intereses, pues por la suerte principal se executa al deudor, no obstante lo que disponen dos leyes recopiladas, (*d*) porque en lo divisible no se vicia lo útil por lo inútil; pero si no puede dividirse, se viciará. (*e*) Y aunque el deudor haga juramento de no repetir las usuras, puede el Juez de oficio compeler al usurero á su restitucion. (*f*)

31 Puede llevar el prestador mas que la suerte principal sin cometer usura, y por consiguiente autorizar el Escribano el instrumento, en seis casos á mas del expresado en el número 22. El primero es por razon de lucro cesante, como si el que tiene dinero para negociar ó comprar alguna finca fructífera, le presta, ó teniéndole á interes, le saca de don-

(*a*) Leyes 4 tit. 6 P. 7 y fin. tit. 6 lib. 8 R. (*b*) Ley 4 al fin. tit. 6 lib. 8 R. (*c*) Ley 1 tit. 21 lib. 4 R. (*d*) Las 4 y 5 tit. 6 lib. 8 Recop. (*e*) Regla 37 Jur. in 6 Reinfestuel lib. 3 Decret. tit. 18 § 1 número 29. (*f*) Cap. 13 de Usuris.

de está, por prestarle á otro, en cuyos casos y otros semejantes no será usurario el contrato; mas para que sea lícito el interes, deben concurrir tres circunstancias: la primera, que el tal préstamo sea la causa de cesar el lucro, por estar destinado el dinero prestado para negociar ó comprar la finca, y carecer el prestador de otro; pues si tiene mas enteramente ocioso que puede emplear en lo mismo, no le será lícito, porque no puede decir que cesa el lucro: la segunda, que se observe igualdad: quiero decir, que el lucro no exceda del interes líquido que deducidas expensas, le podria producir el dinero, estando empleado en el negocio, ó compra, de modo que haya justa compensacion de uno con otro; y la tercera, que al tiempo de hacer el préstamo advierta el prestador al mutuatario que por darle el dinero cesa dicho interes ó lucro, y que el mutuatario se convenga en pagársele, lo qual deberá expresarse en la escritura. (*a*) El segundo caso es por razon de daño emergente, como si el que tiene dinero destinado para comprar trigo, ú otras especies, quando estan baratas, no hace su provision por prestarle, y las compra despues valiendo caras; en cuyo caso sin embargo de que un auto acordado (*b*) manda que el interes no exceda de un cinco por ciento, puede el prestador en compensacion del perjuicio que se le sigue, llevar al mutuatario el exceso que le cuesten; pues ninguno está obligado á prestar en detrimento suyo: si bien han de concurrir otras tres circunstancias; á saber, que el mútuo sea en realidad la causa del daño, que se observe tambien dicha igualdad, no percibiendo mas que lo que aquel importe, y que el prestador cerciore de él al mutuatario y este se convenga en los términos expuestos. (*c*)

32 El caso tercero es por razon del peligro ó temor fundado de perder la suerte principal, ó por la dificultad de recuperarla á causa de ser pobre, ó de mala fé, ó tener muchas deudas el mutuatario, en cuyo caso puede llevarle el prestador un proporcionado lucro á juicio de personas de probidad y experiencia, (*d*) aunque algunos dicen lo contra-

(*a*) Molin. tom. 2 disput. 316. Lesio lib. 2 cap. 20 n. 87. (*b*) El 16 cap. 16 tit. 21 lib. 5. (*c*) S. Thom. 2. 2. q. 78 art. 2. Ferrar. Biblioth. verb. Matuum nn. 33 y 34. (*d*) Lugo tom. 2 disput. 25 sect. 6 n. 8. Ferrar. lug. cit. n. 37.

rio. El quarto es quando pacta con el mutuatario que si al tiempo prefinido no le vuelve el préstamo, le ha de satisfacer cierto interes moderado, y entónces podrá exígírsele, no precisamente por razon del mútuo sino por su mora culpable en no cumplir con su satisfaccion en el tiempo prescripto, pues peca en retener lo ageno contra la voluntad de su dueño, y así se le castiga justamente con la pena que él mismo quiso sufrir por esta razon. (*a*)

33 El quinto es por razon de alimentos, miéntras no se paga la dote prometida: v. gr. un padre ofrece á su hija cierta cantidad en dote, y porque no se la da incontinente, le entrega una finca fructífera, para que entre tanto perciba sus frutos; pues en este caso puede gozarlos y recibir despues la dote íntegra, porque se le conceden como dotales para superar las cargas del matrimonio, y así lo decidió Inocencio III; (*b*) mas para que no se le imputen ni carguen como dote, es preciso que se pacte que han de ser frutos de ella, miéntras no se le entregue. Lo propio milita, quando el dinero es de algun menor, pues puede llevar intereses que llaman *pupilares*, para alimentarse, y su tutor está obligado á imponerle y no tenerle ocioso, pena de resarcirle el interes ó lucro lícito que imponiéndole podia rendirle. (*c*) Y el sexto es por *contrato de asecuracion* como en estos casos. Pedro tiene ciertas mercaderías en el mar, teme prudentemente que se le pierdan, y Juan le dice que se las asegurará, si le da cierto precio; y entónces puede llevar este lo que vale la asecuracion. Un Obispo pide prestado á un mercader ocho ó diez mil pesos para traer las bulas ó confirmacion del Papa, y le dice que no puede pagárselos, á ménos que viva ocho ó diez años: en cuyo caso el mercader puede celebrar dos contratos con el Obispo, uno de mútuo prestándole el dinero, y el otro de asecuracion tomando en sí el peligro del capital, y así le podrá llevar un cinco por ciento cada año y luego recibir íntegro su capital. Tambien pueden llevar intereses de un seis por ciento los artesanos y menestrales por la mora y retardacion del pago, y deben empezar á correrles desde que interpelan judicialmente á

(*a*) Ferr. n. 38. (*b*) Cap. 16 de usuris. (*c*) Covarr. lib. 3 Var. cap. 2 n. 1.

sus deudores segun Real cédula de 16 de septiembre de 1784 que deroga todo fuero para su cobranza, y otra de 6 de diciembre de 1785.

34 A nadie se permite celebrar contrato en que se pacte que con solo el juramento ó simple palabra de los que dieren dinero á cambio, puede probarse que las letras del que se librare para fuera de estos reynos, fueron á las partes y plazas para donde se libraron, y que se aceptaron y pagaron en ellas; ó que las de recambio que vienen de fuera de ellos, son ciertas y verdaderas, y que en aquellas plazas andaban á los precios declarados en ellas; ó algun otro requisito de los necesarios para que los cambios sean reales y verdaderos; pues todo se ha de justificar con escritura pública, testigos, ó en otra forma de las establecidas por derecho, pena de nulidad del contrato. (*a*)

35 El préstamo llamado *comodato es la entrega hecha por un sugeto á otro de alguna cosa que no consiste en número, peso, ni medida, para que se sirva de ella por tiempo determinado, tácita ó expresamente, y luego se le devuelva tan buena como se la dió.* (*b*) Puede celebrarse de tres maneras: la primera es, quando el comodante presta la cosa con la única intencion de hacer gracia al comodatario y no por su propio interes ni utilidad, pues entónces no seria comodato sino arrendamiento ó alquiler; y el que recibe la cosa debe cuidarla tan bien, ó mejor que si fuera suya, y si por su culpa, ó negligencia se pierde, muere, ó deteriora, está obligado á dar al comodante otra tan buena; pero no, si esto sucede por caso fortuito, (1) á ménos que le renuncie y quiera quedar obligado. (*c*) La segunda manera es, quando comodante y comodatario se utilizan de la cosa prestada, como si dos convidan á comer á un amigo suyo, y uno de ellos ruega al otro que le preste sus vasos de plata para beber y obsequiar mejor al amigo, en cuyo caso aunque alguno se pierda, no será responsable el comodatario á su restitucion, si puso un prudente y regular cuidado en su cus-

(*a*) Ley 13 tit. 18 cap. 3 lib. 5 R. (*b*) Leyes 1 tit. 1 y 1 tit. 2 P. 5.

(1) "Otrosi decimos, que casus fortuitus tanto quiere decir en romance, como ocasion que acaece por ventura de que non se puede antever." Ley 11 t. 33 P. 7.

(*c*) Leyes 2 y 3 tit. 2 P. 5. Góm. lib. 2 Var. cap. 7 y aquí Ayllon.

todia. Y la tercera manera es, quando el que presta la cosa, lo hace con intencion de honrarse á sí mismo mas que al comodatario: v. gr. si uno presta á su esposa futura paños preciosos para que se presente ante él mas ataviada y adornada, y entónces aun quando se pierdan, no debe restituírselos, sino es que haya dolo de su parte. (*a*) (1) El comodato es semejante al *precario*, y se diferencian en que por este se da la cosa para uso incierto y por aquel para uso cierto. (*b*)

36 Si el comodatario se obliga á volver la cosa en determinado dia y no lo cumple, será de su cuenta y no del dueño el daño ocasionado en ella, y debe reintegrarle de los perjuicios y costas que se le originen en demandarla. (*c*) Lo mismo procede, quando por no dar de comer á la cosa prestada, ó lo necesario para su conservacion, se muere ó dete-

(*a*) Ley 2 tit. 2 P. 5.

(1) Hay tres especies de culpa y de ellas habla la citada ley 11. "E lata culpa tanto quiere decir como grande é manifiesta culpa, assi como si algun ome non entendiesse todo lo que los otros omes entendiessen, ó la mayor partida dellos. E tal culpa como esta es como necedad, que es semejanza de engaño. E esto seria, como si algun ome tuviesse en guarda alguna cosa de otro, é la dexasse en la carrera de noche, ó á la puerta de su cassa, non cuidando que la tomaria otro ome. Ca si se perdiesse, seria por ende en grand culpa, de que non se podria excusar.... Otrosí decimos, que yha otra culpa á que dicen levis, que es como pereza, ó como negligencia. E otra yha á que dicen levissima, que tanto quiere decir, como non aver ome aquella femencia (*vehemencia*) en aliñar, é guardar la cosa que otro ome de buen seso avria si la tuviesse." El célebre Vinio define con mas claridad las tres culpas. Culpa lata ó grave, la qual se equipara al dolo, es omision de aquel cuidado que todos los hombres suelen tener con sus cosas, ó hacer con cosa agena lo que nadie haria con la propia. Culpa leve es omision de aquel mediano cuidado que por lo reguiar tienen los hombres con sus cosas, ó hacer en cosa agena lo que un diligente padre de familia no haria con la suya. Culpa levísima es omision de aquel cuidado que tiene con sus cosas un vigilantísimo padre de familia, ó hacer en cosa agena lo que omitiria este en la propia. (Instit. §. 2 quib. mod. re contrah. oblig. numeros 8, 9 y 10.) Para saber de qué culpa son responsables los contrayentes, se ha de tener presente la regla que trae dicho autor, (lug. cit. n. 12) que la razon dicta, y que evidentemente apoya la citada ley 2 t. 2 P. 5 hablando de las tres maneras expresadas de celebrarse el comodato. Quando alguno recibe la cosa solo por utilidad del dueño como en el depósito, únicamente es responsable de la culpa lata: quando por utilidad de ámbos como en el alquiler ó arrendamiento, lo es tambien de la culpa leve; y quando solamente por la suya como en el comodato, lo es hasta de la levísima.

(*b*) Ley 1 ff. de Præcario. Parlad. differ. 34. (*c*) Leyes 3 y fin. tit. 2 P. 5.

riora. (a) El comodante tiene obligacion de dexar al comodatario la cosa prestada por el tiempo y para el uso pactado, y no puede quitársela hasta que espire; (b) y asimismo la tiene de prevenirle los defectos y tachas que la cosa padece, y de lo contrario, resarcirle el perjuicio que le sobrevenga. (c)

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

OBLIGACION LLANA DE PAGAR DINERO PRESTADO.

37 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = dixo: que promete pagar en una partida á Juan Rodriguez de la propia vecindad seis mil reales que por hacerle merced y buena obra le entrega prestados para remediar sus urgencias y sin el mas leve interes, como lo jura en forma solemne, de que doy fé, en tales monedas que contadas y suplidas sus faltas segun el premio que tienen y con que corren, los importaron, de cuya entrega y recibo doy asimismo fé, por haber sido á presencia mia y de los testigos que se nombrarán; y de ellos otorga á su favor el mas eficaz resguardo que conduzca á su seguridad, obligándose igualmente á ponerlos á su costa por su cuenta y riesgo en casa y en poder del acreedor para tal dia de tal mes y año en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no en otra cosa ni especie; y para el caso de que pase sin haberlo hecho, quiere que sin necesidad de citacion, ni otra diligencia judicial ni extrajudicial que expresamente renuncia, se le apremie por todo rigor y via executiva á su solucion, y á la de las costas, gastos y perjuicios que se originen al acreedor, cuya liquidacion defiere en su juramento, ó de quien le represente relevándole de otra prueba. Ademas le confiere amplia facultad para que envie executor á la exáccion de la referida cantidad adonde el otorgante tenga bienes, con setecientos maravedís de salario en cada un

(a) Ley 7 tit. 2 P. 5. Gutierr. lib. 4 Pract. quæst. 47. (b) Ley 17 §. 3 ff. Commodati, y cap. unic. de Commodato. (c) Ley 6 tit. 2 P. 5. Reglas 21 y 22 tit. 34 P. 7.

dia de los que se emplee en ella, contando por los de la ida y vuelta á razon de ocho leguas, y habiendo de hacerse por todas estas costas y perjuicios la misma execucion, trance, remate de bienes y pago que por la cantidad principal, á cuyo fin se obliga á no pedir tasa ni moderacion de ellos, y renuncia la ley 31 tit. 21 lib. 4 Recop. que manda no se envien executores, Jueces de comision, ni otras personas con jurisdiccion á costa de las partes, y las demas leyes, pragmáticas y estilos de audiencias y tribunales que prohiben y moderan los salarios, para que no le sufraguen en manera alguna. Por tanto, al cumplimiento de lo pactado en esta escritura obliga su persona y todos sus bienes, &c.

38 Por esta escritura puede el Escribano ordenar todas las de préstamo ó mútuo, á diferencia de que quando la cantidad no parece de presente, ha de renunciar el deudor la ley que cito en el cap. 20 n. 1 con lo demas que allí se expresa; y en caso de que haya interes, ha de jurar lo que importan en la forma explicada en el núm. 16 que deberá tener presente.

Obligacion con prenda.

39 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella = dixo: que Juan Rodriguez de la misma vecindad le prestó tantos reales en dinero efectivo sin premio ni interes alguno, como lo jura en forma solemne, de que doy fé, de los quales se da por entregado en realidad, y por no parecer de presente renuncia la excepcion que podia oponer de no haberlos recibido, la ley 9 tit. 1 P. 5 que trata de ella, y los dos años que prefine para prueba de su recibo, y formaliza á su favor el resguardo mas eficaz que conduzca á su seguridad; en cuya atencion se obliga á satisfacérselos, y ponerlos á su costa, y por su cuenta y riesgo en su casa y poder, ó en el de quien le represente, en una sola partida para tal dia de tal mes y año, en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no cumpliéndolo, consiente en ser apremiado por todo rigor legal no solo á su solucion sino tambien á la de las costas, intereses y menoscabos que por falta de una paga puntual se le ocasionen, cuya liquidacion defiere en su juramento, relevándole de otra prueba. Ademas para

mayor seguridad de esta deuda le entrega en prenda á presencia mia, de que doy fé, tal alhaja de plata de tanto peso que expresó ser suya, y segun certificacion de N. contraste de esta villa, dada en tantos de este mes, que tambien le entrega rubricada por mí, vale tanto: le confiere amplia facultad para que si dentro del término prefinido no le pagare enteramente los mencionados tantos reales, la venda al fiado ó al contado por el precio y á la persona que le parezca, en almoneda ó fuera de ella, y se reintegre de ellos, sin que tenga precision de citarle, ni practicar con él otra diligencia judicial ni extrajudicial; pues todo lo renuncia expresamente con la ley 41 tit. 13 Partid. 5, segun la qual pasado el término se lo ha de hacer saber á él, ó á su familia no estando en el lugar, y no pudiendo, ha de vender la alhaja en almoneda pública sin cometer ningun fraude: se obliga á pasar por todo lo que hiciese; como si lo hiciera por sí propio, y á la eviccion y saneamiento de la referida alhaja en formal legal; y en caso de que el precio que se dé por ella, no alcance á la completa satisfaccion de los tantos reales y gastos que se originen, se obliga tambien á pagarle el residuo en buena moneda, á lo qual se le ha de compeler igualmente en virtud de su relacion jurada, ó de la de quien le represente, sin que esté obligado ni se le pueda pedir otro documento ni justificacion, pues le releva de manifestarlo. En esta atencion el mencionado Juan Rodriguez que está presente = dixo: que aceptaba esta escritura, segun se ha dictado, y para la seguridad de su crédito recibió en prenda la expresada alhaja de plata, y certificacion de su peso y valor, obligándose á devolverla á dicho Francisco tan buena como lo estaba, en el caso que le satisfaga al plazo estipulado los tantos reales que le ha prestado, cuya restitucion hará al mismo tiempo, pudiendo ser apremiado á ello en iguales términos; y si por no cumplir el dicho Francisco con la solucion de los tantos reales, la vendiere, y despues de deducidos juntamente con las costas y gastos que se le causen, sobrare algo, se obliga en la propia conformidad á entregarle el sobrante inmediatamente. Por tanto, ámbos por lo que les toca cumplir, obligan sus personas y todos sus bienes, &c. La ley 70 tit. 18. P. 3 trae la forma de ordenar esta escritura y la siguiente.

Obligacion con hipoteca.

40 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella=dixo: que se obliga á pagar á Juan Rodriguez de la propia vecindad, ó á quien tenga su derecho, veinte mil reales que por hacerle merced, le da prestados en este acto para sus urgencias sin el mas leve interes, como lo jura en forma solemne, de que doy fé, en tales monedas que sumadas y suplidas sus faltas segun el premio que tienen y con que corren, los importaron, de cuya efectiva entrega doy asimismo fé, por haber sido á presencia mia y de los testigos que se nombrarán: en cuya atencion formaliza á favor del dicho Juan Rogriguez el mas firme resguardo que convenga á su seguridad, obligándose á devolvérselos y ponerlos en su casa y poder por su cuenta y riesgo en una sola partida para tal dia en buena moneda de plata ú oro, y no en otra cosa ú especie; y en caso de no cumplirlo quiere ser apremiado á ello por todo rigor de derecho, é igualmente á la satisfaccion de las costas y daños que se le causen y hagan constar por su relacion jurada en que los defiere relevándole de otra prueba; y á la responsabilidad de esta deuda sin que la obligacion general de bienes derogue ni perjudique á la especial, ni por el contrario esta á aquella, sino que ántes bien ha de poder el acreedor usar de ámbas á su arbitrio, hipoteca el otorgante una casa propia que posee en esta villa y tal calle, tiene tantos pies de fachada, tantos de testero parte opuesta á esta, y tantos de fondo que multiplicados unos por otros compone su area plana tantos pies quadrados ó superficiales: linda por la mano derecha entrando en ella con casa de N. y por la izquierda con otra de N. por las espaldas con corral de N. y por la delantera con dicha calle pública: se compone de quarto baxo, principal, segundo y guardillas con las correspondientes rejas, balcones y oficinas, y en lo antiguo fue de, &c. *(Aquí pueden relacionarse individualmente las cargas á que esté afecta, los títulos de ella y de que se entrega el acreedor, dando fé de ello al Escribano; pero si no se relacionan estos, se han de omitir las palabras*, por cuyos títulos, *y la cláusula de entrega, pues no se habla de ellos, y entónces dirá*, la qual le

pertenece en posesion y propiedad, *y proseguirá de esta suerte*) y la grava especial y expresamente á su seguridad; y confiere al acreedor amplia facultad para que cumplido que sea el citado plazo, si el otorgante no le hubiere satisfecho enteramente dichos veinte mil reales, dirija su accion contra ella, y de su propia autoridad, precedida tasacion, la venda á quien quisiere, y por el precio en que se conviniese, sin que por ello incurra en pena, ni para hacerlo tenga precision de avisar al otorgante, ni practicar con él diligencia judicial ni extrajudicial, ni tampoco saca la á almoneda, como lo previenen las leyes 41 y 42 tit. 13 Part. 5, pues las renuncia: se obliga á la eviccion y saneamiento de la enunciada casa, á ratificar, aprobar y no reclamar en tiempo alguno su enagenacion, y quiere que esta obligacion se prevenga y note por mí en los títulos de ella para que conste del gravámen á que se ha hipotecado, y que de este se tome la razon en la contaduría general de hipotécas de esta villa, baxo la pena de nulidad, dentro de los seis dias que prescriben la ley y auto acordado de la Recop. y última pragmática de S. M. Por tanto, el expresado Juan Rodriguez que se halla presente, enterado de esta escritura=dixo: que la acepta, y que si por no cumplir el referido Francisco con el pago de los veinte mil reales al plazo estipulado fuere preciso vender su casa, y sobrare algo del precio de su venta despues de reintegrado de ellos, y de las costas y gastos que se le originen, se obliga á devolvérselo incontinente, queriendo ser compelido á ello por la via mas breve y sumaria á que haya lugar, como en el caso de que se los pague, á entregarle los títulos de la casa que acaba de recibir con la copia original de esta escritura para que la cancele: previniendo que si quisiese carta de pago, ha de satisfacer el importe de sus derechos, sin que en ella, en las notas y desgloses de dichos títulos, ni en otra cosa alguna tenga el otorgante que gastar la menor cantidad, mediante á no seguírsele la mas leve utilidad del préstamo que le ha hecho. Así pues, uno y otro por lo que les toca cumplir, obligan sus personas y todos sus bienes, &c. (*Si no hay entrega de títulos, se ha de omitir todo lo que se dice acerca de su devolucion.*)

41. Sin embargo de las facultades que en las escrituras procedentes se conceden á los prestadores para vender las

alhajas empeñadas é hipotecadas, no lo ha recibido esto la práctica, y así ninguno lo hace de su propia autoridad. Lo que se practica siendo prenda y la deuda de corta entidad, es dar el acreedor pedimento al Juez pretendiendo que con citacion de su dueño se tase y venda, y que se le haga pago con costas. El Juez ha por presentada la escritura, y manda se le notifique que dentro de tercero dia pague con apercibimiento. Si no cumple, le acusa el acreedor la rebeldía é insiste en su pretension, y el Juez manda se le vuelva á notificar que dentro de segundo dia cumpla con lo proveido anteriormente, y que pasado sin haberlo hecho se tase y venda con su citacion la prenda, y se haga pago al acreedor del principal y costas, para lo qual da comision á Escribano y alguacil de su juzgado. Si espira el segundo término, cita el Escribano al deudor, y el alguacil nombra un perito, quien baxo de juramento valua la alhaja, y despues se saca á una plazuela ó parage público, y se vende al que da mas por ella, no admitiéndose postura que no exceda de las dos terceras partes de la tasa, para que no se alegue lesion, lo qual se pone por diligencia expresando quién la compró, en qué cantidad, dónde vive, y qué fue el que mas dió por ella. A veces concurre el pregonero para pregonarla, y tambien suele deferirse á todo en el primer auto por evitar costas. Si la deuda es grande, se pide, despacha y traba execucion en las alhajas prendadas, se sigue esta por los trámites regulares y libra el mandamiento de pago, con el qual se requiere al deudor para que satisfaga el principal, décima y costas: si no lo hace, pide el acreedor su venta, nombra tasador, y pretende se notifique al deudor elija otro, ó se conforme con el electo, y en su defecto que le nombre el Juez; y se le manda notificar que haga el nombramiento dentro de tercero dia con apercibimiento de que pasado sin haberle hecho se nombrará de oficio. Si no cumple, le acusa la rebeldía, y el Juez elige el que quiere: valuan los dos unánimes baxo de juramento las prendas: se fixan despues cédulas por nueve dias, de tres en tres útiles, en los sitios públicos y acostumbrados, señalando en la última el del remate: se dan los tres pregones que previene la ley (si hay pregonero) á las puertas del oficio del Escribano originario, ó parage donde se acostumbra en el pueblo rematar las cosas que se venden

judicialmente; y celebrado el remate se entregan al comprador con el competente testimonio para título legítimo quando paga su importe, y con este se satisfacen al acreedor su crédito y los gastos que con dicho motivo se le hayan ocasionado, á cuyo fin se tasan. Si sobra algo, se hace saber al deudor para que acuda á su percibo, y si falta, se le exígen mas bienes para la solucion del resto, segun lo he visto practicar y practicado. Siendo hipoteca, se pide directamente execucion contra ella, se sigue hasta la sentencia de remate, y declarada en cosa juzgada ó executoriándose por tribunal superior, pide el acreedor y lo manda el Juez, sacarla á pública subhasta: se tasa y pregona por treinta dias útiles: se fixan cédulas en los sitios públicos por tres veces de nueve en nueve dias útiles que con los tres de la fixacion componen los treinta: se admiten las posturas y mejoras, y se hacen saber á los postores anteriores y deudor: se celebra el remate en el prefinido, y declarado en cosa juzgada ó aprobado, sea por el propio Juez, ó por el tribunal superior, dado el quarto pregon, deposita el comprador el precio, se le da posesion de la finca, y el Juez otorga despues á su favor en nombre del deudor venta judicial en forma; y si no hay comprador, se adjudica en pago al acreedor por la tasa devolviendo el exceso que haya. Para admitirse las posturas han de exceder las dos terceras partes de la tasa, y si el acreedor por interpósita persona las hace y se remata en esta la hipoteca, constando despues el fraude, á mas de ser nula la venta tendrá que tomar en cuenta de su crédito los frutos que produxo; y si exceden á este restituirlos con la finca, sino es que para tomarla intervenga consentimiento expreso del deudor dueño de ella, que entónces cesa lo dicho, como se dirá en el lib. 3 cap. 2 de la segunda parte. Si el empeño consta por papel simple, precede su reconocimiento formal, y luego se practican las diligencias referidas, segun sea la cantidad de la deuda. Esta es en substancia la práctica de estas ventas, de cuyas diligencias omito la extension y algunas prevenciones, por no corresponder á este tratado sino á los juicios; pero advierto al Escribano que si nada pactan las partes en quanto á venta, no lo ponga con pretexto de que el acreedor queda mas asegurado; pues la ley 42 tit. 13 Part. 5 da facultad amplia á este pa-

ra que si despues de haber requerido tres veces al deudor ante testigos que quite el empeño, pasaren dos años y no lo hubiere hecho, pueda vender en almoneda pública la cosa empeñada, aunque le prohibiese el hacerlo al tiempo de celebrar el contrato pignoraticio; fuera de que el Escribano no ha de excederse de lo que pacten los contrayentes, y de lo contrario encarga su conciencia.

Obligacion y cesion.

42 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López, vecino de ella, á quien doy fé, conozco = dixo: que Juan Rodriguez que lo es de tal parte, le ha prestado tantos mil reales en dinero sin interes alguno, como lo jura en forma, de que doy fé, y por no parecer de presente su entrega, renuncia la excepcion del dinero no entregado, la ley 9 tit. 1 Partid. 5 que trata de ella, y los dos años que prefine para la prueba de su recibo, y otorga á su favor el resguardo mas eficaz que conduzca á su seguridad: á cuya conseqüencia se obliga á satisfacérselos en una sola partida y buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no en otra cosa ni especie dentro de tanto tiempo, y á ponerlos en su poder por su cuenta y riesgo; y para que se reintegre de ellos en caso de que se imposibilite de entregárselos en el dia prefinido, se los libra y consigna en Antonio Alvarez, vecino de tal parte, su deudor por tal razon, (ó en tal cosa ó efecto) confiriéndole poder irrevocable y amplio con facultad de substituirle para que en su nombre, ó en el del otorgante los pida y cobre del enunciado Antonio, formalizando á su favor los recibos y cartas de pago congruentes con las firmezas necesarias; y si fuere preciso, comparezca en juicio y haga en los tribunales superiores é inferiores todas las diligencias judiciales y extrajudiciales que se requieran, y practicaria el otorgante sin reserva hasta conseguir plenamente su cobro, á cuyo fin le constituye en su lugar, grado y prelacion, se aparta del derecho que tiene á ellos, le cede todas quantas acciones le competen, para que use de ellas á su eleccion: quiere que sea tan firme quanto execute como si lo hiciera por sí mismo, y que todos los autos y diligencias que se practiquen contra el citado deudor

le perjudiquen como si se substanciaran y determinaran con su propia persona. Asimismo se obliga á la eviccion, seguridad y saneamiento del expresado crédito, y á que sino le cobrase dentro de tanto tiempo, ó se difiriese su cobranza, constando de ello por diligencia judicial, le pagará incontinente su importe, ó lo que dexe de percibir de este, y todas las costas, gastos y perjuicios que se le originen con sola su relacion jurada, ó de quien le represente, sin mas prueba de que le releva, por todo lo qual se ha de poder despachar execucion y apremio contra él, quedando en estos casos de su cuenta y riesgo su cobranza, y no de la del acreedor. Ademas, declara no tenerle cedido, cobrado, ni remitido, y se obliga á no disponer de él en manera alguna, ni revocar en todo ni en parte esta cesion, y si lo hiciere, á mas de ser nulo, consiente que por el mismo hecho se le condene en tanto que se impone por pena, para que se le exija y entregue al acreedor, y no se le admita excepcion, pues renuncia todas las que le sean propicias. Finalmente, quiere que se haga saber esta cesion al mencionado Antonio para que la acepte, le conste, y á nadie mas pague ni reconozca por dueño de dicho crédito que al dicho Juan Rodriguez. Por tanto, al cumplimiento de todo lo expresado obliga su persona, y todos sus bienes y derechos, presentes, &c.

43 Unos ordenan esta escritura dando primero el poder al cesonario, confesando luego la deuda y poniendo despues la cesion, y otros empiezan por esta, prosiguen con la confesion y concluyen con el poder; y aunque nunca se varia lo substancial, ni debilita la fuerza del instrumento, he tenido por mas conveniente extenderla, segun lo he hecho, porque el órden natural y regular es confesar la deuda que es la causa de la cesion, obligarse el deudor á su satisfaccion, y dar á su acreedor el poder para su cobranza y reintegro, que es el fin de la cesion, cediéndole para ello sus acciones; pues el dar primero el poder y hacer la cesion es bueno, quando no se contrae la deuda en el acto del otorgamiento, sino que consta en instrumento anterior, ó quando la cesion es graciosa, no quando se contrae en el mismo acto, ó por no constar en instrumento, la confiesa el deudor y se obliga á pagarla.

44 Si el crédito procede de vale ó escritura, debe entregar-

se al cesonario en el acto del otorgamiento como título legítimo de pertenencia, dando fé de su entrega el Escribano: si no, se obligará á entregársela dentro del término que estipulen, y en caso de tenerla ya en su poder se expresará y dará por entregado de ella. Ademas si el cesonario se contenta con el crédito, ó deudor en quien se libra y consigna el pago, y el que cede no se obliga á la eviccion, tomará aquel en sí el riesgo que haya en su cobranza, dando á este por libre é indemne de su responsabilidad en la aceptacion de la cesion que firmará tambien si sabe, y si no, un testigo por él á su ruego.

Obligacion de comodato.

45 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco, dixo: que otorga y recibe en este acto de Pedro Rodriguez de la propia vecindad una mula de tal color, edad, altura, &c. (*se pondrán las demas señales por donde puede ser conocida, y la fé de entrega*) cuya mula le presta para hacer viage á tal lugar, (*se dirá, se ha de ir á caballo, ó le ha de dar otro destino*) y promete volvérsela para el dia tantos de tal mes de este año tan buena como la recibe, tratándola y cuidándola á este fin como si fuera propia sin emplearla en otro destino; y si por no cumplirlo se muriere ó deteriorare, se obliga á satisfacerle incontinente tantos reales que vale, ó el decremento que tenga segun inteligentes que ámbos elegirán unánimes, como tambien las costas y daños que se le ocasionen por esta razon queriendo ser compelido á ello por todo rigor de derecho. Igualmente promete no oponer excepcion que le sufrague baxo la pena del doblo del valor actual de la expresada mula, y ya la pague, ya se le remita graciosamente, se ha de llevar á debido efecto esta escritura, á todo lo qual obliga su persona y todos sus bienes, &c. La ley 71 tit. 18 Partid. 3 trata de la ordenacion de esta escritura.

46 Si el comodatario quisiere obligarse al deterioro ó muerte que padezca la cosa prestada por caso fortuito, recibirá en sí el daño que se originare en ella, miéntras la tenga en su poder, y á mayor abundamiento renunciará las leyes 2 y 3 tit. 2 Partid. 5 en quanto dicen: *que perdiéndose, dete-*

riorándose, ó muriéndose la cosa prestada por caso fortuito, no queda obligado el comodatario á su responsabilidad. De esta suerte podrá ser compelido á todo, tenga ó no culpa; bien que sin esta renuncia quedará obligado á quanto se obligue.

CAPÍTULO XVII.

De los depósitos.

§. I.

1 El depósito que la ley llama *condesijo*, *es entrega que uno hace á otro de alguna cosa suya para que se la custodie gratuitamente.* Tres clases de depósitos refiere la ley 1 t. 3 P. 5 que dice: "la primera es, quando alguno sin otra cuita (*desgracia ó trabajo*) que le acaezca, da á otro en guarda sus cosas. La segunda es, quando alguno lo ha de facer en tiempo de cuita: esto seria como si se quemase, ó se cayese la casa á alguno en que tuviese alguna cosa, ó se quebrantasse la nave en que lo llevasse, ó acaesciendo alguna de estas cuitas, diesse en guarda á otro á aquella sazon alguna de aquellas cosas que tuviesse y (*allí*) por estorcerlas (*libertarlas*) de aquel peligro. La tercera es, quando algunos omes contienden en razon de alguna cosa, é la meten en mano de fiel, encomendandogela, fasta que la contienda sea librada por juicio." Pueden depositarse todas las cosas muebles y raices, y el depositario no adquiere ningun dominio en lo depositado, sino es que consista en número, peso ó medida, y se le entregue en esta forma sin otra seguridad ni prohibicion de usar de ello; pues por ser entónces irregular el depósito, solo está obligado á dar igual cantidad de la misma especie y bondad que la recibida, (*a*) lo qual prevendrá el Escribano en la obligacion depositaria. (*b*)

2 Puede ser depositario el Clérigo, Religioso ó secular, y quien lo fuere ha de cuidar de las cosas depositadas; pues es responsable de su pérdida ó deterioro, á ménos que la cul-

(*a*) Ley 2 tit. 3 P. 5. Góm. lib. 2 Var. cap. 7 y en él Ayllon. Salg. Labyr. cred. p. 1 cap. 11 n. 19 y de Reg. protect. p. 4 cap. 8 n. 112. (*b*) Sobre qual se llama depósito regular ó irregular, véase la segunda parte lib. y cap. 3.

pa sea leve, por la qual solo lo será en tres casos: el primero, si se obliga á pagarlas, aunque perezcan ó se menoscaben por ella: el segundo, quando sin rogarle hace instancias por ser depositario; y el tercero, quando recibe precio por serlo, (*a*) que en la depositaría general de esta corte suele ser el uno por ciento. (*b*)

3 Pero si los bienes depositados se pierden por caso fortuito, no será responsable á su restitucion sino en quatro casos que expresa la ley 4 tit. 3 P. 5 en estos términos: "la primera, si quando el que la recibe en guarda, se obliga á pecharla, si se perdiere en qualquier manera. La segunda es, quando aquel que recibe la cosa en condesijo, non la quiere tornar á su dueño pudiéndolo facer, cá si despues que el ge la demandare en juicio, é fuere el pleyto comenzado por demanda, é por respuesta, se muriesse, ó se perdiesse aquella cosa, tenudo es (*está obligado*) aquel que la recibió, de la pechar. La tercera es, si por su culpa de aquel que tiene en condesijo, ó por su engaño acaeció la ocasion porque se perdió, ó se murió. La quarta es, quando la cosa es dada en guarda principalmente por pró de aquel, que la recibe en depósito, é non por el que la da..." La prueba de haberse perdido incumbe al depositario, porque la pérdida de alguna cosa como que es hecho, no se presume sino se acredita. (*c*).

4 El depositario y sus herederos deben restituir el depósito á su dueño incontinente que le pida, y aunque este sea deudor suyo, no pueden retenérsele con título de compensacion, prenda, ni otro alguno, pues luego podrán usar de su derecho; (*d*) y si se resisten á su entrega sin causa justa, incurren en pena de hurto. (*e*) Ademas con los bienes depositados han de restituir los frutos que hayan producido y mejoras que tuviesen, porque el depositario es un mero detentor. (*f*)

5 Mas sin embargo no estan obligados á su restitucion en quatro casos: el primero, quando la cosa depositada es espada, cuchillo ú otra arma, y su dueño ha perdido el juicio, pues miéntras subsiste su demencia, no deben vol-

(*a*) Ley 3 tit 3 P. 5. (*b*) Sobre quando se le debe ó no al depositario, véase á Parlador. differ. 130 nn. 1 y 2. (*c*) Hermos. ley 4 tit. 3 P. 5 glos. 1 num. 2. (*d*) Ley 5 tit. 3 P. 5. (*e*) Ley 12 tit. 10 P. 7. (*f*) Ley 5 cit.

vérsela: el segundo, quando su dueño es deportado y se le confiscan sus bienes: el tercero, quando algun ladron deposita lo que hurtó, y su dueño dice al depositario que no se le entregue hasta que se le mande judicialmente; y el quarto, quando entrega en depósito al depositario lo que le hurtó, pues probando este ser suyo, puede retenerlo como dueño. (*a*)

6 Por quatro causas entre otras pueden depositarse y seqüestrarse los bienes sobre cuya pertenencia hay litigio: la primera, por convenio de todos los interesados: la segunda, quando son muebles, y el tenedor es sospechoso: la tercera, quando habiéndose dado sentencia contra este, apela de ella, y se presume que los consumirá; y la quarta, quando el hijo es exheredado injustamente por su ascendiente legítimo, pues para la particion puede pedir que se depositen sus bienes. (*b*)

7 El depositario judicial ha de ser lego, llano y abonado, (*c*) y tener el depósito todo el tiempo que quieran el Juez, ó los interesados que le hicieron; pues no puede de propia autoridad sino con la judicial y con causa ponerle en otro sugeto, aunque siendo depósito extrajudicial, podrá compeler al depositante á que le reciba y exônere de él, (*d*) así como este le puede sacar de su poder quando quiera, aun quando no se haya cumplido el tiempo por qué le depositó; (*e*) y si le niega, incurre en infamia, debe restituir la cosa depositada, ó su estimacion con los frutos, y las costas y menoscabos que se causen á su dueño. (*f*) Y qualquiera puede ser compelido á ser depositario, no teniendo excusa legítima que le exíma de ello, (*g*) y el Escribano de la causa no puede admitir depósito en su oficio pena de diez mil maravedís, como ni tampoco el Juez de ella. (*h*)

8 El dueño de los bienes depositados tiene preferencia en ellos á todos los acreedores del depositario, estando en poder de este ó de su heredero, y no siendo de los que consisten en número, peso, ó medida; pues si lo son, aunque

(*a*) Ley 6 tit. 3 P. 5. (*b*) Ley 1 tit. 9 P. 3. (*c*) Dicha ley 1. (*d*) Hermos. ley 3 tit. 3 P. 5 glos. 6 nu. 1 y 2. (*e*) Ley depositum 1 ff. Depositi. (*f*) Ley 2 tit. 9 P. 3. (*g*) Hermos. ley 3 tit. 3 P. 5 glos. y n. 6. (*h*) Auto 12 tit. 8 lib. 2 y leyes 13 tit. 9 lib. 3 y 28 tit. 25 lib. 4 R.

será preferido á los acreedores anteriores personales, no á los reales, ni al que hizo los gastos del entierro del depositario, ni al que le prestó dinero para reparar su casa, ó nave que hipotecó á su responsabilidad, ni á la dote de su muger, ni al fisco, sea acreedor suyo por contrato ó delito. (a)

9 Debe el dueño pagar al depositario las expensas que hizo en beneficio de lo que le entregó en depósito, pero este no puede retenerlo con tal motivo; (b) sí bien la práctica está en contrario, pues pide execucion, se traba en los bienes depositados, y permanecen en su poder hasta la conclusion de la instancia y el pago de las expensas. (c)

10 Ninguno puede poner bienes en confianza ni en cabeza de tercero, ni este ha de recibirlos en la suya pena de cien mil maravedís para la Real Cámara, y al Escribano que autorice semejante contrato, de privacion de oficio, para cuya prueba bastan las privilegiadas que se admiten por derecho en los casos en que es difícil hacerla, y se pueden recibir por testigos los mismos de quienes se ha hecho confianza. (d)

11 En las bóvedas de las iglesias parroquiales y conventos, y en las mismas iglesias se da sepultura á los cadáveres de los Christianos, excepto á los de los usureros manifiestos y otros que expresa el derecho; (e) pero muchas veces se depositan con ánimo de trasladar sus huesos á otra parte, para lo qual suele preceder licencia del Ordinario Diocesano, y obtenerse luego la misma para la translacion; (f) y lo que se practica en estos actos, es abrir la caxa ó atahud en que está el cadáver, para que le vean el Prelado y Religiosos del convento, y demas circunstantes: despues se entrega á los primeros, y ellos ó el Prelado solo en su nombre otorgan el depósito, obligándose á restituir el cadáver, ó huesos del difunto siempre que se les pida, de lo qual, del lugar en que se deposita y demas señales conducentes á conocer que es el mismo, da fé el Escribano; y quando lle-

(a) Ley 9 tit. 3 P. 5. Véase á Carlev. de Judic. tit. 3 disp. 31, y lo que digo sobre este punto en el juicio de concurso de acreedores. (b) Ley fin. tit. 3 P. 5. (c) De este contrato trata con mucha claridad y extension Hermos. tit. 3 P. 5. (d) Ley 13 tit. 16 lib. 5 R. (e) Leyes 8, 9 y 10 tit. 13 P. 1. (f) Ley 11 tit. 13 P. 1.

ga el caso de la translacion, se requiere con el mandamiento al Prelado, se abre la caxa, el Escribano da igualmente fé de lo que se halla dentro, en qué estado, y quién lo recibe, practicándose todo ante testigos, y si para el depósito precedieron autos, se hace sucinta relacion de ellos y se insertan. Quando se traslada el cadáver, se da testimonio al Prelado para resguardo de su convento, y si se resiste á su entrega, se pone por diligencia, dándose tambien testimonio á los interesados de su respuesta. Con la escritura que extentenderé, se instruirá mejor el Escribano de este particular.

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

DEPÓSITO EXTRAJUDICIAL.

12 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = Otorga: que recibe ahora en depósito de Pedro Rodríguez que lo es de tal parte, tantos mil reales en tales monedas que sumadas y suplidas sus faltas segun el premio que tienen y con que corren, los importaron; de cuyo recibo doy fé por haber sido á presencia mia y de los testigos que se nombrarán; y como entregado efectivamente de ellos formaliza á su favor el mas firme y eficaz resguardo que convenga para su seguridad: en cuya atencion se obliga á restituir al enunciado Pedro Rodríguez, ó á quien sea parte legítima en su nombre, los mencionados tantos mil reales en buena moneda de plata ú oro usual y corriente en estos reynos, siempre que se los pida, y no ha de entregarlos á persona alguna sin su especial órden por escrito baxo de las penas impuestas por derecho á los que no dan cuenta de los depósitos de que se encargan; y en caso de contravencion quiere ser compelido por todo rigor no solo á su satisfaccion sino tambien á la de las costas y daños que en su cobranza se le causen, cuya liquidacion defiere en su juramento relevándole de otra prueba. Por tanto, á todo obliga su persona y todos sus bienes, &c. La ley 72 tit. 18 Part. 3 trata de la ordenacion de esta escritura.

13 Esta escritura se hace regularmente interviniendo fé de entrega, y con arreglo á ella pueden extenderse todas las que ocurran de depósitos de lo que se cuenta, mide ó pesa; pero no siendo de esto ha de obligarse el depositario á restituir lo mismo que recibe y no otra cosa, aunque sea de la propia especie y bondad. Si el depósito es de caballo, mula, ú otro animal servible que hace gasto, puesto que el depositario no tiene obligacion de mantenerle, puede pactar con su dueño que le conceda facultad para servirse de él, de modo que no se deteriore por razon del trabajo á que le destine, ni por su culpa ó negligencia, y que nada le pedirá por su alimento.

Depósito judicial.

14 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco, cumpliendo con lo mandado por el Señor Don F. Corregidor en ella en tantos de este mes ante F. Escribano de su Número = Otorga: que recibe en depósito de Pedro Rodríguez vecino de tal lugar tantos reales en tales monedas que contadas y suplidas sus faltas los importaron; é igualmente tales alhajas de oro con tantos diamantes rosas cada una, (*se pondrán las demas señales que tengan*) que segun certificacion F. contraste de esta villa dada en tantos de tal mes y año valen tantos reales, de cuyo recibo doy fé, por haber sido á presencia mia y de los testigos infrascriptos, y como entregado efectivamente de todo formaliza á favor del expresado Pedro Rodríguez el mas eficaz resguardo que conduzca á su seguridad: en cuya atencion se obliga á tener en depósito los referidos tantos reales y alhajas á la órden y disposicion de dicho Señor Juez ú otro competente: á volver los tantos reales en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y las mismas alhajas y no otras por ellas, siempre que judicialmente se le mande: á no entregarlos á persona alguna sin su especial mandato baxo de las penas establecidas contra los depositarios judiciales que no dan cuenta puntual de los depósitos que la Justicia pone á su cuidado, y demas penas arbitrarias; y asimismo á satisfacer las costas y daños que por su transgresion se originen á los inte-

resados: consintiendo en ser apremiado á todo esto por todo rigor de derecho, obligando su persona y bienes, y renunciando todas las leyes, fueros y privilegios que le favorezcan. Así lo otorga y firma, siendo testigos, &c.

Depósito de difunto.

15 Estando en la bóveda del convento de Santo Tomas del órden de Predicadores extramuros de esta villa de tal á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella = Dixo: que Pedro Rodríguez que lo fué de la propia villa, en el testamento que formalizó en tal dia, mes y año ante F. Escribano Real, baxo de que falleció, le nombró por su testamentario con amplias facultades para cumplir su voluntad; y entre otras cosas mandó que su cadáver se depositase en la bóveda de este convento hasta que hubiese proporcion de trasladar sus huesos á la iglesia de tal parte, donde tiene sepultura propia, en la qual llegado el caso de la translacion, quiso estuviesen perpetuamente con los de sus ascendientes. En esta atencion estuvo el otorgante con el R. P. Fr. F. Prior de este convento, y habiéndole pedido admitiese en depósito el citado cadáver, condescendió con su pretension, y á su conseqüencia de órden del enunciado testamentario se conduxo á él con mi asistencia en un atahud hecho de tal madera, cubierto de tal tela con medio herrage y cerradura; y para cerciorarse de lo que tenia dentro, mandó el referido P. Prior se abriese, y se halló en él el cadáver del enunciado Pedro: á quien, doy fé, conocí vivo, amortajado con tal hábito, al qual vieron al parecer muerto naturalmente el expresado Padre, otros de este convento, los testigos que se nombrarán y varios circunstantes que concurrieron á este acto, y luego se cerró el atahud con llave, y se entregó esta á Francisco Hernández heredero del dicho difunto con arreglo á su disposicion. Así pues, para que tenga el debido cumplimiento, y conste en lo sucesivo, el citado P. Prior por sí, y en nombre de los Prelados y Religiosos actuales y futuros de este convento, por quienes presta caucion de que pasarán por el contenido de esta escritura = Otorga: que recibe en depósito el cadáver de dicho Pedro, y manda que subsista en esta

bóveda todo el tiempo que prefinió en su testamento, obligándose y obligando á los que le sucedan en su empleo, como tambien los bienes presentes y futuros de este convento, á no removerle, y á entregarle y dexarle llevar libremente, quando llegue el caso de su translacion, sin oponerse á ello con pretexto alguno; y si lo hicieren, les ha de poder compeler á su entrega qualquier Señor Juez que deba conocer de esta causa conforme á derecho, para lo qual renuncia todas las leyes, fueros y privilegios que le favorezcan: previniendo que el mencionado atahud quedó en el segundo nicho de mano derecha entrando en dicha bóveda, de que pidieron testimonio el testamentario y heredero, y lo firman con el P. Prior, á quienes, doy fé, conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

Apéndice en que se inserta el Real decreto de 19 de septiembre de 1798 sobre depósitos.

Quando por mi Real decreto de 26 de Febrero último erigí la Caxa de Amortizacion, me propuse entre otros objetos el de reunir en ella á beneficio del estado varios fondos que por hallarse subdivididos y dispersos permanecen comunmente estériles para sus dueños y expuestos con freqüencia á graves quebrantos. En tal caso se encuentran los depósitos judiciales, de que ha solido y suele hacerse un notable abuso con perjuicio de los intereses y detrimento de la causa pública, dando ocasion á que así suceda las mismas partes ligantes que solicitan ó consienten que el dinero se ponga en manos de depositarios particulares á veces sin suficiente arraygo, ó bien con la esperanza de ganar algun interes durante el tiempo del litigio, ó bien por el ahorro del dinero que cargan las depositarías públicas ó tablas numularias de las ciudades y las villas de estos mis reynos sobre los depósitos que se hacen en ellas. Para conciliar pues ámbos extremos de la seguridad mas absoluta con la utilidad de unos fondos que por su naturaleza se consideran baxo de mi soberana proteccion, y atender al propio tiempo al interes de la monarquía, he venido en prohibir y prohibo á todos los Jueces y tribunales de mis dominios de España é islas adyacentes sopena de responsabilidad que con ningun motivo

ó causa permitan que se constituya depósito alguno judicial, ni otra qualquiera consignacion de caudales, por momentanea que sea ó parezca, ni en los oficios de los Escribanos, ni en poder de ninguna otra persona ó cuerpo, por mas arraygado que se le suponga, pues todos se han de llevar precisamente á dichas tablas numularias ó depositarías públicas, ó á la Real Caxa de Amortizacion, ya sea entregándoselos directamente en Madrid, ó ya por medio de sus comisionados en las provincias: en inteligencia de que á la presentacion de los libramientos que los Jueces y tribunales despacharen á favor de los que resulten ser verdaderos dueños ó interesados en las cantidades depositadas, se les devolverán inmediatamente en las mismas especies en que constare haberse recibido, abonándoles ademas el interes de 3 por 100 al año por todo el tiempo de la duracion del depósito, con la sola baxa de 50 dias en los que se verifiquen en las provincias; y si fueren en vales Reales, se hará el abono del mismo interes que ellos devenguen. Quiero y mando que en igual manera se trasladen á la misma Real Caxa en el preciso y perentorio término de tres meses, contados desde el dia de la publicacion de este mi Real decreto, quantos depósitos hubiere judicialmente constituidos en qualquier parage del reyno fuera de las referidas depositarías públicas y tablas numularias; empeñando como empeño mi palabra Real á que serán fiel y exâctamente cumplidas las condiciones expresadas, á cuya firmeza obligo é hipoteco especialmente los fondos asignados á la citada Caxa de Amortizacion, y todas las rentas y bienes patrimoniales de mi corona. Tendreislo entendido, &c.

CAPÍTULO XVIII.

De las prendas é hipotecas.

§. ÚNICO.

1 Para mayor seguridad de las obligaciones que se constituyen, suelen los contrayentes gravar sus bienes, de los quales hay tres clases ó especies; una de *raices*, y son los que segun su naturaleza y sin deshacer su forma no se pueden mover ni ser movidos como casas, viñas y olivares; y tambien se entienden por raices los censos, oficios y otros derechos perpetuos que pueden ser gravados ó hipotecados: (*a*) otra de *muebles y semovientes* como dinero, alhajas, mercaderías, caballos, mulas y bueyes; (*b*) y otra de *acciones y derechos*, los quales se tienen por raices ó muebles segun la cosa á que competen, (*c*) de lo qual se tratará con mas extension en la segunda parte. (*d*) Quando estos bienes se entregan al acreedor para seguridad del contrato, se llaman *prenda*, (1) y quando solo se gravan á su cumplimiento quedando en poder del deudor, se llaman *hipoteca*, aunque muchas veces se confunden. (*e*)

2 La prenda é hipoteca se dividen en universales y particulares: las universales son aquellas en que no solo se incluyen los bienes que el deudor tiene al tiempo del contrato, sino tambien los que adquiere despues, aunque por la obligacion á que quedan afectos, no se impide su enagenacion: las particulares son las que se obligan expresa y determinadamente, y así estan siempre sujetas á la responsabilidad del débito ú obligacion contraida, aun quando pasen

(*a*) Así lo dice el cap. IV. de la instruccion inserta en la pragmática puesta al fin del cap. 11 de esta obra. (*b*) Leyes 1 tit. 17 P. 2, 4 t. 29 P. 3 y 10 t. 33 P. 7. (*c*) Olea de Ces. jur. t. 2 q. 1 nn. 27, 28 y 29. (*d*) Cap. y §. 2 lib. 3.

(1) No debe el acreedor hacer el uso de la prenda sin consentimiento del dueño y sin el debido cuidado, y si se pierde ó deteriora la cosa empeñada por culpa de aquel, tiene que indemnizar á este. (Ley 20 t. 13 P. 3.)

(*e*) §. Item Serviana Instit. de action. y ley 1 tit. 13 P. 5.

á tercero poseedor, hasta que se extingue y libera por solucion, condonacion, remision ó prescripcion. Y si se hipoteca ó empeña el título ó escritura de propiedad de la alhaja, queda esta empeñada, sin embargo de que no se exprese. (*a*)

3 Quatro especies hay de hipoteca: la primera se llama *convencional ó expresa*, porque se hace por convenio del deudor que á instancias del acreedor y voluntariamente obliga sus bienes á la satisfaccion del débito ó cumplimiento del contrato: la segunda, *legal*, *ó tácita* porque aunque el deudor no los obligue, quedan hipotecados tácitamente por disposicion de la ley, como sucede en los arrendamientos, tutelas, dotes, &c. (*b*) la tercera *pretoria*, y es quando el Juez por contumacia del reo entrega sus bienes á su acreedor para que se reintegre de su débito, lo qual se llama asentamiento, (*c*) que aunque en esta corte no se usa, está permitido y puede practicarse; y la quarta se llama *judicial*, que es la que se hace por medio de la via executiva regular; bien que estas dos últimas especies de hipoteca, como se efectúan en virtud de apremio judicial, se reputan por una, y únicamente se diferencian en que dándose á un acreedor la posesion de los bienes de su deudor, es visto por el mismo hecho darse á los demas, de suerte que tienen igual derecho y preferencia; (*d*) y en el juicio executivo el que primero le intenta y toma posesion, es preferido á los otros. (*e*)

4 Todas las cosas del comercio humano de qualquier naturaleza que sean, y en que el hombre tiene pleno dominio, quasi dominio, ó algun derecho, pueden empeñarse ó hipotecarse, y quien las da en empeño, puede demandarlas á quien las recibió, descontando de lo que le debe lo que percibió, si eran fructíferas y produxeron algo, y si no, pagándoselo enteramente. (*f*) (1)

(*a*) Leyes 5 y 14 tit. 13 P. 5. (*b*) Se trata latamente de ella en las leyes 23 y sig. tit. 13 P. 5, y de las personas que la tienen, en la Cur. Philip. lib. 2 Comerc. terr. cap. 3 nn. 17 y sig. y en la segunda parte lib. y cap. 3. (*c*) Hablan de él los tit. 8 P. 3 y 11 lib. 4 de la R. y la Curia part. 1 §. 14 nn. 11 y 12. (*d*) Leyes 1 tit. 13 P. 5, 12 ff. de Reb. author. Jur. pos. y fin. Cod. del mismo tit. (*e*) Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 46. Cur. Philip. lib. 2 Comerc. terr. cap. 3 n. 37. Para la mayor instruccion de esto véase á Parlad. differ 28. (*f*) Ley 2 tit. 13 P. 5.

(1) Aun todas sus obras puede empeñar el deudor en favor de su acreedor hasta la total satisfaccion de la deuda. Parlad. lib. 3 Quotid. differ. 57 num. 20.

5 No pueden empeñarse las cosas sagradas ni religiosas, (a) ni tampoco las que por su naturaleza, ley, estatuto, ó personas estan privadas de enagenarse, porque el dar en prenda es especie de enagenacion, y aunque por esto no traspasa el deudor la propiedad de aquella á su acreedor, adquiere el derecho de prenda que es real, sigue la alhaja á qualquier parte y poseedor que vaya, y queda al acreedor el suyo salvo contra ella, á ménos que consienta en su enagenacion. (b)

6 Asimismo no se pueden empeñar los bueyes, vacas ni bestias destinadas para arar, ni los arados, herramientas ni demas aperos necesarios para el cultivo de las tierras; y si el Juez, Executor, ú otro las prende y hace entrega de ellas, debe pagar á su dueño el daño que se le siga de esto. (c)

7 La cosa agena no debe empeñarse sin órden de su dueño, (d) ni éste ha de empeñarla á otro sin permiso del primer acreedor, sino es que sea suficiente para ámbos; pues no siéndolo, está obligado á dar al segundo otra equivalente, y por el engaño puede el Juez imponerle pena arbitraria. Lo mismo procede, quando alguno empeña cosa agena, ignorándolo el que la recibe en empeño. (e)

8 Quien tiene facultad para enagenar, puede hipotecar ó empeñar, aunque no tenga entónces el señorío de los bienes hipotecados; pues luego que le consigue, quedan afectos á la responsabilidad de la deuda, del mismo modo que si le hubiese tenido al tiempo del empeño. (f) Tambien puede el apoderado ó mayordomo empeñar los bienes de su amo sin noticia suya por lo que si invierte en su utilidad lo prestado, y pasan las alhajas empeñadas al poder del que lo dió, tiene este facultad para retenerlas hasta que se cobre; pero si no pasan á su poder, la tiene solamente para repetir lo que prestó sobre ellas. (g) El curador puede asimismo empeñar de su propia autoridad los bienes muebles de su menor para emplear el préstamo en utilidad de este, pero no los raices, pues para el empeño de estos se necesita

(a) Leyes 3 tit. 13 P. 5 y 10 tit. 2 lib. 1 R. (b) Ley 8 §. 15 ff. Quibus modis pignus, vel hypotheca solv. (c) Leyes 4 tit. 13 P. 5 y 25 tit. 21 lib. 4 R. Cur. Philip. Juicio Exec. §. 16 n. 9. (d) Ley 9 tit. 13 P. 5. (e) Ley 10 tit. 13 P. 5. (f) Ley 7 tit. 13 P. 5. (g) Ley 8 tit. 13 P. 5.

licencia del Juez con conocimiento formal de causa. (a)

9 Puede hacerse el empeño ó hipoteca en escritura ó sin ella por mensagero ó por cartas, estando presentes ó ausentes el dueño de la cosa y el acreedor, expresando siempre con individualidad sus señales para evitar dudas y equivocaciones. (b) Tambien puede hacerse puramente, ó prefiniendo término y poniendo condicion que no sea contra ley ni buenas costumbres, porque si lo es, no valdrá; (c) pero hasta que se cumpla el término y condicion, no tiene accion para demandar la cosa empeñada aquel en cuyo favor se empeñó, sino es que se presuma que ha de huir su dueño, en cuyo caso puede pretender que se le entregue por el débito, ó que el deudor dé fianzas de que se la dará al tiempo prefinido. (d)

10 El que tiene alhajas empeñadas en su poder, puede venderlas, aunque quando se le entregaron, nada se hubiese estipulado sobre ello, ó se lo hubiese prohibido su dueño; pero ha de observar lo dispuesto por derecho, (e) como asimismo para quedarse con ellas por la deuda. (f) Si las vende como agenas, no queda obligado á su eviccion ni saneamiento, sino es que quiera obligarse; mas vendiéndolas como suyas, ó recibiéndolas en empeño, sabedor de que no eran del que las empeñó, debe sanearlas al comprador. (g)

11 En qualquier contrato y obligacion, sea pura, condicional ó mixta, puede interponerse hipoteca especial y general, así al tiempo que se celebra como despues de celebrada. Será especial, quando se especifica la alhaja que se grava; y general, quando el contrayente obliga indistintamente todos sus bienes á su cumplimiento. (h) Si los obliga simple y generalmente, se comprehenden todas tres clases, aunque no se exprese, y no solo los que tiene entónces sino tambien los que adquiere despues, sea la hipoteca tácita ó expresa, incluyéndose en ellos los frutos que producen, porque son parte del fundo ó cosa que se empeña; (i) pero se exceptuan su lecho, su ropa y la de su muger, las cosas de su cocina,

(a) Dicha ley 8. (b) Ley 6 tit. 13 P. 5. (c) Ley 12 tit. 13 P. 5. (d) Ley 17 tit. 13 P. 5. (e) Leyes 41, 42 y 43 tit. 13 P. 5. (f) Ley 44 tit. 13 P. 5. (g) Ley fin. tit. 13 P. 5. (h) Ley 5 al princip. y §. fin. ff. de Pignor. (i) Ley 16 tit. 13 P. 5. Cur. Philip. Comerc. ter. lib. 2. cap. 3 nn. 4 y 6, &c. y 13.

su caballo, armas y demas alhajas que necesita para su uso diario, (*a*) sea noble ó plebeyo, puesto que la ley no distingue, y así no se deben embargar ni vender, excepto que la deuda toque al fisco. Tampoco se comprehende en la obligacion general de todos los bienes la hipoteca que el deudor enagenó con consentimiento expreso de su acreedor, aunque vuelva luego á poder del mismo deudor; pues aquel renunció el derecho que tenia en ella. (*b*)

12 Dos acciones pignoraticias nacen de la obligacion con prenda, una á favor del deudor que se llama *directa*, y otra á favor del acreedor que se llama *contraria*. La primera es para recuperar la alhaja si el acreedor no la restituye habiéndosele pagado la deuda, ó depositádose judicialmente sino quiere recibirla. (*c*) La segunda compete al acreedor contra el deudor, quando le dió la prenda por equivalente al débito, y luego consta no serlo, ó que no es de tan buena calidad como le aseguró; pero no puede tomar de su propia autoridad los bienes del deudor, y si lo hace, debe ser condenado á volverlos á su dueño y pagar al Rey tanto como importa la deuda, ademas de perder por el mismo hecho la accion que tenia contra él. (*d*)

13 El que usa de accion hipotecaria contra tercero poseedor, debe probar que la cosa hipotecada era del deudor, ó que el que la empeñó, tenia facultad para empeñarla, y que efectivamente se la empeñaron. (*e*) Asimismo debe hacer excusion en los bienes del deudor por la accion personal, pues si tiene con que pagar, no puede reclamar contra el tercero, á ménos que la escritura contenga el pacto de no enagenar, en cuyo caso no es necesaria la excusion para intentar la accion, ó que el deudor principal, estando pendiente el pleyto y la demanda contestada con él, venda, ó transfiera la hipoteca al tercero. (*f*)

14 La accion es lo mismo que derecho á pedir en juicio y fuera de él lo que se debe, y es de tres especies: *executiva*, *ordinaria y criminal*: *executiva*, quando el instrumen-

(*a*) Ley 5 tit. 13 P. 5. (*b*) Matienz. ley 7 tit. 11 lib. 5 R. glos. 1 n. 37. Carlev. tit. 3 disp. 22 n. 8. Cur. Philip. lug. cit. n. 5. (*c*) Leyes 21 tit. 13 P. 5 y 9 §. Omnis ff. de Pignor. Act. (*d*) Leyes 21 tit. 36 §. fin. ff. de Pignor. act. 11 tit. 13 P. 5, y 1, 5 y 6 tit. 13 lib. 4 R. (*e*) Leyes 18 tit. 13 P. 5 y 14 tit. 8 lib. 2 R. (*f*) Ley 14 tit. 13 P. 5.

to de que nace, lo es por su naturaleza y disposicion legal como la escritura pública de plazo pasado, el papel reconocido con la formalidad judicial, y la sentencia declarada en cosa juzgada ó executoriada por tribunal superior: *ordinaria*, quando el documento en virtud de que se pide, no trae aparejada execucion, y *criminal*, quando nace de delito.

15 Tambien se divide la accion en *real*, *personal* y *mixta*: real es, quando se obligan los bienes al cumplimiento del contrato que se celebra, y se llama así, porque se dirige contra una ó mas cosas afectas á la responsabilidad de la deuda ú obligacion contraida, é *hipotecaria*, quando la cosa que se obliga, es inmueble, y pignoraticia si es mueble. La personal es, quando el contrayente obliga solamente su persona, y se dirige contra ella; y la mixta, quando obliga su persona y bienes, y puede intentarse contra aquella y estos (1)

16 Supuesto lo referido, ántes de proceder á explicar los requisitos que debe contener la obligacion de dar ó hacer alguna cosa, para que sea executiva, insertaré y explicaré la ley 63 de Toro que es la 6 t. 15 lib. 4 R. á fin de que el Escribano sepa qué término tiene el acreedor para pedir executiva y ordinariamente contra su deudor. "El derecho de executar por obligacion personal se prescriba por diez años, y la accion personal, y la executoria dada sobre ella se prescriba por veinte y no ménos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mixta, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años y no ménos: lo qual se guarde, sin embargo de la ley del Rey Don Alonso, nuestro progenitor, que puso que la accion personal se prescribiesse por diez años."

17 Esta ley contiene tres partes, la primera dice: "Que el derecho de executar, ó la accion de pedir executivamen-

(1) Trae el autor otra division de acciones en directa, útil, *stricti juris*, arbitraria y *bonæ fidei*; pero esta division y otras apénas sirven en mi concepto mas que para causar confusion. No alcanzo de qué utilidad pueda sernos por exemplo el hacer uso de la accion *stricti juris* y *bonæ fidei*, así como no alcanzo que pueda ser útil en el dia dividir, como lo hacia el derecho romano, los contratos en contratos *stricti juris* y *bonæ fidei*, cuya diferencia parece no es conócida en nuestra legislacion.

te la deuda por obligacion personal dura á lo mas diez años y pasados prescribe:" lo qual se ha de entender de esta manera. Si se pide en virtud de escritura pública, empiezan á correr los diez años desde el dia en que se cumplió el plazo; y si no le hay señalado, ó la obligacion es pura y simple, desde el de su otorgamiento: en los papeles simples desde el de su reconocimiento, haciendo este el deudor en los términos que explicaré en el juicio executivo, pues no basta el de los peritos ni informacion de testigos en caso de negativa: si son réditos de censo ó legado anual, dentro de los diez años siguientes á la última paga, ó á la celebracion del contrato, si ninguna ha habido, pidiéndose entónces la execucion por los nueve y medio, ó nueve y dos tercios; y siendo sentencia declarada en cosa juzgada ó executoriada, ántes que se cumplan los diez años siguientes al dia en que se executorió, pues pasados no se debe despachar la execucion, y si se despacha, es nula, á causa de que por el transcurso del tiempo prescribió, y solo queda al acreedor la accion ordinaria, la qual dura otros diez años que con los diez de la executiva son veinte, y cumplidos no puede pedir en juicio ni executiva ni ordinariamente, por tener contra sí la presuncion legal de estar satisfecha ó remitida la deuda, y si no lo está, échese el acreedor á sí propio la culpa de su omision en no haber pedido en tiempo hábil, porque de no prefinirse este serian eternas las obligaciones é interminables los pleytos con notable perjuicio del estado.

28. La segunda parte dice: "Que la accion personal y la executoria dada sobre ella prescribe por veinte años y no ménos;" como en este caso. Pedro prestó á Juan mil reales ante testigos, y por no habérselos pagado en el plazo convenido, se los demanda judicialmente. Niega el deudor la deuda, y en el término ordinario de prueba la justifica Pedro, en cuya virtud se condena á Juan difinitivamente á la satisfaccion de ella, y se executoria por tribunal superior, ó declara el Juez inferior por pasada en autoridad de cosa juzgada su sentencia. En semejante caso hay accion personal, porque Pedro siempre la tuvo para pedir á Juan lo que le debia, como tambien executoria dada sobre la accion, porque se declaró en juicio, y así desde el dia en que se da la executoria, ó declara la sentencia por pasada en

autoridad de cosa juzgada, empiezan á correr y deben contarse los veinte años: los diez para pedir executivamente, y los otros diez para que pida ordinariamente dentro de ellos, si en los primeros no ha usado de su derecho.

19 Y la tercera parte manda: "Que quando en la obligacion hay hipoteca, que es ser mixta de real y personal, ó quando el deudor obliga su persona y bienes, prescriba la deuda por treinta años y no ménos:" por manera que en los diez primeros puede el acreedor pedir executivamente: si calla en ellos, ordinariamente en los veinte restantes; y si espiran los treinta sin haber usado de ninguna de las dos acciones, no puede demandar en juicio el débito, y aunque le demande, no será oido, si el deudor es poseedor de buena fé y excepciona la prescripcion; pues se presume pagado, por no ser regular que el acreedor esté tanto tiempo sin usar de su derecho. Pero algunos usan del medio y cautela de pedir que el deudor no solo reconozca baxo de juramento el vale ú obligacion, sino tambien que declare, si debe su importe, para hacer que de este modo reviva la accion extinguida por el transcurso del tiempo, caso que lo confiese todo; y así lo aconsejan Olea, Gutiérrez y otros; bien que sin embargo de la prescripcion no queda indemne y seguro el deudor en el fuero interno, si no paga la deuda pudiendo.

20 Aunque los capitales de los censos al quitar nunca prescriben, sí sus réditos, y solo se permite exigir executivamente los devengados en los nueve años y medio ó nueve y dos tercios últimos segun los plazos de la escritura de su constitucion, aun quando hayan pasado quarenta, ochenta ó mas; y el importe de los restantes hasta veinte años en via ordinaria, que con los nueve y dos tercios de la executiva son veinte y nueve y dos tercios por la accion mixta que prescribe en treinta años; mas no pedir los nueve y dos tercios en via executiva, y despues los treinta ó veinte y nueve y dos tercios en la ordinaria; porque de esta suerte serian treinta y nueve y un tercio, ó treinta y nueve y dos tercios, y se haria revivir una accion personal prescripta por la ley en los veinte años. Así pues, en los treinta se incluyen los diez en que se prescribe el derecho de executar, lo qual he visto executoria-

do en el Consejo modificando cierta sentencia de uno de los Tenientes de Corregidor de esta villa. Quien quiera instruirse bien de la materia de las prescripciones, vea las leyes y AA. que se citan. (a)

21 Mas limitado término tienen los criados para pedir judicialmente á sus amos los salarios devengados en su servicio, pues pasados tres años despues de haber salido de su casa prescribe el derecho de reconvenirlos executiva y ordinariamente sobre su satisfaccion, sino es que prueban habérselos pedido en este intermedio, y que no quisieron pagárselos, porque la interrupcion impide la prescripcion. (b) Si estan enfermos, no se les debe salario durante su enfermedad, (c) cuya opinion es la que se sigue.

22 Si sirven á Prelados, Consejeros ú otras personas semejantes, para pedir sus salarios han de tener asiento firmado de sus amos, ó de quien tenga su poder, ó estar sentados por tales con salario asignado en el libro en que lo esten los demas, ó han de confesarlo sus amos en juicio, ó en escritura pública, pues no es suficiente la prueba de testigos, ni otra alguna que no sea de las dichas, lo qual no se entiende con las criadas que no son parientas suyas, ni con los criados de mercaderes, oficiales, menestrales ni labradores, en quienes se ha de observar lo expresado en el número precedente. (d) Y de las execuciones de los créditos de criados, jornaleros, artesanos ó menestrales, acreedores alimentarios de comida, posada, alquileres de casa y otros semejantes pueden conocer los Jueces Ordinarios, aunque los deudores sean criados del Rey, militares y matriculados de marina, ó gocen de otro fuero, pues los derogan todos en este punto las Reales cédulas de 16 de septiembre y 26 de octubre de 1784, y 6 de diciembre de 1785. Unicamente se exceptúan de esta disposicion los militares incorporados en sus respectivos cuerpos y residentes en los destinos de estos, y los que esten empleados, miéntras se hallan en el lugar de sus empleos; como asimismo los matriculados

(a) Los tit. 29 P. 3 y 15 lib. 4 R. Góm. l. 63 de Toro. Bayo de Prescript. Gutier. rep. l. Nemo potest ff. de Leg. 1 nn. 480, &c. y 496. (b) Ley 9 tit. 15 lib. 4 R. (c) Parlador. differ. 130 §. 9. Góm. lib. 2 Var. cap. y n. 3. Covarrub. lib. 3 Var. cap. 13 n. 8. (d) Ley 10 t. 15 lib. 4 R.

de marina, quando se hallen destinados á la tripulacion, armamento ó maestranza de algun buque ó departamento, y no en otros casos. Y de las demandas que pongan dichos acreedores, pueden conocer tambien los expresados Jueces Ordinarios, aunque no presenten desde luego documento que justifique la deuda y traiga aparejada execucion, en cuya atencion el demandado debe contestar la demanda que le ponga su acreedor ó criado, como se manda en otra Real cédula de 19 de junio de 1788; siendo de advertir que á los artesanos ó menestrales corre el interes mercantil de un seis por ciento, y á los criados el tres desde el dia de la interpelacion judicial para resarcirles el menoscabo que reciben en la demora y retardacion del pago. (a)

23 Tambien se prescribe en los referidos tres años lo que se debe á los boticarios, joyeros y otros oficiales mecánicos, y á los especieros, confiteros y otras personas que venden cosas comestibles, por razon de lo que se haya sacado de sus tiendas, ó de hechuras de lo que hayan trabajado. (b) Lo mismo se ha de decir de los derechos y salarios de los Abogados, Procuradores y Agentes de negocios, segun lo dispone la ley 32 tit. 16 lib. 2 de la Recop. que no se debe renunciar y cuya renuncia es nula. Tambien se ha de decir lo mismo de los derechos y salarios de los Notarios y Escribanos, porque milita igual razon.

24 Es nula la obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego, aunque sea de los permitidos, (c) y la que el que está para casarse, hace á favor de mercader, platero ú otra persona semejante de pagarles el importe de las mercaderías que para ello le han dado fiadas, en cuya atencion no pueden demandárselo judicialmente, como lo dispone el §. 26 del auto 4 tit. 12 lib. 7 Recop. cuyas son estas palabras: "Y para remediar el imponderable abuso que con el mismo motivo de bodas se experimenta en estos tiempos: mando que los mercaderes, plateros de oro y plata, longistas, ni otro género de personas por sí, ni por interposicion de otras puedan en tiempo alguno pedir, demandar, ni deducir en juicio las mercaderías y géneros que dieren al fiado para dichas

(a) Reales cédulas citadas de 16 de septiembre y 26 de octubre. (b) Ley 9 al fin. t. 15 lib. 4 R. (c) Ley 8 t. 7 lib. 8 R.

bodas á qualesquiera personas de qualquier estado, calidad y condicion que sean."

25 En observancia de esta decision legal he visto executoria de los Señores del Consejo en Sala de Provincia confirmatoria de cierta sentencia dada por Don Juan Gayon, Teniente de Corregidor que fue de esta villa, ante Don Joseph Rubio Berriz actualmente Escribano de Cámara del de Hacienda, siéndolo del Número de ella, en el pleyto executivo que en el año pasado de 1760 puso Don Antonio Zorraquin, mercader, á Don Eugenio Cachurro sobre paga de mas de doce mil reales procedidos de géneros que le habia fiado para su boda. En dicha sentencia declaró el Teniente por nula la escritura de obligacion como hecha contra ley expresa del reyno, y no haber lugar á sentenciar la causa de remate, como tambien que Zorraquin no podia demandar en juicio en tiempo alguno el importe de los géneros; y habiendo interpuesto este apelacion para ante dichos Señores, declararon por nulos los autos obrados, (á causa de que el Teniente no debió admitir la demanda por ser contra derecho) y que Zorraquin no podia pedir nunca judicialmente á Cachurro las mercaderías que le habia fiado.

26 Causó bastante novedad en esta corte semejante decision, porque se ignoraba y no estaba en uso el auto acordado inserto, sin embargo de ser reciente y de haber habido otros dos exemplares años pasados en la misma sala; pero de nada sirvió al actor la excepcion del no uso que alegó, ni la de haber otorgado el reo la escritura despues de casado, puesto que la deuda era anterior al casamiento, el contrato se habia perfeccionado entónces, y de consiguiente tenia lugar el motivo de la ley: fuera de que manda justamente el derecho Real, (a) *que todas las leyes del reyno que no se hallan expresamente derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de que no estan en uso*; pues muchas veces sucede así, porque no ocurre el caso específico de la ley, ó aunque ocurra, porque á causa de ignorarla los contrayentes, no se aprovechan de ella, ó porque se transigen y componen para evitar pleytos y dispendios; y la ley solo cesa por cesar el fin para

(a) Ley 1 de Toro que es la 3 y auto 2 t. 1 lib. 2 R.

que se estableció, por derogacion ó dispensa del Legislador, por privilegio ó por costumbre contraria generalmente observada en alguna provincia, pues no siendo general será corruptela. (a)

27 Los herederos del que se obliga á dar ó hacer alguna cosa, quedan tambien obligados, á no ser que hubiese prometido hacerlo por sí propio: (b) lo qual procede, ya constituya por sí mismo la obligacion, ya otro en su nombre con poder suficiente, porque lo que el apoderado hace en nombre y con poder de su principal, se entiende haberlo hecho este.

28 Se ha de expresar en la obligacion el término ó plazo en que ha de satisfacerse la deuda, y el deudor ha de dar poder al acreedor para que pasado que sea, le apremie executivamente no solo á su pago sino tambien al de las costas y perjuicios que por no cumplir lo prometido se le ocasionen, habiéndose de hacer por su importe la misma execucion, remate de bienes y pago que por la deuda principal; y obligado en estos términos, aunque sea por deuda que otro tenga contra sí, deberá pagarlo todo luego que espire el plazo, y si este no se prefine, queda á arbitrio del Juez concederle el que le parezca, pasado el qual puede compelerle á su satisfaccion. (c)

29 Asimismo le ha de conferir facultad para que envie executor á su exáccion al lugar en que tenga bienes, con el salario que estipúle por cada dia de los que se ocupe en ella, incluyendo los del camino en ida y vuelta á razon de ocho leguas vulgares, que es la jornada regular, á cuyo fin renunciará la ley 31 tit. 21 lib. 4 Recop. que dice así: "Ordenamos y mandamos que ningun Consejo, Tribunal, Chancillería, Audiencia, Comunidad, Universidad, ni persona particular de qualquier estado, calidad ó condicion que sea, por qualquier título, causa ó razon no puedan enviar, ni envien á ninguna parte de estos nuestros Reynos ningun Juez de comision, ni tampoco executor, ni otra qualquier persona con jurisdicion, comision, instruccion, ni en otra forma á costa de las partes, ni en otra manera, so pena que

(a) Ferraris Biblioth. verb. Lex, art. 5 nn. 1, &c. y 50. (b) Ley 12 tit. 11 P. 5. (c) Leyes 10, 12, 13 y 14 t. 11 P. 5.

las personas que así no lo cumplieren, serán castigadas con todo rigor, y á las que admitieren las dichas comisiones, las condenamos en privacion perpetua de los oficios que tuvieren, y á la restitucion de los salarios que llevaren con la pena del dos tanto; y que todos los negocios y causas que se ofrecieren, en los quales sea necesario dar comision á persona particular, así de probanzas, averiguaciones, cobranzas, execuciones, notificaciones, citaciones como de otras qualesquiera diligencias, para las quales hasta agora se han enviado personas, se remitan de aquí adelante á las Justicias Ordinarias de la ciudad, villa ó lugar, donde se hubieren de hacer; y si por alguna consideracion ó causa padecieren excepcion, se remitirán al Realengo mas cercano; y tan solamente permitimos que en el nuestro Consejo se puedan dar Jueces pesquisidores en los casos y con los requisitos de la ley, y no en otro alguno, de qualquiera calidad que sea; y encargamos á los de él los procuren escusar lo mas que fuere posible." Asimismo renunciará las demas leyes y estilos de audiencias y tribunales que prohiben ó moderan los salarios, y podrá deferir la liquidacion del importe de estos, y de las costas y daños en la relacion jurada del acreedor, ó de quien sea parte legítima; bien que como puede faltar en esto á la verdad sin embargo del juramento, para evitar fraudes se ha de estar á la tasacion que haga el tasador general con arreglo al Real arancel, segun se practica.

30 Renunciará tambien su propio fuero y domicilio, aunque esta renuncia hecha simplemente puede invadirla el renunciante arrepintiéndose ántes de la contestacion, como lo dice la ley 18 *ff. de Jurisdictione omnium judicum*, cuya renuncia ponen los Escribanos en los contratos para que valga la del domicilio del otorgante, y pueda ser reconvenido ante otro Juez que el propio. Tampoco sirve el pacto de litigar ante Juez que no es suyo, ni la sumision, y próroga de jurisdiccion á otro, ni la renuncia simple de fuero futuro, á ménos que sea jurada, ó se haga en juicio; (*a*) y así la cláusula, *de que renuncia su propio fuero y otro que ganare de nuevo*, que por estilo ponen los Escribanos en los contratos, es lo mismo que si no la pusieran.

(*a*) Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 25.

31 Pero si el deudor se somete á la jurisdiccion de otro Juez determinado, ó al Presidente y Oidores de las audiencias y chancillerías, ó á los Alcaldes de ellas, ó de los Adelantamientos, ó generalmente á qualesquiera Jueces, renunciando su propio fuero y domicilio, podrá ser reconvenido ante ellos, observándose lo dispuesto en la pragmática de 20 de Febrero de 1573 que se llama la última de las sumisiones, y es la ley 20 tit. 21 lib. 4 Recop. cuyo contenido á la letra es el siguiente: "Ordenamos que en los contratos de censos, ó de qualquier otra causa y razon que procedan, en que las partes obligadas á pagar alguna quantía de dineros á los plazos y términos en ellos declarados, en que las partes se sometieren á la jurisdicion de los nuestros Alcaldes de las Audiencias y Chancillerías con renunciacion de su propio fuero y domicilio, hallándose las personas de las tales partes que así se sometieron, dentro de las cinco leguas donde las Audiencias y Alcaldes residen, aunque no se hallen bienes suyos dentro en la dicha jurisdicion, se haga y pueda hacer la dicha execucion en la dicha persona por uno de los dichos Alcaldes ante quien se pidiere, y por el mismo se pueda proceder á la execucion de los bienes que tuviere fuera de las cinco leguas, haciéndolo esto defuera con requisitoria y no de otra manera; y que otrosí, teniendo el tal deudor que así se sometió, bienes dentro de la jurisdicion de las cinco leguas, aunque no sea hallada su persona, se pueda hacer la execucion en los dichos bienes por qualquiera de los Alcaldes ante quien se pidiere; y no siendo aquellos bastantes, mejorarse en los que tuviere fuera, con que esta mejora se haga por requisitoria y no en otra manera. Y otrosí ordenamos que en dicho caso de la sumision hecha á los Alcaldes de las nuestras Audiencias y Chancillerías con renunciacion de su propio fuero, aunque ni la persona, ni los bienes se hallen dentro de la jurisdicion de las cinco leguas, pidiendo la parte execucion del dicho contrato ante uno de los dichos Alcaldes, pueda proceder á ella, haciéndolo, como dicho es, por requisitoria; y que en ninguno de los dichos casos puedan enviar Juez executor, ni dar para este efecto nuestras cartas firmadas de todos, como dizque lo han acostumbrado: por quanto no queremos que se haga, ántes expresamente lo prohibimos y defendemos."

"Otrosí mandamos, que en los contratos y escrituras donde las partes se sometieren á la jurisdicion del Presidente y Oidores de las dichas nuestras Audiencias con renunciacion de su propio fuero, con cláusula de que puedan enviar, no cumpliendo, á costa del deudor con dias y salario executor; que si las personas, ó casos en que esto se hiciere, fueren tales, que por ser casos de corte, podian ser convenidos ante el dicho Presidente y Oidores en primera instancia, que en los tales casos y personas puede el nuestro Presidente y Oidores, pidiéndolo la parte, enviar executor para el cumplimiento y execucion del tal contrato, ó dar nuestras provisiones para que aquella se haga en su jurisdicion, segun que les pareciere mas conveniente á la buena y breve execucion de la Justicia; y queremos que esto mismo se guarde en el nuestro reyno de Galicia por el Regente y Alcaldes mayores del dicho reyno, para que contra las dichas personas, y en los dichos casos de corte en los contratos que hubiere la dicha sumision, renunciacion y cláusula, puedan proceder á la execucion segun dicho es, lo que puedan hacer el dicho Presidente y Oidores, pero que en los casos y personas que no fueren de corte, habiendo sumision y renunciacion de propio fuero, tan solamente puedan el dicho Regente y Alcaldes mayores proceder á la execucion, hallándose la persona, ó bienes del deudor dentro de las cinco leguas, y que con esta declaracion y limitacion se guarde la ley y ordenanza que en este caso estaba hecha y se contiene en esta Recopilacion; que es la ley 27 tit. 1 lib. 3 de esta Recopilacion. Y que otrosí en quanto toca al Regente, Jueces de Grados y Alcaldes de Quadra de la ciudad de Sevilla dentro del distrito y jurisdicion de la dicha Audiencia, en las escrituras en que hubiere la dicha sumision y renunciacion, se pueda proceder por qualquier de los Alcaldes ante quien se pidiere la tal execucion, por la forma y manera que de suso está dicho en los Alcaldes de las nuestras Audiencias y Chancillerías."

"Otrosí mandamos, que en quanto toca á los nuestros Alcaldes de los Adelantamientos, los quales segun lo que tenemos proveido y ordenado, no pueden en las causas civiles conocer, ni proceder fuera de las cinco leguas del lugar donde residieren con su Audiencia: que en los contratos

donde hubiere la dicha sumision con renunciacion de fuero, siendo las personas que así se sometieron y renunciaron, Señores de Jurisdicion, ó Justicias, ó Concejos, puedan proceder á la execucion dentro en el distrito de su Adelantamiento, aunque esten fuera de las cinco leguas; pero no siendo personas de la dicha qualidad, no puedan proceder en virtud de los tales contratos á la execucion, no se hallando las personas, ó bienes de los tales deudores dentro de las cinco leguas. Y que otrosí, en quanto toca á los otros Jueces y tribunales del reyno, mandamos que en virtud de los tales contratos con sumision y renunciacion no puedan proceder á la execucion, no hallándose la persona, ó bienes del deudor dentro en su jurisdicion, excepto si el tal reo que así se sometió, ó por razon del contrato que allí hizo, ó por razon de la paga que en tal lugar habia de hacer, ó por otra causa hubiese surtido el fuero de tal Juez á quien se sometió, que en tal caso pueda proceder á la execucion, aunque no se halle la persona y bienes dentro de su jurisdicion, haciéndolo por requisitoria. Y otrosí mandamos, que en virtud de las sumisiones generales que se suelen hacer, sometiéndose á qualquier fuero, jurisdicion y Juez ante quien fueren demandados, aunque haya renunciacion de fuero y qualesquier otras cláusulas, no pueda proceder sino tan solamente hallándose la persona ó bienes en la jurisdicion del Juez ante quien se pidiere la execucion. Todo lo qual así mandamos se guarde y cumpla por los dichos Jueces en los dichos casos y personas, segun que en esta carta, ley y pragmática nuestra se contiene, y no en otra manera, no embargante qualesquier cláusulas, posturas, ó condiciones, ó renunciaciones de esta ley, ó de otras que en los dichos contratos ó escrituras se hicieren y pusieren, porque no embargante aquellas, y qualesquier otras firmezas y cláusulas, queremos que se guarde y cumpla, y tenga la órden que dicha es, y ni se proceda, ni pueda proceder en otra." Esta ley es la que se observa sin embargo de que se renuncie.

32 Ha de contener tambien la escritura de obligacion, ó promesa de dar ó hacer alguna cosa la cláusula que llaman *guarentigia*, y es la siguiente: *y confiere amplio poder á los Señores Jueces de S. M. que deben conocer de este negocio conforme á derecho, para que le apremien á su cumpli-*

miento como por sentencia difinitiva de Juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida. Pues si carece de ella, no será executiva; bien que algunos AA. que cita Paz en su Práctica, (*a*) dicen que no es necesaria, porque de qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado eficazmente. (1) Para mayor seguridad del acreedor obligará el deudor su persona, sino es privilegiada, pues siéndolo no queda obligada, y si el Escribano sabiéndolo la obliga, será tenido por ignorante. Tambien obligará sus bienes, porque ellos aseguran mas el crédito que la persona. (*b*) Con dichos requisitos será executiva la escritura, y obligando el deudor su persona y bienes, se podrá proceder contra todo, sino goza de fuero que le liberte de ser preso: si obliga solamente sus bienes, solo contra ellos se deberá dirigir la accion, justificando tener los suficientes para satisfacer la deuda y no habiendo dolo, pues sino lo justifica, podrá ser preso, aunque no obligue su persona: á ménos que proteste en el contrato que de ningun modo quiere obligarla ni ser encarcelado por el débito. (*c*)

33 El acreedor que tiene hipoteca especial y general en los bienes de su deudor, puede segun derecho (*d*) trabar execucion en los que mas bien le parezcan sin necesitar hacer previa excusion en los obligados especialmente, con particularidad si la escritura en que se obligaron, contiene como se acostumbra y es conveniente poner en todas, esta cláusula: "y para mayor seguridad de esta deuda sin que la obli-

(*a*) Tom. 1 part. 4 cap. 1 nn. 9 y 10.

(1) Es en verdad cosa vana y ridícula decir que sin la cláusula guarentigia no tiene fuerza executiva el instrumento público, quando en ninguna de nuestras leyes se previene que sea necesario tal requisito. Dicho instrumento tiene la expresada virtud solo por ser público, de cuyo dictámen son Gómez, (ley 64 de Toro n. 4.) Parladorio (lib. 2 rer. quot. cap. fin. p. 1 §. 11 ampliat. 1.) y otros muchos AA. regnícolas. Así que, no he tenido ningun reparo en desterrar de nuestras escrituras la mencionada cláusula, ya por ser inútil, ya porque solo la ponen los Escribanos por estilo y sin noticia de los interesados, y ya porque los Jueces para despachar la execucion en virtud de un instrumento público no atienden á si se ha puesto ó no en él la cláusula guarentigia.

(*b*) Ley 25 ff. de Reg. jur. (*c*) Salgad. de Reg. prot. part. 2 cap. 4 nn. 143, &c. y 151. Siglienza de Claus. lib. 1 cap. 3 nn. 2 y sig. (*d*) Ley 8 ff. de Distract. pignor. Rodrig. de Ann. redit. lib. 2 q. 9 n. 19.

gacion general derogue ni perjudique á la especial, ni esta á aquella, pues de ámbas ha de poder usar el acreedor á su eleccion; hipoteca, especial y expresamente el otorgante á su responsabilidad, y á la de los salarios, costas y daños que por falta de un pago puntual se originen al acreedor, tal tierra (*ú otra cosa*) de tanta cabida que posee en tal parte, (*se expresarán sus linderos*) contra la qual quiere que el acreedor ó quien le represente, dirija la accion executiva que le compete, al mismo tiempo que contra los demas bienes suyos, ó segun le parezca, para que con mayor prontitud pueda reintegrarse no solo de su crédito principal sino tambien de todo lo expresado, &c." Pero no obstante se practica en los tribunales hacer primero la excusion en las hipotecas especiales, porque se presume ser bastantes para la total satisfaccion de la deuda, y porque de lo contrario puede seguirse perjuicio á otro acreedor posterior á quien no esten obligadas, que debe evitarse por equidad. (*a*) Tampoco necesita hacer excusion, quando es muy dificil ó intrincada, porque no se ha de exponer á gastar en hacerla tal vez mas que lo que importa su crédito; ni quando el deudor hizo concurso de acreedores, porque con este está hecha. (*b*)

34 Si la escritura contiene el pacto de no enagenar que es el siguiente: "y se obliga á no enagenar en ninguna manera la referida tierra á persona ó comunidad eclesiástica ni secular, sin participarlo primero al acreedor, á quien se ha hipotecado, y sin que este se halle satisfecho enteramente de su crédito, costas, salarios y daños que se le causen en su exâccion; pues de lo contrario ha de ser nula la enagenacion y no ha de pasar ningun derecho á tercero, quarto, ni á otro poseedor como celebrada contra este pacto, á cuya observancia obliga tambien especial y expresamente la mencionada tierra:" si contiene, digo, la escritura el pacto de no enagenar, podrá executar no solo al deudor sino tambien al tercero poseedor, sea eclesiástico, ó secular, (*c*) porque en virtud de este pacto es nula la enagena-

(*a*) Carlev. tit. 3 disp. 19 n. 10. (*b*) Olea de Ces. jur. tit. 7 q. 3 n. 38. (*c*) Sigüenza de Claus. lib. 1 cap. 3 y 4. Carlev. tit. 3 disp. 11 nn. 3 y 4.

cion y se contempla la cosa hipotecada en poder del deudor para el fin expuesto.

35 Suele pactarse en las escrituras de mutuo que el deudor ha de pagar lo que se le presta en la misma especie en que lo recibe, y es constante (regularmente hablando) que está obligado á ello, porque puede seguírsele perjuicio al acreedor; así como este no puede compelerle á pagarlo en otra que en la que se obligó, por la misma razon, aunque sino lo halla, cumple con entregarlo en diversa especie á arbitrio del Juez. Lo mismo procede, quando promete hacer alguna cosa, sino puede cumplirlo segun prometió, y en estos casos debe resarcir al acreedor el daño que se le haya originado por este defecto. (*a*) Mas si renuncia la ley 3 tit. 14 P. 5, de que he insertado lo conducente en el cap. 11 n. 39, y se obliga con juramento á cumplir literalmente lo pactado, estará obligado á ello; (*b*) pero el Escribano no autorice el contrato con juramento para no incurrir en pena.

36 Algunos acreedores reciben muchas veces los bienes de sus deudores en pago de sus créditos, y despues de entregados se presenta otro que por su escritura tiene mejor derecho á ellos: en cuya atencion para que el que los recibió primero no pierda el derecho que tiene contra los del deudor que pasaron á poder de otro acreedor, ni contra los de sus fiadores, ni se pueda alegar que por su recibo es visto haberse contentado con ellos y renunciado el derecho que le competia contra los demas, se ordenará la cláusula en esta forma: "por cuya paga y entrega ha de ser visto no apartarse el otorgante de la primera hipoteca que tiene contra los bienes de su deudor y de Pedro su fiador que se hubieren entregado á los demas acreedores, ó á tercero poseedor; pues dexa en su fuerza y vigor el derecho que le compete contra ellos, para usar de él, quándo, cómo y ante quien le convenga, caso que aparezca otro que le tenga mejor á los que acaba de recibir." De esta suerte podrá repetir contra los demas que se hayan dado á otro acreedor ménos privilegiado y en su defecto contra los del fiador.

(*a*) Ley 3 tit. 14 P. 5. Carlev. de Judic. tit. 3 disp. 3. (*b*) Gutierr. de Juram. confirm. part. 1 cap. 29.

37 Los menores que tienen tutor y curador, pueden constituir obligacion del modo que prescribe la ley 22 tit. 11 lib. 5 Rec. cuyo contenido es este. "Mandamos que agora ni de aquí adelante ningun hijo familias que esté debaxo del poder de sus padres, mayor ó menor, ni ningun menor que tenga tutor ó curador, sin licencia de los susodichos no pueda comprar, ni tomar, ni sacar en fiado por sí ni otros en su nombre plata, mercaderías ni otro ningun género de cosas, ni ningun platero, ni mercader, ni otra qualquiera persona se lo pueda vender, ni dar en fiado sin la dicha licencia; y qualesquier contratos y fianzas, y seguridad y mancomunidad que sobre ello se ficieren, y ordenaren con qualesquier cláusulas y firmezas en qualquier manera, todo sea ninguno, y por virtud dellos no se pueda pedir en juicio, ni fuera de él en ningun tiempo cosa alguna á los dichos hijos familias, ni menores, ni á sus fiadores, ni principales pagadores, ni á otras qualesquier personas que por ellos se obligaren, ó en su nombre lo sacaren y tomaren, y sean libres de todo ello; y porque para defraudar lo de suso contenido, se procurará que los dichos contratos y fianzas se juren para su validacion, y por ser contratos prohibidos por esta nuestra ley, y dissimulados y dolosos, y fechos en grande daño, y fraude y perjuicio de los dichos hijos familias y menores, mandamos á los dichos mercaderes y plateros y otras qualesquier personas de suso declaradas, que no fagan otorgar los dichos contratos, ni trayan á ninguna de las dichas personas á que los juren, ni los dichos hijos familias, ni menores no los otorguen, ni juren, sopena que pierdan sus oficios, y no puedan mas usar dellos de aí adelante: y asimismo los dichos mercaderes demas de perdimiento de sus oficios, incurran en pena de cien mil maravedís. Y otrosí porque assimismo somos informados que assimesmo las personas que son mayores, ó menores que no estan debaxo de poderío paternal, ó tutor, ó curador, toman en fiado para quando se casaren, ó heredaren, ó succedieren en algun Mayorazgo, ó para quando tuvieren mas renta ó hacienda, mandamos que no lo puedan facer, ni ningun mercader, ni platero, ni otra persona alguna de qualquier estado ó condicion que sea, no den en fiado, ni presten dineros, plata, oro, ni ningun género de merca-

durías para lo pagar en los casos susodichos y tiempos inciertos; y los contratos que sobre ello se ficieren, ó fianzas, ó seguridad, sean ningunas en la manera susodicha; y mandamos á los dichos mercaderes y plateros, y otras qualesquier personas y Escribanos que no den lugar que se otorguen, ni juren, so las mismas penas de suso declaradas al que lo contrario ficiere; y porque los mercaderes, plateros, y corredores, y otras personas que intervienen en sacar, ó tomar en fiado plata, ó otras mercaderías para las otras personas que no estan prohibidas por lo susodicho tomarlas en fiado, tornan á recobrar en baxos precios la dicha plata y mercaderías por les dar el dinero en contado por ellas, mandamos que los dichos mercaderes y plateros por sí, ni por otras interpósitas personas para ello *directè* ni *indirectè* no tornen á recobrar lo que assi dieren en fiado, so pena que lo hayan perdido, y demas de esto incurran en perdimiento de sus oficios, y mas cada uno en cincuenta mil maravedís: de todas las quales dichas penas la tercia parte sea para la nuestra cámara, la otra para el Juez que lo sentenciare, la otra para el que lo denunciare; y mandamos á todas las Justicias de nuestros reynos y señoríos compelan, y executen todo lo susodicho en esta nuestra ley contenido contra cada una de las personas que contra lo en ella y en qualquier parte della contenido contraviniere."

38 Para mayor inteligencia de las facultades de los menores que no tienen padre, y para excusar dudas al Escribano, digo que el menor, ó es pupilo, ó no: si lo es, será nula é ineficaz la obligacion que contraiga, aunque la jure, excepto en lo que se le siga utilidad, y no podrá ser reconvenido en juicio: si salió de la edad pupilar y tiene tutor ó curador, no puede sin su licencia ó concurrencia recibir prestado ni celebrar otro contrato, y aunque le celebre y jure, no vale y por consiguiente no quedan obligados á su cumplimiento ni él, ni sus fiadores, pagadores principales, ni bienes; pero si concurre, ó se la concede, es válido el contrato y debe cumplirle, sin que se necesite licencia de Juez ni informacion de utilidad para otorgarle; bien que si es leso en él, gozará del beneficio de la restitucion por entero que se le concede por su fragilidad y falta de experiencia, y por el dolo de su adversario, aunque contraiga con

la autoridad de su curador; (a) y del qual puede aprovecharse dentro de los quatro años siguientes á los 25 de su edad y no despues, porque es visto aprobarle y ratificarle con su silencio: lo qual se entiende á ménos que se pruebe que la lesion fue casual, que no provino de la menor edad, y que aunque hubiese sido mayor, la habria padecido, y no hubiera podido haber hecho mas en su utilidad; ó que jure no reclamar el contrato por razon de lesion, menor edad, ni otro motivo, y renuncie el beneficio legal de la restitucion, en cuyos casos no tiene accion para pedirla, sino es que la lesion sea enormísima, y preceda relaxacion del juramento para comparecer en juicio sin ser perjuro: cuya relaxacion ha de pedir ante el Juez Eclesiástico, quien si es el Diocesano, puede concedérsela citando previamente á la parte contraria, y si es el Nuncio, sin necesidad de citarla. Y el juramento le ha de hacer el menor, pues el que hace su tutor por él, no sirve, á causa de que como personal obliga solamente á quien le hace, y no á la persona en cuyo nombre se jura el contrato ó acto, á no ser que esta dé poder especial para ello, y así es necedad poner el del tutor por el menor, como algunos ignorantes lo hacen, persuadidos de que surte el mismo efecto que si el menor le hiciera. Sino tiene curador, es igualmente válido el contrato que celebre por sí solo, sea, ó no jurado, aunque con el juramento será mas firme; pero gozará en los propios términos del mismo beneficio. Si quiere enagenar sus bienes muebles no preciosos, aun quando no sean de su patrimonio, y tiene curador, ha de concurrir este, ó su licencia formal por escrito á la enagenacion para que valga, y sino le tiene, ni es pupilo, valdrá sin ella no habiendo lesion; pero siendo preciosos, (se estiman por tales los que guardándose pueden conservarse mas de tres años) ó alhajas de oro, plata, diamantes, &c. ó raices, debe intervenir licencia de Juez, aunque esté casado, y hacerse constar que hay necesidad grave, ó se le sigue utilidad de su enagenacion; pero sin embargo de todo, si es leso, le compete el propio beneficio. Para obtener dicha licencia se puede acudir al Juez del domicilio del menor, ó al de su orígen, ó al del lu-

(a) Ley 45 ff. de Minorib. Lara de Vit. hom. cap. 25 nn. 1 y 2.

gar en que está la finca, si el curador es universal, porque sino lo es, ha de acudirse al Juez del pueblo en donde aquella existe; y lo mismo milita para acensuar, ó gravar los raices, renunciar, ó dexar de adquirir alguna cosa inmueble que se le lega, ó dona, y en otros casos que traen los AA: todo lo qual es conforme á derecho (*a*) y lo que se practica. Si el menor litiga con otro á quien compete el privilegio de restitucion, no le tendrá entónces, sino es que trata de evitar algun daño y el contrario de percibir algun lucro; (*b*) pues en otros términos no goza de privilegio el privilegiado contra el que igualmente lo es.

39 Está prohibido á los Corregidores, Alcaldes mayores y á otros Jueces inferiores conceder licencia ó habilitar á los menores de 25 años no casados para administrar sus bienes pena de privacion de oficio, porque esto toca privativamente al Rey y en su Real nombre al Consejo, (*c*) ante quien deben comparecer personalmente á pedirla, y si pretenden dispensa de la comparecencia, no han de admitir sus peticiones los Escribanos de Cámara, sino es que haya causas muy urgentes y relevantes, en cuyo caso han de dar cuenta al Señor Consultante para que las proponga al Consejo, á fin de que en su vista la dispense, pues suele concederse por cierto servicio pecuniario; y si son mugeres, queda al arbitrio del Señor Consultante hacerlas comparecer, ó no. (*d*). Las dispensas de comparecer en el Consejo los Escribanos á exâminarse, ó de edad toca á la Cámara consultarlas á S. M. (*e*) Para impetrar la licencia ó venia ha de tener el varon 20 años y la hembra 18 acreditándolo así con su partida de bautismo. Tambien han de acreditar que son hábiles para la administracion con informacion judicial, y despues de impetrada han de presentarla al Juez de su domicilio, para que le conste y evacue lo que el Consejo le ordene en ella. Así se exímen de la potestad de su curador, y no necesitan de su licencia ni intervencion para administrar sus bienes ni celebrar otros contratos semejantes, y que-

(*a*) Leyes 59 tit. 18 P. 3, 4 tit. 11. P. 5, el tit. fin. de la P. 6, y ley 22 tit. 11 lib. 5 R. Véase á Matienzo en sus diez glosas, á Góm. lib. 2 Var. cap. 14 especialmente en los nn. 12, &c. y 16, y á Ayllon. (*b*) Covar. Pract. quæst. cap. 7 n. 4. (*c*) Auto 26 tit. 5 lib 3 R. (*d*) Auto 34 tit. 19 lib. 2 R. (*e*) Auto 92 tit. 4 lib. 2 R.

dan obligados eficazmente; pero la venia no les quita el privilegio de restitucion, ni se extiende á mas que á la administracion, sino es que se especifique en ella, por manera que no pueden vender, ni gravar sus bienes inmuebles sin licencia judicial, ni hacer otras cosas que estan permitidas solamente á los mayores de 25 años. (*a*) Si el varon se casa ántes de los 18, puede administrar su hacienda y la de su muger sin necesidad de venia en entrando en ellos; (*b*) mas si la necesita para poderlo hacer ántes de cumplirlos, porque aunque por el casamiento y velacion sale de la patria potestad en todo, sea útil, sea perjudicial, y hace suyo el usufructo de sus bienes y todo lo que adquiere; no por esto se constituye mayor ni capaz, y así por estar casado y permitirle la ley la administracion despues que cumplió los 17 años, no le habilita para lo demas, ni tampoco le priva del beneficio de la restitucion en los contratos ni en los juicios, de suerte que se le permite decir de nulidad de todos los actos en que no interviene su curador, y ha de proveerle el Juez de este para seguir algun pleyto, aunque sea Doctor ó Letrado. (*c*) Tampoco puede vender ni gravar sus bienes raices sin decreto del Juez, aunque sí celebrar otros contratos, y así se practica.

40 Tocante á los Clérigos, en el cap. Odoardus 3 de solutionibus se dispone que ninguno sea reconvenido ni molestado en mas de lo que pueda pagar, y que el Juez que conociere de la causa reciba de él la competente caucion de que si viniere á mejorar fortuna, pagará el débito. Ademas en el cap. Suam 9 de pœnis se manda que si el Clérigo se impone pena para que se le exija en caso de ser moroso en satisfacer el débito al plazo estipulado, no incurra en ella ni se le pueda estrechar á pagarla, aunque dentro de este no le satisfaga enteramente. Estos capítulos que muchos Escribanos confunden haciendo de dos uno con decir: *Y renuncia el capítulo Odoardus suam de pœnis de solutionibus ó de absolutionibus*; no puede renunciarlos ningun Clérigo por haberse establecido en favor del estado sacerdotal, y así es inútil

(*a*) Góm. lug. cit. n. 12. Gutier. de Tut. part. 1 cap. 16 n. 19. Vela dissert. 6. (*b*) Ley 14 tit. 1 lib. 5 R. (*c*) Vela dissert. 5 y 6 n. 43. Cevall. q. 805. Narbon. de Ætate ann. 17 q. 8.

la renuncia que se haga de ellos, como lo es la de su fuero. (a)

41 No debe el Clérigo someterse al Juez lego aun con consentimiento de su contrario, (b) ni á otro Juez eclesiástico que al suyo sin permiso de su Obispo: (c) ni ser reconvenido sino ante este, (d) á no ser que la cosa litigiosa se halle en la provincia de aquel ante quien es demandado, ó haya cometido delito en ella, en cuyos dos casos es Juez competente para su conocimiento. (e) Tampoco debe deponer como testigo ante el Juez Secular en causas criminales, aunque sí en las civiles, con tal que preceda licencia de su Obispo, (f) quien por testificar sin ella puede imponerle pena arbitraria; bien que valdrá su deposicion espontanea. (g)

42 Los hidalgos no deben ser presos por deuda, á ménos que sea del Rey, ó proceda de delito, ó quasi delito, ni se han de prendar por ella las casas de su morada, ni sus caballos ni armas, ni han de ser puestos á tortura ni obligados á pechar, aunque sea de los bienes que compran á pecheros, (h) ni condenados á desdecirse de injuria verbal que hayan hecho, aun quando sea de las exceptuadas, pues cumplen con pagar en pena quinientos sueldos: (i) ni tampoco han de renunciar las preeminencias que se les han concedido, y si lo hacen, á mas de ser nula la renuncia incurre el Escribano que autoriza el contrato en pena de diez mil maravedís; (k) pero el privilegio de hidalguía en nada favorece al mercader, recaudador, mayordomo de concejo, ni á otro alguno que se alza con sus bienes, para eximirle de la pena de este delito, ni para otra cosa, ni caso, (l) ni al que comete crímen de lesa Magestad. (m)

(a) Cap. 11 de Foro compet. y cap. 36 de Sentent. excommunic. Si el Clérigo renuncia el capítulo *Odoardus* obligándose con juramento á no usar de su beneficio y á pagar la deuda, es questionable si podrá, ó no ser preso por esta, sobre lo qual véase á Gutierr. de Juram. confirm. part. 1 cap. 17 nn. 31 y sig., y á Gonzal. lib. 3 Decretal. tit. 23 de Solutionib. (b) Cap. 12 cit. de Foro compet. (c) Cap. 18 de Foro compet. (d) Cap. 1 del mismo tit. (e) Cap. 3 del mismo tit. Carlev. de Judic. tit. 1 disp. 2 q. 8 sect. 2 nn. 1055 y sig. (f) Cap. Testimonium 11 q. 1, cap. Super prudentiam y cap. Quamquam 14 quæst. 2. (g) Ferr. Biblioth. verb. Clericus, art. 8 n. 27. (h) Leyes 13 tit. 7 lib. 2, 9 tit. 1, 3, 4, 5, 6, 10, 13 y 14 t. 2, y 14 t. 14 lib. 6 R. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1 cap. 16. (i) Ley 2 tit. 10 lib. 8 R. (k) Ley 14 tit. 2 lib. 6 R. (l) Ley 4 tit. 19 lib. 5 R. (m) Leyes 24 tit. 21 P. 2, y 4 tit. 2, y auto 11 tit. 4 lib. 5 R.

43 Los criados del Rey, Abogados, Maestros de primeras letras aprobados en esta corte, Médicos y demas personas que gozan del fuero de universidad y exercen algun empleo de carrera literaria, no deben ser presos por deuda que no sea Real, ó no dimane de delito ó quasi delito: (a) lo qual tiene tambien lugar en los Militares respecto á la que contraxéron despues de estar sirviendo al Rey, á ménos que sea del fisco; y no han de ser prendados sus caballos, armas, vestidos, ni los de sus mugeres, ni se ha de afrentar á sus Oficiales, por lo qual ha de dexárseles lo necesario para su decente mantenéion, (b) en cuya atencion se practica hoy embargarles la tercera parte de su sueldo solamente para que de ella se vaya cobrando el acreedor; y lo mismo sucede con qualquiera juez, Ministro, ó Oficial Real ó público. Los Secretarios del Rey gozan de muchos privilegios personales que menciona el Licenciado Don Francisco Bermúdez de Pedraza en su libro intitulado, *El secretario del Rey*, y no deben ser presos por deuda que no dimane de delito ó quasi delito, ó toque al fisco. Y los criados del Rey no pagan décima de las executiones que se despachan contra ellos.

44 Los Caballeros de las quatro Ordenes Militares que son las de Santiago, Calatrava, Alcántara y Montesa, estan sujetos á la jurisdiccion ordinaria en sus causas civiles y en las criminales en algunos casos, especialmente en aquellos en que no delinquen como tales; (c) y si exercen empleo militar, lo estan en quanto á sus causas á S. M. y no al Consejo de las Ordenes; (d) y ninguno debe ser encarcelado por deuda que no sea Real, ó no dimane de delito ó quasi delito. (e)

45 Los labradores en ningun tiempo del año deben ser executados en sus bueyes, mulas, ni otras bestias de arar, ni en los aperos ni aparejos destinados para labrar, ni tampoco en sus sembrados ni barbechos excepto por deudas Reales, por rentas de las heredades, ó por lo que el dueño de estas les dió para hacer la labor, y aun en estos tres casos han de carecer de otros bienes; y si no tienen mas que un

(a) Auto 34 tit. 7 lib. 1 R. Cur. Philip. Jurid. exec. §. 16. (b) Auto 11 tit. 4 lib. 6 R. y ley 3 tit. 27 P. 3. Carlev. de Judic. tit. 3 disp. 18. (c) Auto 9 tit. 2 lib. 4 R. (d) Auto 11 tit. 1 lib. 4 R. (e) Carlev. de Judic. tit. 2 disp. 2 sect. 3 nn. 408 y sig. trata de todo esto latamente.

par de bueyes, en ninguno de ellos ni en otro alguno ha de ser embargado. (a) Tampoco deben ser presos en el mes de julio y siguientes hasta fin de diciembre, ni en ningun tiempo del año por deuda que no proceda de delito ni quasi delito, y el Juez ó Executor que contravenga á algo de lo que se ha expuesto, incurre en suspension de oficio por un año, el acreedor que lo pide pierde por lo propio la deuda y el labrador queda libre de ella. Asimismo no deben renunciar su fuero, ni ser reconvenidos sino en el de su domicilio, ni someterse á otro Juez que al Corregidor realengo mas cercano, y en los lugares eximidos, al de la cabeza de jurisdiccion de donde se eximieron, por manera que las escrituras que otorguen contra sus privilegios, son nulas. Ademas no se han de tomar sus carros, carretas, ni bestias sino para el Real servicio. (b)

46 No deben ser visitados en los meses de junio, julio ni agosto, (c) ni reconvenidos en ellos por deudas, aunque sean Reales, (d) ni executados en el pan que cogen de sus labores hasta que le tienen entrojado, en cuyo caso no se ha de vender á ménos de la tasa, y no habiendo comprador se ha de hacer pago con él al acreedor. Fuera de esto en ningun tiempo del año se les puede prender por deuda que no provenga de delito, sino que sea de las contraidas ántes de ser labradores, ni estan obligados á volver el pan que se les presta para sembrar, ú otras necesidades, en la misma especie, pues cumplen con satisfacerle en dinero segun la tasa. (e) Tambien se les deben reservar cien cabezas de ganados, las quales no pueden embargarse sino por diezmos ó por el alimento del ganado; (f) y fuera de estos casos, ó del de contribucion de hermandad, qualquier Merino, Executor, ó persona que los executare, debe ser castigado por los Alcaldes de la Hermandad. (g) Finalmente á favor de los labradores, artesanos y menestrales se ha expedido una pragmática inserta en la segunda parte, adonde remito al lector. (h)

(a) Ley 25 tit. 21 lib. 4 R. (b) Dicha ley 25 y Real pragmática de 27 de mayo de 1786 (c) Ley 41 tit. 6 lib. 3 R. (d) Cap. 5 y 7 de la Real cédula é instruccion de 13 de marzo de 1725 puesta á continuacion del auto 26 tit. 9 lib. 3 R. (e) Ley 28 t. 21 lib. 4 R. mandada guardar por una provision de 26 de marzo de 1764. (f) Ley 29 tit. 21 lib. 4 R. (g) Ley 25 tit. 13 lib. 8 R. (h) Lib. y cap. 3 n. 8.

47 Para desvanecer y extirpar el craso error que padecen muchos Escribanos en creer que las mugeres no pueden obligarse, y muchos Visitadores de ellos en hacer cargos injustos por no haber puesto la renuncia de las leyes del Senado consulto Veleyano en las escrituras que otorgaron, sin distinguir quales requieren renuncia y de qué leyes, procediendo con ignorancia y con fines indecorosos; debo prevenirles que la muger mayor de 25 años que no está casada ni baxo la patria potestad, y tiene la libre administracion de sus bienes; puede otorgar contratos y obligarse como principal, del mismo modo que qualquiera hombre sin diferencia ni necesidad de obtener licencia, ni permiso de nadie, en cuya atencion puede comprar, vender, trocar, ceder, transigir, donar, tomar y dar prestado, comparecer en juicio, y hacer otros contratos, sin que le competa el auxílio del Senado consulto Veleyano, ni otro alguno civil, canónico, ni Real, puesto que en todo lo dicho atiende á su propio interes y no al ageno. (*a*)

48 Tampoco le compete, quando se obliga por su acreedor, ó consiente en ser reconvenida por lo que este debe, como lo dicen algunas de las leyes citadas: en cuyos casos ninguna civil ni Real tiene que renunciar, y así debe celebrar el contrato con las cláusulas y firmezas que qualquiera hombre libre, capaz y mayor de 25 años que por sí propio se gobierna, sin la menor diferencia, todo lo qual confesará; y si lo confiesa y consta luego lo contrario, por ser menor, ó por estar privada de la administracion de sus bienes por alguna causa legal, no le competirá el auxílio de la menor edad ni otro alguno, porque las leyes favorecen á los engañados, no á los engañadores; (*b*) y lo propio milita en el varon que es menor, ó tiene la expresada prohibicion.

49 Pero sí le compete saliendo por fiadora de alguna persona, porque ademas de varias leyes del código y digesto que se contienen en el título citado, se lo prohibe serlo una de Partida; (*c*) y esto procede, aunque sea la madre por sus hijos, la hija por sus padres, y la muger por su ma-

(*a*) Esto es evidente en la ley 2 Cod. ad Senatuscons. Vellejanum y otras del mismo tít. en el código y digesto. (*b*) Ley 6 tit. 19 P. 6. (*c*) La 2 tit. 12 P. 5.

rido, (a) ó por otra muger; pues como por la fianza nada se le quita ó pierde de presente, se la puede persuadir ó engañar con facilidad y quedar indotada. Así que, será nula su fianza, excepto en varios casos que se expresarán en el cap. sig. n. 4, en los quales tampoco tiene que renunciar ley alguna, porque léjos de favorecerla la tienen por obligada; pero fuera de ellos es preciso que renuncie las que se mencionarán en los nn. 56 y 58, ó que el contrato se corrobore con juramento, para que lo quede y se le pueda demandar; bien que entónces si es casada, se la amparará en la mitad de su dote, no siendo el fisco su acreedor, porque conviene que las mugeres no esten indotadas, para que se casen y se aumente la poblacion.

50 Aunque la muger soltera ó viuda mayor de 25 años, contrayendo como principal, queda obligada á observar el contrato y puede procederse contra sus bienes por la deuda ú obligacion constituida; no ha de ser presa por ella, sino es que provenga de delito ó quasi delito, ó que sea una prostituta pública: (b) cuyo privilegio concedido al bello sexô es inútil renunciar. Así pues, no obstante poder ser encarcelado el tutor por el alcance de la tutela, no se extiende esta pena á la madre y abuela que son tutoras de sus descendientes, por dicha razon y por la veneracion que estos deben tenerles; bien que algunos AA. dicen que tendrá lugar en caso de renunciar las leyes que les favorezcan. Pero si los descendientes no estan baxo el poder de sus ascendientes, pueden demandarles la hacienda que les retienen y no quieren entregarles, precediendo la venia necesaria por derecho. (c)

51 La muger casada puede tambien contraer, obligarse como principal y comparecer en juicio, aunque ha de tener licencia expresa y no tácita de su marido; (d) pues sin ella es nulo quanto practique en juicio ó fuera de él, aun quando se haga juramento, porque este solo da valor al acto que puede ceder en perjuicio del que le celebra; (e)

(a) Leyes 1, 3 y 8. Cod. y 1 y 32. §. fin. ff. ad Senatusconsultum Vellejanum. (b) Ley 62 de Toro que es la 10 tit. 3 lib. 5 R. (c) Ley 3. t. 2 P. 3. (d) Ley 55 de Toro que es la 2 tit. 3 lib. 5 R. Paz in Praxi tit. 2 part. 1 tiempo 2 nn. 27 y 28. (e) Góm. ley 55 cit. n. 8. Gutier. de Ju-

y si el marido se la da únicamente para obligarle á él é hipotecar sus bienes, no es suficiente para que ella pueda obligar tambien los suyos, ni se entiende dársela tácitamente, como algunos creen, porque el poder ó licencia no debe ampliarse á cosas de que no trata. Asimismo se prohibe á la muger casada repudiar sin dicha licencia herencia ninguna por testamento ó abintestato, y aceptarla, á ménos que sea con beneficio de inventario. (*a*)

52 El marido puede conceder á su muger licencia especial para una cosa ó contrato, ó general para todos, (*b*) ya sea en el mismo instrumento, ya sea en otro separado. Si lo hace en el mismo instrumento, le firmará, ó un testigo por él á ruego suyo, si no sabe escribir, expresándose así en la conclusion, y de la concesion dará fé el Escribano, poniendo la cláusula de esta suerte: "En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos María de tal, muger de Juan de tal, vecinos de ella, usando de la licencia marital que el derecho previene, (ó que prescriben las leyes del Fuero Real y la 55 de Toro que las corrobora) y de cuya concesion y aceptacion doy fé = Dixo, &c." bien que para darla es indispensable tambien que al tiempo del otorgamiento pregunte á la muger, *si pide licencia á su marido para él, y á este si se la concede*, porque de no hacerlo así seria fé falsa. Si se la da en otro instrumento, debe insertarse en el que otorgue la muger en su virtud para documentarle, y entónces no necesita el Escribano dar fé en este de la concesion. Puede asimismo el marido ratificar especial ó generalmente lo que hubiere practicado sin ella. (*c*) Ademas no queriendo dársela, ha de apremiarle á ello el Juez, y si se resiste, está ausente del pueblo y no se espera pronto su regreso, ó corre peligro su tardanza, ha de concedérsela con prévio conocimiento de si le es útil ó necesaria la celebracion del contrato, y no perjudicial al marido, y valdrá lo que haga con ella del mismo modo que si éste se la hubiera dado: (*d*) lo qual pro-

ram confirm. part. 1 c. 1 n. 34. Matienz. ley 2 tit. 2 tit. 3 lib. 5 R. gl. 1 n. fin. Véase el c. 1 nñ. 112 y sig. (*a*) Ley 54 de Toro que es la 1 tit. 3 lib. 5 R. (*b*) Ley 56 de Toro que es la 3 tit. 3 lib. 5 R. (*c*) Ley 58 de Toro que es la 5 dich. tit. y lib. (*d*) Leyes 57 y 59 de Toro que son las 4 y 6 dich. tit. y lib.

cede tambien, quando el marido es loco, furioso ó mudo, ó se halla banido ó encartado, (a) (1) en cuyo último caso si la muger tiene hijos menores, y quiere percibir, ó cobrar, pagar y contratar en los negocios que su marido manejaba, deberá mandar el Juez que intervenga en ello su curador, para lo qual se le nombrará, ó ha de habilitarla precediendo la competente informacion de ser apta y juiciosa para gobernar, y asenso del curador nombrado á su marido, á quien comunicará su pretension; y si hay algunos hijos casados, debe intervenir el beneplácito de ellos. Mas si todos los bienes son de la muger, no es necesario nada de esto, porque á nadie perjudica sino á sí propia, y los hijos no pueden impedirle su uso miéntras viva, debiendo contentarse con los que les dexe. Y puesto que toca al marido la administracion y usufructo de los bienes dotales de su muger, para no ser perjudicado en este, es muy buena cautela decir en la concesion: *Que le da la licencia para celebrar el contrato sin perjuicio suyo en quanto á los bienes dotales y sus frutos.* Con esta cláusula, aunque el contrato sea válido, solo podrá hacerse execucion en los bienes parafernales de la muger. (b)

53 Pero no necesita la muger la expresada licencia, quando litiga ó contrata con su marido en los casos que permite el derecho y que refiere Gómez; (c) es á saber, en todos los contratos onerosos: quando le da poder para tratar y contratar, porque darle poder y concederle licencia es todo uno: quando ella confiere poder á su marido, esté presente ó ausente, para enagenar, gravar ú obligar sus bienes, ó para que en su nombre efectue otros contratos, pues por la aceptacion y uso del poder le concede la licencia, y los aprueba: quando usa contra él de sus acciones civiles ó criminales: quando hace contrato que le es útil, ó

(a) Matienzo dich. ley 66 glos. 1 y 4. Covar. lib. 2 Var. cap. 6 n. 8 vers. Item Salg. Labyr. part. 1 cap. 8 n. 30.

(1) Dábase antiguamente el nombre de banido al delinqüente llamado por pregones, y el de encartado al que llamado tambien por pregones para responder á alguna querella ó acusacion, y no venia al emplazamiento del Juez, prohibia este entrar en el pueblo de su domicilio ó de su naturaleza.

(b) Carlev. de Jud. tit. 3 disp. 19 n. 14. (c) Lib. 2 Var. cap. 2 n. 3.

protestas y reclamaciones para no ser perjudicada: quando ámbos juntos ó de mancomun otorgan alguno con tercero, pues por el mismo hecho es visto dársela, aunque no se exprese: quando exerce públicamente con su consentimiento algun oficio como de comadre, mercadera, &c. y tiene que celebrar los contratos concernientes á él, porque de la permision de su exercicio que es lo principal, se infiere necesariamente la de hacer contratos que es lo accesorio: quando celebra alguno con tercero en presencia de su marido, y este inteligenciado de él no le contradice; (*a*) y quando está obligada á formalizar algun contrato, v. gr. por mandato del testador que la instituyó heredera, ó por otra causa necesaria, ó para otorgar escritura del capital de su marido, en cuyo caso tampoco necesita hacer el juramento, si precedieron capitulaciones ó pactos, porque en virtud de estos tiene obligacion de otorgarle, á mas de ser justo. (*b*) En todos los casos expresados es superfluo que el Escribano ponga en la escritura la licencia del marido, y fuera de ellos no incurrirá en pena por omitirla, á causa de que ninguna ley se la impone, ni prohibe que le autorice sin ella, como creen algunos poco instruidos, aunque para que el contrato no se anule, ni se siga este perjuicio á los contrayentes, procurará que no se le olvide.

54 Si la muger casada es menor de 25 años, y concurre á algun contrato en que haya de hipotecar, ceder ó enagenar sus bienes, debe el marido pedir al Juez que le nombre curador, para que intervenga en la celebracion de aquel; (*c*) y aunque la ley 47 de Toro la tiene por emancipada en todas las cosas para siempre, esto solo sirve para que su padre no tenga poder sobre ella, ni vuelva á tenerle despues que enviude, mas no para que sea tenida por mayor de dicha edad y capaz de gobernarse, y pueda contraer sin intervencion de curador. No obsta alegar que la

(*a*) Sobre este punto hay variedad de opiniones y puede verse á Paz in Praxi tit. 1. part. 1. tiempo 2 nn. 27 y 28. (*b*) Gom. ley 55 de Toro nn. 2, &c. y 7. Matienzo, en la 2 tit. 3 lib. 5 R. glos. 1, 2, 3, 4 y ult. y en la 3 glos. 1. (*c*) Véase la ley 3 tit. 17 P. 6 que solo en este caso puede tener hoy lugar, por ser el marido administrador de todos los bienes de su muger, y tener que volver estos ó su importe. Véase tambien á Gutier. de Tutel. part. 1 cap. 20 nn. 30 y sig.

licencia marital es suficiente y suple todo lo necesario para la validacion del contrato, porque esta es precisa aun siendo de edad provecta, por varias razones que traen los AA. á quienes me remito.

55 Otras leyes tiene á su favor la muger casada que son las 7, 8 y 9 t. 3 lib. 5 R. de las quales la primera manda que ni ella ni sus bienes esten obligados por la fianza que haga su marido: la segunda, que no sea presa por las deudas de este, aunque toquen al Rey; y la tercera, que es la 61 de Toro, que no pueda obligarse como fiadora de su marido, aun quando se diga y alegue que la deuda se convirtió en su utilidad; y que quando marido y muger se obliguen de mancomun en un contrato ó en diversos, á nada quede obligada, sino es que se pruebe haberse convertido la deuda en su provecho, en cuyo caso ha de pagar á prorata del que se le siguió, no consistiendo este en las cosas que el marido tiene obligacion de darle, como comer, vestir y otras necesarias, excepto que la tal fianza y obligacion de mancomun sea por pechos ó derechos Reales.

56 Debe el Escribano estar bien instruido de las referidas leyes, enterar á la muger casada de las 61 de Toro y 2 tit. 12 P. 5, para que si se obliga como fiadora de su marido ó de otro, ó concurre con él como principal á la celebracion del contrato, sepa lo que renuncia, y á que se obliga; y dar fé de ello, caso que no exprese en la escritura el contenido de ellas, pues expresándolo, que es lo mas seguro para que no se alegue ignorancia, es superfluo darlo. (*a*) Si da semejante fé sin haberla enterado de lo prevenido en dichas leyes, á mas de que se le podria cortar la mano por falsario, quedará infamado para siempre, (*b*)(1) y constando su ignorancia por declaracion que se le tome de lo que mandan, ó prohiben las leyes cuya renuncia pone, como lo he visto practicar, se declarará nulo el contrato, y estará obligado á resarcir á la muger

(*a*) Véase la cláusula puesta en el n. 58. (*b*) Ley 16 tit. 19 P. 3.

(1) No vemos que ni aun por mucho mayores delitos se impongan tales penas á ningun Escribano. La suavidad de costumbres y la ilustracion, como ya se ha dicho, han mitigado mucho el rigor ó la crueldad de las leyes criminales antiguas.

casada y á los interesados con quienes contraiga, el daño que se les origine, pudiendo aquella disculparse con que no se le instruyó ni supo lo que renunció. (a) De las demas leyes expresadas en los números anteriores no necesita instruirla, porque nada dicen en quanto á quedar obligada por contrato, y así basta que renuncie la 61 de Toro, si se obliga con su marido ó por él, y la 2 tit. 12 P. 5, si es fiadora de otro. Siendo soltera y obligándose como principal, por serlo realmente, ninguna tiene que renunciar, porque ninguna la favorece; pero si es fiadora, debe renunciar solamente la 2 cit. que prohibe á las mugeres el serlo.

57 En todos los contratos de mugeres acostumbran los Escribanos poner indistintamente renuncia de las leyes del Emperador Justiniano, del Senadoconsulto Veleyano, de Toro, Madrid y Partida, sean solteras ó viudas, Monjas ó seglares, ya se obliguen como principales, ya como fiadoras, manifestando así su grande ignorancia hija de su inaplicacion. Por lo que hace á las primeras, una vez que hay leyes Reales ya citadas, establecidas á su favor, no se debe hacer mencion de ellas, pues las del derecho romano no tienen en España fuerza de leyes, ni han de llamarse así sino autoridades y dichos, ó sentencias de sabios fundadas en razon que solo pueden seguirse en defecto de ley, y en quanto son conformes á nuestro derecho Real y se ayudan por el natural, como lo dice el auto 1 tit. 1 lib. 2 R. En órden á las de Toro y Partida han de renunciarse solo en los casos explicados en el núm. anterior y en el 49, atendiendo á si es ó no casada la muger, á si es obligada principal ó fiadora; pues hacer igual renuncia en todos los casos, es un absurdo, ya por no haber leyes que traten de ellos, y ya por no venir al intento. Tocante á las de Madrid ninguna se ha de renunciar, porque no hablan de contratos de mugeres, sino de que no anden con la cara tapada. (b) Así pues, me admira sobremanera que en vista de la expresada decision y de que tenemos leyes patrias, no hayan extirpado los Jurisconsultos este y otros errores de los Escribanos que como ignorantes se gobernaron por la fórmula anti-

(a) Ley 31 al fin tit. 14 P. 5. (b) Véanse las leyes pen. y últ. t. 3 lib. 5 Rec.

quísima que ántes de la creacion de nuestras leyes ordenaron los que no las conocieron.

58 Suelen muchas veces las mugeres casadas celebrar contratos conminadas y violentadas por sus maridos, y aun algunas veces que no lo son, alegan que lo han sido por eximirse de la obligacion contraida. Por tanto, para que no les sirva esta excepcion, y no para otro efecto, ni porque se necesite para la validacion de los contratos, se corroborarán estos con juramento ordenándose en la forma siguiente: "Y la expresada María renuncia la ley sesenta y una de Toro que dice no pueda la muger ser fiadora de su marido, y que quando marido y muger se obligan de mancomun en un contrato ó en diversos, ó esta como fiadora de aquel, no quede obligada á cosa alguna, sino es que se pruebe haberse convertido la deuda en su provecho, en cuyo caso ha de pagar á prorata del que tuvo, no siendo de las cosas que el marido está obligado á darle; y ademas jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz tal como esta ✠ que para formalizar este contrato no la ha persuadido con eficacia, intimidado, ni violentado directa ni indirectamente el citado su marido, ni otra persona en su nombre, y que ántes bien le otorga de su libre voluntad, por haber de convertirse en utilidad suya: que no tiene hecho ni hará juramento de no enagenar ni gravar sus bienes, ni protesta ni reclamacion contra este instrumento por violencia, persuasion marital, lesion, ni otro motivo, mediante á no haber precedido para efectuarle; y si parecieren, las revoca y anula enteramente desde ahora: que de este juramento no ha pedido ni pedirá absolucion ni relaxacion á ningun Prelado eclesiástico, y que aunque de motu propio se las conceda, no usará de ellas pena de perjura. En cuyo testimonio así lo otorga, &c." Con la expresada cláusula y la licencia marital en los casos en que la necesitan, no podrán alegar que han sido violentadas, ni por consiguiente reclamar el contrato, aunque tengan hecho ántes juramento de no enagenar ni gravar sus bienes; pues si no le hacen y le tienen jurado, no valdrá; y si le hacen, incurrirán en la pena de perjuras y deberán ser castigadas por su dolo; bien que aunque la muger casada jure que la deuda se convirtió en

su provecho, si el acreedor no lo prueba con arreglo á la ley de Toro citada, será amparada en su dote, ó á lo ménos en su mitad, excepto que lo sea el fisco, como lo he visto declarado, por lo qual no aconsejo á nadie que contraiga con mugeres casadas.

59 Si alguna muger casada que se halla en posesion de sus fincas dotales, por haber declarado á solicitud suya el Juez eclesiástico como competente haber lugar al divorcio, y compelido al marido á la restitucion de la dote, quiere enagenar alguna de ellas, no debe en mi dictámen el Escribano autorizar semejante contrato sin que preceda licencia del marido, ó rehusando darla, del Juez Real, (pues el Juez eclesiástico que conoció del divorcio, es incompetente para ello) quien en vista de la resistencia del marido, y con conocimiento de causa deferirá á su pretension, y todos los autos se insertarán en la escritura para su estabilidad; pues aunque no incurrirá en pena por autorizarla sin este requisito, ni en mi concepto debe estimarse nulo el contrato por los fundamentos que trae Gutiérrez, (*a*) no es razon exponer á contingencias y opiniones el dinero del comprador.

60 Quando la muger casada celebra por sí algun contrato, en que hipoteca ó enagena sus bienes, suelen poner en él los Escribanos renuncia de las leyes de la mancomunidad, sin mas motivo que el de concurrir á su celebracion el marido, ni preguntar á este, si quiere ó no obligarse, y en qué forma: por manera que igualmente que á la muger, le obligan al cumplimiento y responsabilidad del contrato sin consentir ni darles órden para ello, porque le dicen que es preciso que se obligue así. En esta atencion debo advertir á los Escribanos que el marido no tiene que hacer otra cosa en el caso propuesto mas que dar á la muger su licencia como necesaria para la validacion del contrato, y que de consiguiente no viene al caso la renuncia de dichas leyes, ni se debe obligar al marido como principal ó fiador sin expresa órden suya: de suerte que si un Escribano contraviene á esto, se halla obli-

(*a*) De Juram. confirm. part. 1 cap. 1 nn. 54 y sig. donde trata el punto con mucha extension y solidez.

gado en conciencia á reintegrar al marido de los perjuicios que se le ocasionen, sin que pueda eximirle de esta responsabilidad, ni servirle de disculpa decir que se le leyó la escritura, y la otorgó y firmó: que todos, excepto el pupilo, la muger, el pastor, el soldado y el aldeano, deben saber las leyes concernientes á contratos y últimas voluntades, (a) ni que debe aconsejarse de Letrado, porque los mas de los contrayentes ignoran la naturaleza de los contratos, estan persuadidos de que precisamente deben ordenarse como se les dice, y por lo mismo los otorgan sin saber lo que hacen, y muchas veces sin haber entendido bien su contenido aunque tengan medianos talentos; y si preguntan que cláusulas ó renuncias son las que se ponen en la escritura, y qué efectos causan, como les responden unos Escribanos con malicia y los mas con ignorancia, que son de estilo y no mas, quedan satisfechos, sin que se les ofrezca réplica, pues quien no entiende una materia, no duda ni discurre sobre ella. Por tanto, digo que el modo de ordenar la escritura es: que la muger como única contrayente y otorgante lleve sola la voz en ella: que inserta la cláusula de la licencia se ponga lo dispositivo del contrato y el juramento sin renuncia de leyes, porque en el presente caso ninguna la favorece; y que despues de todo lo expresado el marido se obligue solamente á tener por firme la licencia y á no revocarla, por cuya razon y no por otra firmará, si sabe, el instrumento; y si no, un testigo por él á su ruego. Pero si instruido de los efectos del contrato quiere obligarse de mancomun con su muger ó como su fiador, se ordenará la escritura con las cláusulas correspondientes á la mancomunidad ó fianza.

61 No es suficiente se ponga juramento en la escritura que otorga la muger, ú otra persona á quien está permitido jurar los contratos, sino que debe el Escribano recibírselo en forma solemne, (para lo qual tiene autoridad, porque hace oficio de Juez) y dar fé de ello, pues de otra suerte no cumple con su obligacion. Ademas, no solo debe leer la escritura muy despacio á los otorgantes para que la entiendan, sino preguntarles tambien despues de leida, *si la otorgan así*, y aun decirles substancialmente su contenido, si fuese necesa-

(a) Leyes últ. al fin t. 1 P. 1 y 31 t. 14 P. 5.

rio, para que queden mas bien enterados de la obligacion que contraen, (a) expresando en la renuncia de leyes particulares lo que prohiben ó mandan, para que los interesados sepan lo que renuncian y no aleguen ignorancia, porque en lo general como de estilo no es menester especificacion.

62 Si el marido vende ó hipoteca sus bienes, es muy útil al comprador ó acreedor que la muger concurra al contrato cediéndole el derecho y privilegio que tiene por su dote contra los de su marido, y jurando la escritura; pues de esta suerte no solo no podrá quitárselos en el caso de que su marido no tenga con que resarcírsela, sino que como subrogado en su lugar será preferido á todos los acreedores hipotecarios posteriores á la obligacion dotal, aunque sobre esto estan discordes los AA. (b) Y el Escribano en cumplimiento de su oficio advierta á la muger los efectos de esta concurrencia, para que sepa lo que hace. (1)

CAPÍTULO XIX.

De las fianzas y mancomunidad, de la fianza de arraygo, de la vaucion juratoria y de la idemnidad.

§. I.

De las fianzas.

1 La fianza *es un contrato por el qual se obliga una persona á pagar la deuda ó cumplir la obligacion de otra.* Fiador quiere decir hombre que da su fé y seguridad, y promete á otro hacer alguna cosa por ruego ó mandato de aquel en cuyo favor hace la fianza. (c) Puede hacerse esta en carta, en escritura, de palabra, entre presentes y ausentes, por la obligacion presente, pasada y futura, provenga de contrato ó delito, ya el deudor esté vivo, ya esté muerto, ya lo sepa, ya lo ignore. (d)

(a) Asi se infiere de las leyes 54 t. 18 P. 3 y 13 t. 25 ley 4 R. (b) Olea de Ces. jur. t. 5 q. 3 n. 11. Gut. de Juram. confirm. part. 1. cap. 11 nn. 17 y sig.

(1) Las escrituras del cap. 16 corresponden tambien á este.

(c) Ferrar. Biblioth. verb. Fidejussio nn. 1 y 2. (d) Leyes 1 y 6 tit. 12 P. 5. Gom. lib. 2 Var. cap. 13 nn. 1 y 11. Parlad. different. 59 n. 1.

2 No pueden ser fiadores los Obispos, Religiosos, Clérigos Regulares, ni sus Prelados, ni los Caballeros ó Soldados que estan en el Real servicio, especialmente de Recaudadores de rentas reales. (a) Los Clérigos de órden sacro no deben fiar sino á otros Clérigos, á iglesias, ó personas miserables y desvalidas, aunque si fiaren á otras personas, valdrá la fianza en quanto importen sus bienes patrimoniales y no mas; si bien sus Prelados podrán castigarlos por haberla hecho. (b) Los menores solo pueden fiar en la forma en que pueden prometer, sino es que sea á su padre encarcelado, en cuyo caso si son varones y tienen diez y ocho años, quedan obligados.

3 Los labradores no pueden fiar sino á otros que lo sean, y si lo hacen, es nula la fianza. Tampoco pueden obligarse como principales ni fiadores de los señores en cuya jurisdiccion viven, y se obligan, á mas de no valer la obligacion aunque renuncien las leyes que se citan, debe perder su oficio el Escribano que la autoriza; (c) pero como principales pueden obligarse por qualquiera que no sea su señor, en atencion á que la ley les prohibe solamente la fianza, y el Escribano no incurrirá en pena por autorizar la escritura, puesto que no la hay establecida; bien que como en el efecto es lo mismo, y aun peor, porque pueden ser reconvenidos ántes que el deudor principal, aconsejo al Escribano que no autorice la fianza, para evitar de este modo pleytos sobre su validacion ó nulidad.

4 La muger no puede ser fiadora, como ya se ha expuesto, pero su fianza será válida en los casos siguientes. 1. Si lo hace por razon de dote, v. gr. en favor del que la ofrece á otra muger para casarse. 2. Si fia sabiendo que le está prohibido ser fiadora, estando cerciorada del auxîlio legal y renunciándole de su espontanea voluntad. 3. Si permanece en la fianza dos años, y despues de cumplidos la renueva ó entrega prenda al acreedor para la seguridad del débito. 4. Si recibe precio por ser fiadora. 5. Si se viste de varon, ó hace otro engaño para que la admitan por tal, creyendo que es varon. 6. Si fia á quien la fió, ó por su utilidad, ó cosas propias, ó en otra manera semejante. 7. Si heredó los bienes del que fió. (d) 8. Si fia

(a) Leyes 45 t. 6 P. 1 y 2 t. 12 P. 5, cap. 4 de Fidejussorib. y cap. 2 de Solutionib. (b) Ley 49 tit. 6 P. 1. Ferrar. ing. citt. nn. 8, &c. y 16. (c) Leyes 25 cap. 5 y 28 t. 21 lib. 4 R. (d) Leyes 3 t. 12 P. 5, y 5, 22, 23, 24 y fin. Cod. y 13, 22 y 24 ff. ad Senatusc. Velleyan.

en instrumento público corroborado con tres testigos, ó ante el Magistrado público, ó jura que observará y no reclamará la fianza. (a) 9. Si hace la fianza por rentas Reales, sobre lo qual es de advertir que si algun casado las toma en arrendamiento, ó quiere fiar al arrendador de ellas, no debe ser admitido sin que su muger se obligue en el contrato, y renuncie el privilegio é hipoteca que tiene contra los bienes de su marido, (b) pues como la dote y fisco corren parejas en el privilegio, el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho. (c)

5 Los contratos reciben la ley de la convencion ó pactos justos de los contrayentes, (d) y así los fiadores pueden obligarse simplemente, que es á prorata, ó cada uno por el todo, y como tales ó como pagadores principales. Si se obligan simplemente como fiadores, pagarán á proporcion la parte que les toque: obligándose por el todo insolidum, puede el acreedor dirigir su accion contra el que quisiere, por el todo, ó á prorata á su eleccion, y pagándole uno enteramente su débito, quedan libres para con él los demas; pero si alguno ó algunos son pobres, es de cargo de sus confiadores la total satisfaccion de la deuda. (e) Tambien puede el fiador pactar y llevar alguna cosa en compensacion del peligro á que se expone por serlo, pues aunque el deudor sea idoneo para el pago de la deuda, siempre está el fiador con peligro de pagarla por las contingencias del tiempo, y los pactos siendo arreglados deben observarse. (f)

6 Pero aunque se obliguen simplemente, si renuncian el beneficio de la division, que es que la deuda se pague por todos á prorata, quedarán obligados por el todo, como si expresamente se hubiesen obligado así. (g) Mas sin embargo de que le renuncien, no deben ser reconvenidos ántes que el deudor principal sino en diez casos. 1. Quando renuncian tambien el de la excusion, esto es, la averiguacion judicial de si aquel puede satisfacer la deuda, en cuyo caso no ne-

(a) Ley 23 §. fin. Cod. de Fidejussor. Murillo lib. 3. Decret. t. 22 n. 205. (b) Ley 27 §. 5 t. 11 lib. 9. R. (c) De los que pueden ó no ser fiadores de rentas Reales, tratan las leyes 5, 6, 7 y 8 tit. 10, y 27 tit. 11 lib. 5 Rec. (d) Ley 1 §. 6 ff. Depositi, vel contra, y regla 85 jur. in 6. (e) Leyes 8 y 10 t. 12 P. 5. Véase á Greg. Lóp. en la 8 glos. 5, 7 y final. (f) Ferrar. Biblioth. verb. Fidejussio nn. 46 y 47. Covar. lib. 3 Var. c. 2 n. 6. (g) Greg. Lóp. dicha ley 8 verb. Toda la deuda, y verb. Cada uno. Murillo lib. 3 t. 22 n. 207 al fin vers. In nostra Hispania.

cesita el acreedor hacer constar para demandarlos que el deudor no tiene bienes. 2. Quando este es notoriamente pobre, pues entónces deben pagar por él. 3. Quando se halla fuera del lugar; pero en tal caso si piden término al Juez para presentarle, debe concedérsele á su arbitrio, y no presentándole dentro de él, puede compelerlos al pago, segun se hayan obligado. 4. Quando niegan maliciosamente la fianza y se les convence de haberla hecho, pues la mentira deroga los privilegios. 5. Quando no oponen la excepcion de la excusion ántes de la contestacion. 6. Quando el fiador es cambiante público, porque este no goza del beneficio de la excusion. 7. Quando el deudor principal no puede ser reconvenido fácilmente por razon de su persona, lugar ó privilegio. 8. Quando el fiador juró no oponer la excepcion. 9. Quando aunque el deudor tenga bienes, no se halla quien los compre, pues el acreedor no está obligado á tomarlos en pago por su crédito, ni á esperar mucho tiempo á que haya comprador. (*a*) 10. Quando el deudor formó concurso de acreedores, ó es dificil cobrar de él la deuda; pues en el primer caso está hecha la excusion con el concurso, y en el segundo no es justo se exponga el acreedor á gastar tal vez mas que lo que cobre, ni á esperar tanto tiempo por su dinero. (*b*)

7 Si se obligan no como fiadores, aunque realmente lo sean, sino como pagadores principales, haciendo propia la deuda agena, consintiendo en ser demandados primero que el deudor principal y verdadero, y renunciando el beneficio de la excusion en sus bienes, pueden ser reconvenidos á prorata ántes que él, segun se obligaron, porque su fianza en este caso es mas bien ó verdaderamente una obligacion principal, (*c*) y por el todo cada uno, si renuncian tambien el de la division, ó se obligan de mancomun por el todo insolidum. Y si se obligan dos, uno puramente y otro baxo de condicion, no puede el acreedor dirigir su accion contra el primero mas que por la mitad, porque le compete el beneficio de la division, y el otro deberá pa-

(*a*) Ley 9 tit. 12 P. 5. Góm. lib. 2. Var. cap. 13 n. 14 y Ayllon n. 15. (*b*) Olea de Ces. jur. tit. 7 q. 3 n. 38. (*c*) Leyes 8 al principio y 10 tit. 12 P. 5, y 1 tit. 16 lib. 5 R.

gar la otra mitad, luego que la condicion se verifique; pero si esta no puede verificarse, ó el fiador obligado baxo de ella no tiene al tiempo de cumplirse bienes con que satisfacer su parte, podrá el acreedor exigirla del obligado puramente. (a)

8 Aunque el deudor principal haga cesion de bienes, debe su fiador pagar la deuda no habiendo caudal bastante para ello, como tambien las usuras ó interes, si se obligó á su satisfaccion y no de otra suerte; (b) pero á nada mas está obligado, y si se obliga á mas, no vale la fianza en el exceso, el qual puede ser de quatro maneras. 1. Quando se obliga á pagar mas cantidad que la que debe el principal. 2. Quando se obliga el deudor á satisfacerla en lugar determinado, y el fiador en otro que le es mas gravoso é incómodo; pero si le fuere mas cómodo, valdrá la fianza. 3. Quando el deudor se obliga á darla á tiempo cierto, y el fiador á tiempo mas breve, lo qual se limita en caso que se constituya pagador principal. 4. Quando el principal se obliga á pagarla baxo de alguna condicion, y el fiador sin ella ó puramente. (c) (1) En estos casos es nula la fianza en el exceso y no mas, porque en lo divisible no se vicia lo útil por lo inútil, y así el fiador no quedará obligado en otros términos, excepto que concurran las quatro circunstancias que expresa Gregorio López, (d) á quien podrá verse. Puede constituirse por tal como ménos gravoso y mas cómodo le parezca, por toda la deuda ó parte de ella, puramente, á dia cierto, ó con condicion, sea ántes que se obligue el deudor principal, ó al mismo tiempo, ó despues, porque de todos modos permite el derecho (e) se hagan las fianzas. Asimismo puede pagar el débito con bienes del deudor, quando los tenga en su poder, ó quando aquel esté insolvente y

(a) Ley 28 y su glos. mag. ff. de Fidejussoribus. (b) Ley 3 tit. 15 P. 15. Salgad. Labyr. Cred. part. 1 cap. 23 n. 41. (c) Ley 7 tit. 12 P. 5. Véase á Greg. Lóp. en ella glos. 2, 3 y 4.

(1) Como la ley 2 tit. 16 lib. 5 R. dispone expresamente que de qualquier manera que parezca que una persona quiso obligarse á otra, quede obligada, parece que será válida la obligacion del fiador en los casos expresados; mas por otra parte tambien parece que hablando la citada ley 7 de Partida de casos particulares, no debe entenderse derogada por la ley recopilada que habla en términos muy generales.

(d) Dicha ley 7 tit. 12 P. 5 glos. 1. (e) Ley 6 tit. 12 P. 5.

tema ser encarcelado, si el deudor no lo paga, sin que incurra en pena, ni cometa hurto ni violencia, porque no interviene dolo ni fraude de su parte. (a)

9 El fiador puede pagar la deuda simplemente, que es sin expresar por quien la satisface, ó por el deudor principal, ó por sí como tal fiador. Si la paga simplemente, es preciso que en el acto de la entrega pida el lasto al acreedor, y si entónces no lo hace, no puede pedírsele despues, á ménos que pactasen ántes que se le habia de dar; pues es visto haber pagado por el principal y no por sus confiadores, por lo qual solo podrá reconvenir al primero. Si hace la paga por el deudor principal, ha de decirse lo mismo, y en este caso no debe el acreedor darle lasto contra los demas fiadores, porque por el propio hecho espira todo el derecho que tiene contra ellos, y es lo mismo que si el deudor le pagára por su mano. Y si la hace por sí como tal fiador, que es como debe hacerla, puede compeler al acreedor á que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al obligado principal, ó á prorata á los demas fiadores de la misma cantidad á su arbitrio, pues en virtud del lasto sucede en el lugar y prelacion del acreedor, y adquiere la deuda como casi comprador de ella. Si dirige su accion contra los fiadores, le queda la de repetir por su parte contra el deudor, de la qual puede usar quando quiera, y en todos tiempos puede compeler al acreedor á que le dé el lasto, porque miéntras no está reintegrado, no se extingue la obligacion principal, y por lo mismo debe gozar y gozará del beneficio de la cesion de acciones: todo lo qual es conforme á derecho. (b)

10 No solo debe el acreedor ceder sus derechos y acciones personales, reales, ó hipotecarias, y asimismo dar poder al fiador para exîgir del deudor principal y confiadores lo que pagó por ellos, lo qual se llama vulgarmente lasto, sino tambien entregarle todos los títulos de legitimacion del crédito, para que con ellos se haga dueño de él, y quede subrogado en aquellas y en su prelacion, porque sino lo ha-

(a) Gómez lug. cit. n. fin. vers. Item pro complemento. Ayllon n. 22.
(b) Leyes 11 tit. 12 y 45 t. 13 P. 5. Parlador. lib. 2 Rer. quotid. cap. fin. §. 6 nn. 3 y 31. Olea de Cess. jur. tit. 5 q. 4 n. 2. Cur. Philip. lib. 2 Comer. terr. cap. 6.

ce, no podrá repetir contra ellos, por obstarle la excepcion de la falta de cesion y legitimacion: (a) lo qual procede en tanto grado, que hasta que le dé el lasto, no debe ser compelido al pago, aunque esté condenado á él por sentencia executoriada, y se le deberá admitir tal excepcion en la execucion misma de la sentencia. Y si el fiador renuncia el beneficio de la cesion de acciones, de nada le servirá que el acreedor se las ceda, y solo podrá repetir contra el deudor principal, como que pagó por él; mas para que le perjudique la renuncia, ha de ser específica y no genérica.

11 Como competen á los simples fiadores las excepciones que á los deudores principales, (b) suelen obligarse como principales pagadores y no como fiadores; pues si el deudor principal goza de alguna, aunque sea personal, que impida proceder contra sus bienes en todo ó parte, y de no usar de ella se le sigue perjuicio, puede el fiador oponerla, aunque el principal lo resista, porque no contrae en su nombre sino en el de este; mas no podrá, obligándose como pagador principal, porque entónces contrae en su propio nombre. (c) Lo mismo procede, quando el contrato principal es nulo, pues lo será tambien la fianza como accesoria, y podrá el fiador excepcionar la nulidad. (d)

12 Se halla obligado el deudor principal á satisfacer á su fiador todo lo que pagó por él, ya sea por haberle rogado que lo fuese, ya porque de su propia voluntad se constituyó fiador estando presente el mismo deudor y no repugnándolo, ó aunque no estuviese, si llegando á saberlo despues lo consiente, ó sale por fiador de cosa que el deudor debe dar ó hacer, y le es útil; pues en todos estos casos vale la fianza, y está obligado el deudor á reintegrarle del débito; pero no lo estará en los siguientes. 1. Si el fiador lo paga con intencion de no demandárselo nunca. 2. Si le fió por su propia utilidad. 3. Si hizo la fianza contra la voluntad del mismo deudor, en cuyo caso, ni aun por equidad podrá repetir lo que haya satisfecho, á ménos que de hacer el pago

(a) Greg. Lóp. ley 11 tit. 12 P. 5 g'os. 3 verb. Contra el deudor principal. (b) Leyes 15 tit. 12 P. 5 y 8 al fin tit. 10 lib. 2 del Fuero Real. (c) Olea de Cess. jur. tit. 6 q. 2 an. 20 y 21, Góm. dich. cap. 13. (d) Leyes 16 y 46 ff. de Fidejussorib.

se siga algun grande beneficio, como libertar la vida de un hombre, sacarle de la cárcel, curarle de su enfermedad, casar á alguna muger ú otro semejante. 4. Quando fió por necesidad, v. gr. por mandato de un testador. (a) Y es de advertir que la sentencia proferida contra el deudor principal se puede executar sin nuevo proceso ni juicio contra el fiador de pagar lo juzgado (b) y no contra otro.

13 No se acaba la fianza con la muerte del fiador, sino que pasa á sus herederos, quienes tienen igual obligacion que él, (c) mas aunque no espira con su muerte, ni miéntras vive, puede pretender (regularmente hablando) que el deudor le exônere de ella ántes que pague la deuda, porque es visto haberse allanado no solo á fiarle sino tambien á pagar por él; podrá intentarlo, y se disolverá la fianza por las causas siguientes. 1. Quando se le condena judicialmente á pagar el todo ó parte de la deuda, pues ántes que lo haga, puede reconvenir al deudor principal, para que le indemnice de la fianza. 2. Si ha estado en ella mucho tiempo, lo qual ha de regularlo el Juez á su arbitrio. 3. Si el fiador creyendo que ha cumplido el plazo de la fianza, quiere pagar, por no incurrir ni que el deudor incurra en pena, y el acreedor rehusa percibir su crédito; ó si por no hallarse este en el lugar, deposita con la formalidad correspondiente su importe en parte segura. 4. Si quando hizo la fianza, prefinió término al deudor con noticia del acreedor para que le exônerase de ella, y despues de haber espirado le prorogó este el plazo de la paga sin su intervencion ni consentimiento; pues entónces á nada queda obligado, porque se hace novacion (1) y se acaba su fianza, al contrario de quando fió simplemente, que no se liberta por la próroga del término.

(a) Ley 12 tit. 12 P. 5. Greg. López en ella verb. En tres casos y verb. Contra defendimiento. Góm. lug. cit. n. 11. (b) Góm. lug. cit. n. 1. Ayllon n. 2. (c) Ley 16 tit. 12 P. 5.

(1) La novacion de un contrato es la translacion ó conversion de la primera deuda ú obligacion en otra. Puede hacerse ó permaneciendo el mismo deudor ó entrando otro en su lugar. Quando por mandato del deudor se constituye otro deudor, se llama delegacion. Es efecto de la novacion que se extinga lo anexo é incómodo de la primera obligacion como la prenda y fianza. Vinnius Instr. Quibus mod. tollitur oblig. §. 3 nn. 1, 2 y 3. Bolaños trata de la novacion en su com. terr. lib. 2 cap. 5, y asimismo se trata de ella en la segunda part. lib. 3 cap. 2 nn. 203 y sig.

5. Si el deudor principal es pródigo y empieza á disipar sus bienes. (a) Tambien se liberta por la novacion entre el acreedor y deudor, por pacto de no pedir la deuda hecho entre los dos, por prescripcion de la accion principal, por confundirse la accion, como quando sucede el fiador al deudor, ó al contrario, pues se extingue la obligacion accesoria y queda la principal: por tener precision y causa justa para hacer viage dilatado, y poder haber entre tanto peligro de que el deudor venga á inopia: ó finalmente si despues de constituida la fianza se origina entre el fiador y deudor grande enemistad sin culpa de aquel. (b) De estos once casos en los cinco primeros y dos últimos puede el fiador apremiar al deudor á que le exônere de la fianza, y en los otros quatro se extingue. Pero si el débito está contraido á cierto plazo ó baxo de condicion, no puede el fiador repetir contra el deudor ántes que aquel se cumpla, ó se verifique esta, ni quando salió fiador y se obligó por la eviccion de alguna cosa que todavía no se ha quitado en juicio, aunque subsista mucho tiempo en la fianza; ni tampoco quando fió por tutela, curaduría ó administracion, ántes que se acaben, porque estas no son perpetuas y duran solamente tiempo limitado. (c) (1)

14. Son tantas las fianzas quantos los fines á que se dirigen, y aunque todas convienen en razon de quedar obli-

(a) Ley 14 tit. 12 P. 5. (b) Ferraris Biblioth. verb. Fidejussio n. 43. Góm. lug. cit. nn. 20 y 21. Ayllon nn. 21 y 22. (c) Góm. lug. cit. n. 10. Ayllon n. 11.

(1) Si alguno promete al acreedor satisfacerle lo que no pueda cobrar del deudor, y por ser aquel moroso en reconvenir á este, no puede hacer la cobranza, queda libre el fiador, mayormente si requirió al acreedor para que reconviniese al deudor y no lo hizo. Lo mismo se ha de decir del fiador obligado en la forma comun, sino renunció el beneficio de la excusion é instó al acreedor para que reconviniese al deudor principal, y no de otra manera. Igualmente si alguno de muchos fiadores que gozan del beneficio de division, teme que los demas no tengan despues para pagar, puede requerir al acreedor para que los reconvenga por sus partes, y no haciéndolo debe imputarse á si mismo el satisfacer insolidum. (Góm. lug. cit. n. 9. Greg. Lóp. ley 8 tit. 18 P. 5 glos. 4.) Por otra parte no es de pasar en silencio que habiéndose contentado el acreedor con el fiador que le dió el deudor, aunque empobrezca aquel despues, no se halla este obligado á dar otro, excepto que el fiador se haya dado no por convencion de las partes sino por alguna disposicion legal para la forma de algun acto. Guzman de Evic. q. 17 n. 16.

gados los que las constituyen, se diferencian en el efecto y aun en el nombre. Todos los deudores estan obligados á darlas, si sus acreedores se las piden al tiempo de celebrar el contrato principal, (a) y tambien despues en los casos que explicaré en el §. 3; pero el marido no lo está á dar fiador por la dote de su muger, aun quando haya costumbre contraria, si lo hace, es nulo, porque si se le entrega la muger sin fianza, con mas razon debe entregársele la dote; (1) si bien será válida en cinco casos: el primero, quando recibe la dote ántes de casarse, pues puede darla de que sino se efectúa el matrimonio, la restituirá: el segundo, quando viene á inopia: el tercero, despues de disuelto el matrimonio, en cuyo caso la podrá dar de que entregará la dote á los herederos de su muger: el quarto, quando su padre, ó hermano concurren con él como fiadores á su otorgamiento; y el quinto, quando se liga con juramento. (b) Pero sí puede recibirla de que la dote se le pagará; y el fiador quedará obligado. (c)

15 La fianza de *saneamiento* es la que da el reo executado no exênto, aunque tenga bienes con que pagar, para evitar que se le ponga preso. (d) Llámase así, porque el fiador está obligado á sanear los bienes seqüestrados del deudor, y en su defecto á pagar de los suyos el importe de la deuda. Han de recibirla los Escribanos del Número ó Provincia, ante quienes se despachan las execuciones, por cuenta y riesgo de ellos y de sus oficios, y no los que van á practicar la diligencia, sin que preceda consentimiento por escrito del executante, lo qual milita tambien en la fianza de *pagar juzgado y sentenciado*; (e) pero en este caso es preciso que el executante se conforme con el fiador, porque su solo consentimiento para recibirla no exîme á los ministros de la responsabilidad del débito, décima y costas, si el fiador y deudor son fallidos; y así no les aconsejo que la reciban, aunque tengan para ello su consentimiento por

(a) Ley 2 §. fin. ff. Qui satisdare cogantur. Begnudel. Biblioth. verb. Fidejussio §. 4.

(1) Razon especiosa y ridícula.

(b) Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 1. Góm. ley 50 de Toro n. 26. (c) Ley 55 ff. de Jure dot. (d) Ley 19 tit. 21 lib. 4 R. (e) Auto 14 §. 1 n. 6 y §. 2 n. 26 tit. 8 lib. 2 R.

escrito, si en ella no se da por satisfecho del fiador. Esta fianza ha de constar de tres particulares: el 1.° es *que asegure el fiador que los bienes embargados son del executado*: el 2.° *que serán suficientes al tiempo del remate no solo para el pago de la deuda, sino tambien de las costas que se causen en su cobro y de la décima donde hay estilo de exígirla*; y el 3.° *que se obligue á satisfacerlo todo, si se verificase no ser suyos, ó el resto, deducido el importe que produzcan y valgan, siéndolo y habiéndole, para lo qual hará propia la deuda y se constituirá en estos casos pagador principal.* Con esta fianza, si es el executado de los que pueden ser presos por deuda, se eximirá de serlo, á ménos que pertenezca al Rey, pues entónces aunque sea hijodalgo, tenga bienes de mas valor que ella, y afiance de saneamiento, ha de estar en la prision hasta que la Real hacienda se reintegre efectivamente de todo su crédito. (*a*) Algunos ponen en esta fianza la cláusula de *que el fiador se obliga á que habrá postor á los bienes executados*, y yo dexándome llevar incautamente de esta práctica la extendí con ella en mis dos primeras ediciones; pero habiendo reflexionado acerca de ello, he visto que se debe omitir. En primer lugar, porque no concierne al saneamiento de los bienes el que haya ó no postor á ellos, ni tiene conexion con él, por ser cosa muy diversa. En segundo lugar, porque la ley no habla de postor sino de saneamiento, y no debemos excedernos de lo que manda. Y en tercer lugar, porque cede en manifiesto perjuicio del fiador que no quiere obligarse á mas que al saneamiento. Así que, se omitirá dicha cláusula, pues sino hubiere postor, se adjudicarán los bienes en pago al acreedor por su justa tasa, y llegando esta á cubrir el principal, décima y costas, queda reintegrado de todo su crédito, y el fiador libre de la fianza.

16 Despues de sentenciada la causa de remate se da tambien en la via executiva la fianza de la ley 2 tit. 21 lib. 4 R. que llaman de *Toledo*, por haberla establecido en esta ciudad los Reyes Católicos en el año de 1480, la qual se requiere por forma, (*b*) para que la sentencia pueda executarse, si el acreedor quiere percibir el importe de la condenacion, y el

(*a*) Leyes 4 y 14 tit. 2 lib. 6 y 14 tit. 7 lib. 9 R. (*b*) Salg. Labyr. cred. part. 1 cap. fin. nn. 59 y sig.

reo executado apela al tribunal superior; de suerte que con esta fianza se admitirá á este la apelacion en el efecto devolutivo y no en el suspensivo, excepto en esta corte, donde por estar tan inmediato el tribunal superior, acude á él y con su decreto ó mejora suspende la execucion de la sentencia hasta que se executoría; bien que hasta que requiere con ella, se continuan y deben continuarse las diligencias. Y para que el Escribano se instruya de quándo y cómo se ha de dar y por quién, insertaré lo dispositivo de dicha ley que dice: "Y ordenamos y mandamos conforme á ella que cada y quando los mercaderes, ó otra qualquier persona, ó personas de qualesquier ciudades, y villas y lugares de nuestros reynos que mostraren ante los Alcaldes Justicias de las ciudades, y villas, y lugares de nuestros reynos y señoríos, cartas y contratos públicos, y recaudos ciertos de obligaciones que ellos tengan contra qualesquier personas así Christianos como Judíos y Moros, de qualesquier deudas que les fueren debidas, que las dichas Justicias las cumplan y lleven á devida execucion, seyendo pasados los plazos de las pagas, no seyendo legítimas qualesquier excepciones que contra los tales contratos fueren alegadas, en tal manera que los acreedores sean pagados de sus deudas, y que las Justicias no dexen de lo assi hacer y cumplir por paga, ó excepcion que los dichos deudores aleguen, salvo si dentro de diez dias mostraren la paga, ó legítima excepcion sin alongamiento de malicia por otra tal Escritura como fue el contrato de deuda, ó por alvalá que haga fee, ó por confession de la parte, ó por testigos que esten en el arzobispado, ó obispado donde se pidiere la execucion, tomados dentro del dicho término; y para probar la tal paga y excepcion, si por testigos lo oviere de probar, es nuestra merced que el deudor nombre luego los testigos, quién son y dónde viven, y jure que no trae malicia; y si nombrare los testigos aquende los puertos fuera del arzobispado, ó obispado, aya plazo de un mes para traer sus dichos, y si allende los puertos por todo el reyno, que haya plazo de dos meses; y si los nombrare en Roma, ó en París, ó en Jerusalen fuera del reyno, que aya plazo de seis meses; pero es nuestra merced que el deudor que alégare la tal paga ó excepcion, no la probando dentro de los dichos

diez dias en la manera que dicha es, si dixere que los testigos que tiene, estan fuera del arzobispado, ó obispado, como dicho es, que pague luego al mercader ó al acreedor, dando el tal mercader ó acreedor luego fianzas, que si el deudor probare la paga ó otra excepcion que le pueda escusar, que le tornará lo que assi pagare con el doblo por pena en nombre de interesse; y el reo asimismo de fianzas, que si no lo probare en el dicho término, que pagará en pena otro tanto como lo que pagó, la qual pena es nuestra merced sea la mitad para la parte contra quien maliciosa é injustamente se alegó la paga, y la otra mitad para reparos de los muros, ó para otras cosas pias ó públicas, donde el Juez viere que es mas necessario; y esto mismo mandamos que se guarde, pidiéndose execucion de sentencia passada en cosa juzgada."

17 Esta ley solo prescribe quando y como se ha de dar la fianza, si el reo ofrece probar con testigos la paga ó excepcion legítima fuera del término perentorio y fatal de los diez dias; pero tambien debe darse la misma fianza con el doblo para el caso de que habiéndose sentenciado la causa de remate por no haber probado dentro de dicho término, ni ofrecido probar fuera de él, la revoque despues el Superior por haber estimado la excepcion que desestimó el inferior, ó por otra causa; como asimismo para el caso de que habiendo obtenido el actor en la via executiva y reservádose al reo su derecho para la via ordinaria, sea aquel condenado en esta; pues la ley 19 del mismo título y libro dice al fin: "Y no haciendo la oposicion dentro de los dichos tres dias mande el Juez hacer remate y pago á la parte, dando las fianzas la parte que pide la execucion, que la ley de Toledo y las otras leyes de estos reynos disponen, y haga el remate y pago sin embargo de qualquiera apelacion." Por tanto, la fianza se ha de ordenar conforme á la que extenderé y á lo que explicaré en el juicio executivo, (*a*) segun el caso ocurra, y no en todos como hasta aquí lo han practicado los que no han visto la ley. (*b*)

18 Se da tambien en la via executiva intentada en virtud de sentencia arbitraria sobre compromisos y transaccio-

(*a*) Números 252, 253 y 254. (*b*) En dicho juicio n. 258 diré quando no necesita darla el acreedor.

nes otra fianza que previene la ley 4 tit. 21 lib. 4 R. que llaman *de Madrid*, por haberla establecido aquí dichos Señores Reyes en el año de 1494, y dice así: " Por ende queriendo en ello proveer y proveyendo, mandamos que luego que la tal sentencia arbitraria fuere dada, de que la parte pidiere execucion, se execute libremente, paresciendo, y presentándose el compromisso y sentencia signada de Escrivano público; y paresciendo que fue dada dentro del término del compromisso, y sobre las cosas sobre que fue comprometido, y que la parte sea satisfecha de aquello sobre que fue sentenciado en su favor, haciendo obligacion, y dando fianzas llanas y abonadas ante el Juez, ó Jueces ante quien se pidiere, ó oviere de executar la sentencia de tornar y restituir lo que uviere rescebido por virtud de la tal sentencia, con los frutos y rentas, segun que fuere condenado, si la tal sentencia fuere revocada..." (*prosigue ordenando lo que se ha de hacer en el recurso de apelacion hasta executoriarse la sentencia, que por no corresponder á este lugar se omite.*) " Y esto mismo mandamos que se haga y se execute en las transacciones que fueren hechas entre partes por ante Escrivano público; y mandamos á los del nuestro Consejo que den y libren nuestras cartas para todos los concejos y personas singulares que las pidieren." Y en los casos de esta ley y en el de la del número siguiente no se ha de ordenar la fianza con la pena del doblo, sino conforme ellas disponen.

19 Quando se apela de la sentencia confirmatoria de pareceres conformes de los contadores que nombran las partes, ó de los que son nombrados por una de ellas y por la Justicia en rebeldía de la otra, debe dar aquella á cuyo favor se profirió la sentencia, fianza de restituir lo que en virtud de esta hubiere percibido con los frutos y rentas; y constituida que sea la fianza, se ha de executar la sentencia sin embargo de apelacion, como lo previenen otra ley de Madrid y un auto acordado. (*a*) Tambien suele mandarse dar esta fianza en otros casos fuera de los referidos, y en todos se ha de extender del mismo modo.

20 La fianza de la *haz* que se llama así, por constituirse en juicio ante el Juez y Escribano de la causa, ó ante

(*a*) La 24 y el 1 tit. 21 lib. 4 R.

otro Escribano en virtud de órden del Juez, se da en causas civiles, quando se manda á alguno insolvente ó poco abonado que arraygue el juicio, porque de no hacerlo se le ha de poner preso; y sirve para que si hace fuga, no quede ilusorio el juicio, ni el contrario perjudicado. En las criminales y de denuncias se da, quando solo se puede imponer al reo pena pecuniaria, por ser leve el delito. Esta fianza que algunos confunden con la de *cárcel segura ó carcelera*, puede constituirse de dos maneras: la primera es, quando el fiador se obliga solamente á que el reo asistirá al juicio y no usará de dolo, en cuyo caso solo se extiende su obligacion hasta la sentencia dada en primera instancia, durante la qual debe asistir y traer á juicio al reo siempre que se le mande, ó comparecer en él en su nombre y defenderle; (*a*) y la segunda es, quando se obliga á las resultas del juicio, que quiere decir, *á pagar lo juzgado y sentenciado contra el reo en todas las instancias*: de suerte que hasta estar finalizado y executoriado el juicio no empieza el efecto de esta especie de fianza; y aunque parece que el verdadero modo de constituirla es que el fiador se obligue á todo, como se practica, y que no queriendo, no se le ha de admitir, ni ha de ponerse en libertad al reo, si está preso, á ménos que el actor se conforme por escrito, porque quedan en descubierto el Juez que la manda dar y el Escribano que la recibe, y deben pagar al actor los perjuicios que se le originen; observará no obstante el Escribano lo dispuesto en la ley 7 tit. 20 lib. 2 R. que cerca del fin dice: "Y mandamos que de aquí adelante no se dé lugar que los Escribanos del Audiencia estiendan las fianzas á mas de lo contenido en los autos que los Jueces dieren; y si no fuere en casos que por algunas justas causas convenga, no hagan que los presos den fianzas, para mas que volverlos á la cárcel, ó pagar lo juzgado." Y si la fianza se extendiere á mas que á una de estas dos cosas, se entenderá puesta solamente la cláusula de asistir á juicio. (*b*) A estas dos clases de fianza llaman comunmente *de estar á derecho*, *y pagar juzgado y sentenciado*, y substancialmente no se hace otra cosa que relacionar lacónica-

(*a*) El Clérigo de órden sacro no puede constituir esta fianza ante Juez lego, por no poder renunciar su fuero. (*b*) Parlad. different. 60 n. 7.

mente la causa y su estado, asegurar el fiador que el reo estará á derecho en ella, y pagará aquello en que fuere condenado en todas instancias y tribunales, y que en su defecto lo satisfará y cumplirá él exâctamente, en cuya atencion se obligará á ello, hará propia la deuda agena, y consentirá en que se practiquen con él las diligencias que ocurran, hecha excusion en los bienes del reo, y en que se le apremie á todo segun derecho, &c. Si quisiere, se constituirá pagador principal y renunciará la excusion; pero no se necesita mas prosa, ni renuncia de leyes civiles ni auténticas.

21 La fianza *carcelera* es otra clase de fianza de la *haz* que se dirige únicamente á la libertad del reo encarcelado, quien la da, quando no merece, ni se le debe imponer pena corporal sino pecuniaria por el delito que cometió, para que se le suelte de la prision. Llaman á este fiador, *carcelero comentariense*, porque se encarga de la custodia del reo, y porque en virtud de la promesa que hace de volverle á la cárcel, se le pone en libertad. Así que, se ha de obligar á presentarle en ella dentro del término legal, ó en el que prefina el Juez de la causa, ó siempre que se le mande, baxo de la pena que como á tal carcelero se le imponga no cumpliendo con la presentacion. Puede constituir esta fianza sola, ó junta con la de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado; pero regularmente se constituyen ámbas en una misma escritura, y por eso se confunden, como se ha expuesto; bien que el fiador no puede ser compelido á ello, y por lo mismo se lo advertirá el Escribano, para que sepa á qué se obliga.

22 A fin de que el Escribano se instruya de los efectos de esta fianza, debo decir que aunque el fiador se obligue á presentar al reo dentro de tiempo determinado baxo de pena y no lo cumpla, no por esto incurre incontinente en ella, y ántes bien debe el Juez concederle seis meses de término para ello, si el primero fue igual ó menor, de suerte que en todo puede ser un año. Si no le presenta dentro de él, incurre en la pena, y en el discurso del año tiene facultad para defenderle en juicio despues de cumplido el primer plazo; (*a*) pero dicha pena se entiende meramente pecuniaria, porque como ninguno es dueño de sus miembros, no puede obligarse á

(*a*) Leyes 17 y 18 tit. 12 P. 5.

pagar, ni imponérsele pena corporal por delito que no cometió; (a) y así á ningun reo que la merezca, se suelta, ni debe soltar con fianza ni sin ella. (b) Si el reo fallece ántes que espire el primer plazo, no debe su fiador pagar la pena; mas si muere despues de cumplido, ha de satisfacerla, y si se obliga únicamente á presentarle á dia cierto sin hablar de pena, puede el Juez no cumpliendo condenarle en alguna arbitraria, la qual será mayor, si la presentacion no se hizo por dolo y malicia suya. (c) Y en ninguno de los casos expresados debe ser reconvenido por ella despues de pasado el año siguiente al dia en que se cumplió el plazo, si no se le demandó dentro de aquel. (d)

23 Los Escribanos de la Audiencia de Galicia han de dar fianza lega, llana y abonada, y hacer lo que manda la ley 54 tit. 1 lib. 3 R. que dice: "Y mandamos que de aquí adelante ántes que los Escrivanos de la Audiencia, y el Governador y Alcaldes Mayores sean rescebidos á sus oficios, den fianzas legas, llanas y abonadas, que los procesos que se rescibieren y se hicieren, passaren ante ellos, ellos y cada uno de ellos, y sus herederos darán cuenta dellos á la persona que sucediere en qualquier de los dichos oficios, y que los darán, y entregarán bien tratados y substanciados, sin que aya falta alguna dellos; y ántes de dar la dicha fianza no les dexen usar de los dichos oficios; y assimismo juren ante el dicho Gobernador y Alcaldes Mayores que usarán bien y fielmente de los dichos oficios, y que guardarán el secreto, y las leyes y ordenanzas del Audiencia, y que no llevarán mas de los dichos derechos y los que por los aranceles del reino son permitidos llevar."

24 Los Jueces nombrados para visitar Escribanos, tomar cuentas de propios, sisas, repartimientos, mestas, cañadas, sacas y cosas vedadas, han de dar fianza lega, llana y abonada en cantidad de mil ducados ántes que salgan de la corte y entiendan en sus comisiones, de que dentro de los 30 dias primeros despues de concluida su comision traerán á poder del Receptor general de penas de Cámara todo lo que percibieren perteneciente á esta, y lo que cobra-

(a) Ley 10 tit. 29 P. 7. (b) Dicha ley 10. (c) Ley 19 tit. 12 P. 5. (d) Ley 10 tit. 16 lib. 5 R.

ren de lo aplicado por ellos á obras pias y gastos de Justicia, al Receptor de ellas con testimonio del Escribano de la comision que acredite las condenaciones que hicieren, pena de pagarlas y suspension de oficio por dos años. Los que se nombraren para otros qualesquier casos, se obligarán con sus personas y bienes á lo mismo baxo de iguales penas; (*a*) y esto deben hacer tambien los demas Jueces de comisiones que proveyere el Consejo, obligándose en la propia forma á estar á derecho para que dentro de 50 dias se les pueda demandar sobre los agravios que hayan hecho en ellas. (*b*)

25 Para introducir el recurso extraordinario que vulgarmente llaman de *injusticia notoria*, se ha de hacer depósito, ó dar fianza lega, llana y abonada hasta en cantidad de 500 ducados; y el poder debe ser especial con expresion de los litigantes, tribunal, cosa litigiosa, sentencia ó auto gravoso y Sala segunda del Consejo en donde se debe ventilar, á fin de que se declare haber lugar á él, mande llevar copia de los autos para su vista, y se revoque la sentencia notoriamente injusta. De este recurso (aunque no con dicho título) tratan los autos acordados 6 y 7 tit. 20 lib. 4 Recop. de los quales el primero manda que no se admita en Sala de Gobierno recurso alguno de pleytos pendientes en las audiencias ó chancillerías, cuya última determinacion por leyes de estos reynos toca privativamente en grado de segunda suplicacion á la Sala de Mil y Quinientas: que en los demas pleytos tampoco se admite, sin que el pretendiente que le intentare, dé 500 maravedís, ó afiance hasta en esta cantidad aplicada á la Cámara, Jueces de quienes se suplicare, y parte contraria; y que los pobres cumplan con hacer caucion juratoria en la forma ordinaria.

26 En el auto séptimo referente al anterior se manda tambien que no se admita de determinaciones dadas en los juicios posesorios de qualquier calidad y entidad que sean, ni de las sentencias de vista mandadas executar sin embargo de segunda suplicacion, sin que quienes le introduzcan, justifiquen en el Consejo haber pedido licencia para suplicar de ellas y denegádoseles: ni tampoco de los autos interlocutorios dados en los pleytos en que tiene lugar dicho recurso,

(*a*) Auto 3 tit. 14 lib. 2 R. (*b*) Auto 4 tit. 14 lib. 2 R.

sino es que contenga daño irreparable por la difinitiva, baxo de multa arbitraria á los Abogados que los firmaren, si resultase de los autos no venir justificadas las causas porque se introduxeron; y en quanto á la fianza dice lo siguiente: "Para la introducion de los dichos recursos preceda depósito de 500 ducados de vellon, ó fianza lega, llana, y abonada hasta en esta cantidad de la parte que lo introduxere, que ha de recibir por su cuenta y riesgo el Escribano ante quien se otorgare, en que desde luego se le condena, en caso de que el Consejo con vista de los autos reconozca averse valido las partes del remedio del recurso, sin verificarse por él las causas, y motivos que le justifiquen; y dicha condenacion se aplica por tercias partes, la una para la cámara de su Magestad, otra para los Jueces de la Chancillería, ó Audiencia de donde viniere el recurso, y la otra para la parte contra quien se intentare, quedando libres de las obligaciones del depósito, ó fianza los pobres, que como tales uvieren litigado, y lo justificaren en el Consejo, cumpliendo con la de hacer caucion juratoria en la forma ordinaria en la Chancillería, ó Audiencia donde litigaren, que es la misma forma en que por el referido auto de diez y siete de febrero estan aplicados los cincuenta mil maravedís; y en estos casos se mandará por el Consejo traer copia de los autos, y con ellos se ha de passar por la Sala de Gobierno, á quien privativamente toca la determinacion del recurso, sin que de la que se diere pueda haber suplicacion, ni revista: todo lo qual se guarde inviolablemente." Sobre si para la introduccion de este recurso ha de ser notariamente injusta la sentencia véanse los AA. que se citan. (*a*)

27 En los concursos de acreedores quando alguno de los que comparecieron y fueron graduados, quiere percibir la cantidad que segun la sentencia le corresponde, debe dar para ello fianza lega, llana y abonada que llaman *de acreedor de mejor derecho*, y por otro nombre *depositaria* "de que siempre que ocurra otro acreedor que tenga derecho mas privilegiado contra los bienes del deudor, ántes ó despues de

(*a*) Surd. consil 324 lib. 3 nn. 4 y 8. Fontanel. decis. 287 nn. 10, 11, 13 y 14. Salg. de Reg. prot. part. 3 cap. 9 nn. 35 y 36. Caldero Decis. crim. part. 2 decis. 96 n. 27.

executoriarse la sentencia, restituirá á aquel la cantidad que percibiere, luego que sea requerido para ello y se le mande por el Juez de la causa, y en su defecto lo hará el fiador, hecha excusion en los bienes del acreedor por quien constituye la fianza." (a) El motivo de darla es para que si despues de la graduacion aparece algun acreedor que no fué citado, ó que aunque lo hubiese sido, no pudo pedir por no haberse cumplido el término, ó verificado la condicion puesta en su escritura, no quede perjudicado teniendo mejor derecho, ni el acreedor que percibió su débito, pueda excusarse á volver la cantidad percibida, y haya de ser compelido á su entrega como á un depositario, en cuyo concepto se le debe tener en este caso. Tambien puede el mismo acreedor hipotecar cosa raiz suya á la responsabilidad de dicha cantidad, y entónces no tiene precision de afianzar. (b)

28 En los pleytos de mayorazgos y otros de grave consideracion que se principian y acaban por sentencias de vista y revista en las audiencias y chancillerías de nuestra península, suele la parte que se siente agraviada, interponer suplicacion para ante la Real Persona; y para que se le admita, debe acudir ante los Jueces que las pronuncian dentro de los 20 dias siguientes al de su notificacion, obligándose y dando fianza de satisfacer 1500 doblas de cabeza, (c) si las sentencias se confirmaren por los Ministros que el Rey elija para la decision del negocio. Despues de declarada por suficiente la fianza y admitida la suplicacion se ha de presentar con testimonio de la admision y suplicacion ante S. M. y por su ausencia ante el Gobernador del reyno dentro de 40 dias precisos, y no ha de executarse la sentencia de revista hasta que se confirme; pero si esta y la de vista son conformes en todo ó en parte, se pueden executar en lo que lo sean no obstante la segunda suplicacion, dando préviamente la parte en cuyo favor se dieron, fianza á satisfaccion de los Jueces de quienes se suplicó, de que si en la sentencia tercera se revocaren las otras, volverá la cantidad principal

(a) Salg. Labyr. cred. part. 1 cap. 8 n. fin. y part. 2 cap. 6 nn. 1 y sig. (b) Acerca de esta fianza véase lo explicado en el lib. y cap. 3 de la segunda part. (c) Componen 218397 reales y 2 maravedís que son los que se depositan hoy á razon de 14 reales y 9 maravedís cada una.

que percibiere, con los frutos producidos. (*a*) Si el Fiscal Real es el suplicante, solo está obligado á dar fianza de 1Ø doblas, pues por las 500 restantes no necesita afianzar á causa de pertenecer al fisco; y para las mil obligará los bienes de este como principal, y el Receptor de penas de Cámara de la Chancillería en donde se hubiese suplicado, como fiador los maravedís de estas, con cuya fianza se le debe admitir la segunda suplicacion. (*b*)

29 En las fianzas pueden los fiadores obligarse simplemente, ó como pagadores principales. Si se obligan simplemente, han de constituir obligacion de pagar el débito á falta del deudor principal y verdadero, hecha excusion en sus bienes, pues de obligarse en otros términos no serán fiadores, sino deudores principales, porque la fianza es una seguridad subsidiaria que se da al acreedor para que tenga contra quien repetir y no pierda su crédito, caso que el deudor principal sea fallido. Pero si se constituyen pagadores principales, harán suya la deuda agena y renunciarán el beneficio de la excusion en los bienes del deudor, para que se entiendan directamente con ellos y no con este las diligencias concernientes á conseguir la solucion del débito y costas que se causen: en cuya atencion podrá el acreedor dirigir su accion contra ellos á prorata ántes que contra el deudor. Si quisieren obligarse como principales insolidum, en expresándolo ó añadiendo á lo dicho la renuncia del beneficio de la division, podrá asimismo el acreedor reconvenir por el todo á cada uno ántes que al deudor, pues del modo que los fiadores se obliguen, quedarán obligados: siendo de advertir al Escribano que en la admision de fianzas camine con precaucion y seguridad, porque regularmente son de su cargo y no del Juez, excepto en las tutelas, curadurías y negocios de república; bien que está exênto de la responsabilidad en cinco casos, que son: quando tomó abonador de los fiadores, quando las recibió por mandato ex-

(*a*) Leyes 1 y últ. tit. 20 lib. 4 R. (*b*) Leyes 4 y 10 tit. 20 lib. 4 R. Paz tom. 1 part. 7 cap. unic. nn. 121 y sig. Quien quisiere instruirse con mas individualidad de esta materia, vea á los títulos 19 y 20 lib. 4 R. las leyes que se citan á su final, y el tit. 20 del mismo libro de los autos acordados; y en quanto á las suplicaciones de Indias, á Paz cap. cit. en que trata de todas.

preso del Juez, quando el principal era muy abonado, ó el fiador al tiempo de constituir la fianza, ó quando la parte se contentó con él. (*a*)

§. II.

De la mancomunidad.

30 La mancomunidad *es un contrato por el qual dos ó mas personas se obligan como principales á pagar á prorata, ó cada una insolidum la deuda que contraen.* Diferénciase la mancomunidad de la fianza, en que en esta se obligan los simples fiadores á la solucion del débito á falta del deudor principal, hecha excusion en sus bienes; y aunque se obliguen como pagadores principales, siempre hay uno ó mas que son los verdaderos deudores; pero en la mancomunidad todos son deudores principales, ya se obliguen simplemente, ya cada uno por el todo, y no hay que hacer excusion en los bienes del uno para reconvenir al otro por su parte, pues á un propio tiempo puede el acreedor dirigir su accion contra todos. Convienen en que por ámbas quedan todos obligados, segun se obliguen.

31 Si cada uno se obliga simplemente á satisfacer la deuda ó cumplir otro contrato, debe ser reconvenido solamente por su parte, y si se obliga insolidum, puede el acreedor reconvenirle por el todo. (*b*) Si alguno ó algunos son pobres, ó no estan en el lugar al tiempo que el acreedor pide la deuda, deben pagarla por entero los sócios mancomunados, sean uno ó mas; (*c*) y pendiente el pleyto contra uno de los deudores puede el acreedor dirigir su accion contra el otro, aunque sea despues de dada la sentencia. (*d*)

32 Se controvierte si habiendo pagado uno por todos y

(*a*) Bobad. lib. 3 polit. cap. 15 n. 104. Ayllon adic. á Góm. lib. 2 Var. cap. 13 n. 24. (*b*) Ley 1 tit. 16 lib. 5 R. Esta ley es contraria á la auténtica Hoc ita Cod. de duobus reis stipulandi, cuya renuncia ponen los Escribanos en este contrato, y á la ley 10 t. 12 P. 5 concordante con ella en esta parte. (*c*) Ley de Partid. cit. al fin. (*d*) Salg. Labyr. part. 1 cap. 17 nn. 10, &c. y 34 Parlad. lib. 2 Rer. quot. cap. fin. part. 5 §. 11 n. 22.

obtenido el lasto del acreedor, podrá repetir contra qualquiera de los demas mancomunados por el todo, deducida la parte que como á uno de ellos le tocó satisfacer, y aquel que se lo pague, usar de la misma accion contra otro de los consócios baxada la suya, y así los demas por el resto hasta la extincion del crédito, ó solo á prorata contra todos; y parece que debe ser por el todo, porque de lo contrario se hace el primer pagador de peor condicion que los demas, siendo así que todos se obligaron insolidum é idénticamente sin distincion, y que el acreedor pudo repetir contra cada uno de ellos como contra el otro. Ademas se le seguirán muchos perjuicios de tener que litigar con todos, aunque sea en un juicio, y de poco le servirán la cesion y subrogacion de los derechos del acreedor, puesto que no goza enteramente de ellos. Propone esta duda Olea, (*a*) y para evitar las que pueden ocurrir sobre ello, mediante á que no hay disposicion legal que las disuelva, preguntará el Escribano á los contrayentes, instruyéndoles primero de todo, lo que se ha de hacer en este caso, y lo que resuelvan se pondrá en la escritura que servirá de ley y regla. Y no es de omitir que si uno de los mancomunados percibió toda la utilidad del negocio, puede pedir el otro que se le demande primero: (*b*) que si uno pagó toda la deuda que dimana de causa onerosa, y todos participaron de la utilidad, puede repetir de los demas sus partes á proporcion de la que percibieron, mas no, si él la disfrutó toda; y que si son deudores por causa lucrativa, no puede. (*c*) (1)

33 Las escrituras de mancomunidad tienen muy poco que hacer, pues segun el pacto de los contrayentes deben extenderse. No necesita el Escribano de poner en ellas renuncia de las leyes del derecho comun por la razon que ya he dado, y quando dos ó mas se obligan de mancomun insoli-

(*a*) De Ces. jur. t. 5 q. 5. (*b*) Góm. lib. 2 Var. cap. 12 n. 2. (*c*) Góm. lug. cit. n. 3. Ayllon n. 4.

(1) A lo dicho añade Gómez (n. 3 al fin) que si uno de los acreedores mancomunados cobra toda la deuda, tiene que comunicarla con los demas, si lo son por causa onerosa, y no, (excepto que sean sócios) si lo son por causa lucrativa; pero yo léjos de comprehender por qué en este último caso hayan de perder el derecho á sus partes los mancomunados que nada percibieron, lo tengo por un notable error.

dum, es superfluo renunciar el beneficio de la division y excusion, y las leyes de la mancomunidad, pues basta decir, *que todos se obligan de mancomun, y cada uno* insolidum *á satisfacer á dicho Pedro tantos reales, &c.* Si se obligan simplemente, en diciendo *que se obligan de mancomun á pagar á dicho Juan tantos reales, ó que se obligan á prorata, &c.* pagarán solamente su parte, y los ricos por los pobres. Así que, todas las demas renuncias son paja, y no sirven de otra cosa que de abultar y confundir á los contrayentes, y aun á muchos Escribanos que ignoran su contenido, en prueba de lo qual vemos que algunos interpolan en las fianzas la renuncia de las leyes de la mancomunidad, y en esta la de unas y otras, procediendo todo esto de su excesiva impericia y suma falta de aplicacion; y lo peor es que el vulgo los tiene por hábiles y se hallan cargados de negocios; pero los Jueces y Letrados se rien con justa razon de ellos, y no hacen caso de sus renuncias, teniéndolas por no puestas, en atencion á que los mas de los Escribanos no saben ni entienden lo que ponen, ni lo que ordenan ó prohiben aquellas, porque no son latinos ni estudian, y solo se gobiernan por el formulario que han aprendido de otros tan ignorantes como ellos.

§. III.

De la fianza de arraygo, caucion juratoria é indemnidad.

34 Ninguno está obligado á dar fianzas, si al tiempo de la celebracion del contrato principal no se le pidieron, á no ser que disipe sus bienes, ó que quiera irse á vivir á otro pueblo, en cuyos dos casos puede ser preso hasta que arraygue, y dé fiador lego, llano y abonado, (*a*) mas para ser precisado al arraygo debe preceder legitimacion del débito por confesion, escritura ó informacion al ménos sumaria. (*b*) Si es demandado en juicio y no halla quien le fie, basta que haga caucion juratoria de estar á derecho hasta la conclusion del pleyto; (*c*) y si el fiador se constituye insolvente, debe-

(*a*) Leyes 1 y 2 t. 18 lib. 3 del Fuero Real. (*b*) Ley 66 de Toro que es la 3 tit. 16 lib. 5 R. (*c*) Ley 41 t. 2 P. 3.

rá el deudor dar otro, quando la fianza se dió por disposicion de la ley y por forma del acto; pero no quando se dió por convencion de las partes, y el acreedor se contentó con él, (a) excepto que se pactase así.

35 La caucion juratoria es una promesa y obligacion que una ó muchas personas hacen con juramento de cumplir y executar alguna cosa, sea voluntariamente, ó por mandato del Juez, sin dar fianza ni prenda. (b) Esta promesa y obligacion obra el mismo efecto que la fianza, y regularmente se da por falta de fiador, quando el demandante ó demandado no hallan quien los fie por ser pobres, ni tienen prendas para la seguridad de lo que se les pide; ó quando la cosa sobre que recae, es de corta entidad, en cuyos dos casos basta su caucion juratoria, (c) la qual debe hacer el mismo interesado, no otro por él, y si la hace por órden de Juez, ha de extenderse á continuacion de la providencia que la motiva: debiendo advertirse que ningun Juez de la corte, chancillerías y audiencias puede recibir caucion de indemnidad de la parte por quien ha de dar la sentencia. (d)

36 Don Pedro Melgarejo, tratando de la caucion juratoria, dice que puede hacerla el marido por su muger, los parientes por consanguinidad y afinidad dentro del quarto grado, y los que tienen hacienda pro indiviso, unos por otros, citando en su apoyo la ley 10 tit. 5 P. 3; pero en esto padeció equivocacion, porque aquella no trata de la caucion, sino de que los referidos pueden defenderse en juicio sin poder del interesado, aunque para ello han de dar fianza con pena cierta de que este aprobará quanto se hiciere y juzgare en aquel pleyto, y de que no queriendo hacerlo, ellos y los fiadores pagarán la pena impuesta: añadiendo que deben darla ántes de la contestacion, que si entónces no se la piden, no estan obligados á ello, y que lo mismo puede practicar dando igual seguridad el que no es pariente, heredero, ni comunero. Prevéngolo al Escribano para que no aprenda errores ni equivocaciones.

37 Indemnizar quiere decir y es *sacar á alguien á paz y á salvo de la obligacion que contraxo, de suerte que si paga*

(a) Góm. lib. 2 Var. cap. 13 n. 7. (b) Ley 3 Cod. de Verb. signif. (c) Parlad. different. 61. (d) Leyes 16 tit. 5 lib. 2 y 9 t. 2 lib. 3 R.

ó pierde algo, se reintegre y no experimente perjuicio por ella. Las escrituras de indemnidad que por otro nombre llaman *de sacar á paz y á salvo*, suelen otorgarse para resguardo del que se obligó por fiador de otro, ó del que siendo realmente simple fiador se obliga como principal de mancomun, ó del que si es principal con otros mancomunados en una deuda, y desiguales en la percepcion y utilidad, se obligan mútuamente entre sí á indemnizarse y satisfacerse lo que les toca pagar mediante á no disfrutar igual beneficio aunque suene por sí y por otros motivos; en cuyos casos no puede el acreedor pedir al fiador de indemnidad la deuda sin hacer excusion en los bienes del deudor principal y de los verdaderos fiadores, aunque la haya renunciado. (*a*)

38 Si el padre enagena los bienes maternos de su hijo, y este acepta la herencia paterna, no puede demandarlos al poseedor sin hacer excusion en los paternos; pues aunque estos deben responder de aquellos, como el hijo está obligado á observar el contrato celebrado por su padre, no tiene accion á repetirlos, si dicha herencia es suficiente para reintegrarle de su importe, (*b*) por lo que hará la cuenta de que su padre nada le dexó.

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

OBLIGACION Y FIANZA SIMPLE.

39 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella = Otorga: que recibe prestados sin premio ni interés, como lo jura en forma solemne, de que doy fé, de Pedro Rodríguez de la misma vecindad tantos reales en tales monedas que contadas y suplidas sus faltas los importaron, de cuya entrega y recibo doy asimismo fé, por haberse hecho á presencia mia y de los testigos que se nombrarán, y como efectivamente entregado de ellos formaliza á su favor el resguardo mas

(*a*) Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 23 nn. 22 y 26. (*b*) Leyes 24 tit. 13 P. 5 y 3 al fin. t. 18 lib. 3 del Fuero Real. Góm. en la 48 de Toro n. 16.

conveniente, en cuya atencion se obliga á satisfacérselos, y ponerlos en su casa y poder, ó de quien tenga el suyo, para tal dia en una partida y buena moneda de plata ú oro usual y corriente, segun acaba de recibirlos, y no en otra cosa ni especie; y no cumpliéndolo quiere que se le apremie por todo rigor de derecho no solo á su satisfaccion sino tambien á la de las costas, salarios y menoscabos que se le causen, con los intereses, sin que necesite de mas prueba que su relacion jurada, ni preceda aviso, ni otra diligencia judicial ni extrajudicial, pues de todo le releva. Y para mayor seguridad de la expresada cantidad ofrece por su fiador á Juan Méndez vecino tambien de esta villa que está presente, quien se constituye por tal y se obliga á que si el mencionado Francisco no pagare al plazo estipulado los referidos tantos reales, ni se le hallaren bienes suficientes para completarlos, los satisfará incontinente el otorgante á su acreedor, ó lo que este dexe de cobrar, haciéndole constar judicialmente su falencia: á cuya conseqüencia quiere que las diligencias que ocurran en este caso, se entiendan con él, y le perjudiquen, como si fuese deudor principal, para la exáccion de los tantos reales, ó de lo que falte á su complemento, y asimismo de las costas y perjuicios que se le causen, por los que se ha de hacer la propia excusion y remate de bienes que por la cantidad prestada, á cuyo fin se constituye su simple fiador. Por tanto, ámbos otorgantes obligan sus personas y bienes al cumplimiento de lo pactado, &c. (*Si el deudor principal no concurre al otorgamiento de la escritura por haber constituido anteriormente su obligacion, ha de llevar el fiador la voz en aquella como único otorgante, y entónces se omitirá todo lo que concierne al obligado principal, haciéndose solo mencion de este y de la deuda que contraxo, por la que se le fia.*)

Obligacion y fianza de un deudor y tres fiadores obligados como principales por el todo cada uno.

40 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López, vecino de ella = dixo: (*aquí se pondrá la obligacion del deudor principal como en la antecedente, si no la ha constituido ántes, y proseguirá en*

esta forma.) Y para mayor seguridad del citado acreedor y del cobro de los expresados veinte mil reales ofrece por sus fiadores y pagadores principales legos, llanos y abonados á Pedro, Diego y Juan de tal vecinos tambien de esta villa, quienes se constituyen por tales, y en su conseqüencia se obligan todos tres de mancomun y cada uno insolidum á satisfacer al mencionado acreedor al plazo prefinido dicha cantidad, sin que tenga que practicar diligencia alguna contra el referido Francisco ni hacer excusion en sus bienes, pues la renuncian con la ley 9 tit. 12 P. 5 y demas que disponen, "que el fiador no pueda ser reconvenido ántes que el deudor principal:" se conforman con la octava del mismo título y Partida que dice: "que obligándose muchos fiadores por el todo estan obligados á cumplir lo que prometieron, y el acreedor puede demandar á todos, ó á cada uno de por sí todo el débito." Hacen suya la deuda agena, y queda de cuenta y cargo de cada uno la completa solucion de los enunciados veinte mil reales, queriendo ser demandados por estos primero que el deudor, y que todos los autos y diligencias que para su reintegro se ofrezcan hacer, se entiendan con cada uno de ellos y no con aquel, sin perjuicio de la accion que el acreedor tiene contra él, pues queda en su fuerza y vigor, para que use de ella á su arbitrio y eleccion. Asimismo se obligan á pagarle en la propia conformidad con los intereses todas las costas, gastos y menoscabos que por su morosidad se le ocasionen, de cuyo importe defieren la liquidacion en su relacion jurada, ó de quien haga sus veces, relevándole de otra prueba. Por tanto, á la observancia de este contrato obligan sus personas, &c.

Fianza de saneamiento.

41 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien doy fé, conozco = dixo: que á pedimento de Antonio Sanchez de la propia vecindad se despachó mandamiento de execucion en tal dia por el Señor Don F. Corregidor de ella, refrendado de F. Escribano de su número, contra Pedro Rodriguez, vecino asimismo de ella, por tantos mil

reales que le está debiendo en virtud de escritura de obligacion otorgada á su favor en , &c. cuya execucion trabó y mejoró ante mí en diferentes bienes F. alguacil de este juzgado , quien por ignorar si son ó no suyos , y suficientes para completar dicha cantidad , su décima y costas , le requirió que diese fiador de saneamiento , y que en su defecto le pondria preso conforme á lo que manda la ley recopilada : en cuya atencion para evitar que se le ocasionase semejante molestia , se conviene el otorgante en fiarle , y en su conseqüencia , mediante el consentimiento por escrito que tengo del acreedor para recibir la fianza en que se conformó con dicho fiador , en la forma que mas haya lugar en derecho , cerciorado del que le compete = Otorga, declara y asegura que los bienes seqüestrados al deudor, son suyos y libres , y que al tiempo del remate serán bastantes para la solucion de la mencionada cantidad , su décima y costas causadas y que se causen hasta su efectivo pago ; y que si no fueren suyos , ó suficientes á justa tasacion para todo , se obliga á satisfacérselo sin excusa ni dilacion incontinente que sea requerido y le haga constar por diligencia judicial su falencia é incertidumbre , ó lo que deducido su importe falte al total reintegro , sin que en ninguno de dichos casos necesite el acreedor hacer excusion en los bienes restantes del deudor por el todo ni parte ; pues el otorgante la renuncia con todo lo demas que le sea favorable , para que de ningun modo le sufrague , á cuyo fin se constituye su fiador de saneamiento en forma legal , hace propia la deuda agena , quiere y consiente en que el mandamiento de pago que se libre , se entienda y dirija en los términos propuestos contra su persona y bienes , como si fuese deudor principal , que por tal ha de ser tenido en los casos expresados : otorga la fianza de saneamiento mas estable con todos los requisitos necesarios para su validacion , y á su cumplimiento obliga su persona y todos sus bienes , &c.

Fianza de la ley de Toledo.

42 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano del Número y testigos Francisco López veci-

no de ella, á quien doy fé, conozco = dixo: que Juan Rodríguez que lo es de tal villa, siguió autos executivos contra Pedro Hernández que lo es de tal lugar de esta jurisdiccion, ante el Señor Don N. Corregidor de esta villa por tanta cantidad que le está debiendo en virtud de papel reconocido, en los quales pronunció sentencia de remate ante mí en tal dia mandando expedir el correspondiente mandamiento de pago, y que para ponerle en execucion diese el actor la fianza prevenida por la ley de Toledo; y en atencion á que está pronto á darla, asegura que si la referida sentencia fuese revocada, ó modificada por tribunal superior, ó siempre que sea condenado á su restitucion en dicho juicio ó en otro el citado Juan, volverá este incontinente que sea requerido, la cantidad que percibiere en virtud de ella, ó la parte en que se moderе con el duplo, segun lo previene dicha ley; y por si no lo cumple, promete el otorgante satisfacerla sin la menor excusa ni demora, á cuyo fin hace propia en este caso la deuda agena y quiere ser apremiado por todo rigor no solo á su solucion sino tambien á la de las costas, gastos y perjuicios que se causen al expresado Pedro Hernández, en cuya relacion jurada defiere su importe, relevándole de otra prueba, hecha ántes excusion en los bienes del referido Juan; y á ello obliga su persona y todos sus bienes, &c.

Fianza de la ley de Madrid.

43 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López, vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = dixo: que Pedro y Juan de tal principiaron autos ante el Señor Don N. Corregidor de esta villa sobre tal cosa, y considerando lo costosa que les seria su prosecucion, las dilaciones que experimentarian y lo dudoso de sus resultas, determinaron comprometerlo y con efecto lo comprometierón en Don N. y Don N. Abogados de los Reales Consejos, á quienes concedieron la competente facultad para decidir como árbitros, ó arbitradores las pretensiones de ámbos, obligándose á pasar por la sentencia que profiriesen; y en uso de esta facultad habiendo visto los autos y documentos producidos, y oido

los fundamentos en que cada uno afianzaba su pretension, pronunciaron su sentencia en tantos de tal mes y año ante N. Escribano con la solemnidad competente, sobre lo que se comprometieron los litigantes, y dentro del término prefinido en el compromiso, condenando al mencionado Pedro, &c. (*se expresará la condicion*) cuya sentencia se le hizo saber; y por no haber cumplido con su mandato, pidió dicho Juan al Señor Corregidor que la mandase executar, á lo que defirió ante mí en tal dia con tal que diese la fianza que en este caso previene una ley de Madrid, y el otorgante se convino en ser su fiador, á cuya conseqüencia otorga y se obliga á que si la expresada sentencia arbitraria fuere revocada por tribunal superior, restituirá el citado Juan incontinente que sea requerido, todo lo que hubiere percibido en virtud de ella con los frutos y rentas que produxere, segun se mandare en la executoria, y no cumpliéndolo, lo pagará el otorgante como su fiador, hecha excusion en sus bienes, á cuyo fin hace suya la deuda agena, quiere ser apremiado á ello por todo rigor de derecho, &c. (*Prosegairá como la antecedente, y en las transacciones y sentencias confirmatorias de los pareceres de contadores se observará lo propio.*)

Fianza de la haz y cárcel segura.

44 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López, vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = dixo: que Pedro Rodriguez de la misma vecindad está preso en la Real cárcel de esta villa á pedimento de Juan Fernández por tal delito, cuyos autos tuvieron principio en tantos de tal mes, &c. (*se relacionará la causa que sea, ante qué Juez pende y su estado*) y por ser causa de que no puede resultar pena corporal, solicitó se le soltase de la prision en que se halla, á lo que defirió dicho Señor Juez en tal dia, con tal que diese ántes la fianza de la haz y cárcel segura: en cuya atencion noticioso el otorgante de esta providencia condescendió á su instancia en fiarle, y para que consiga la libertad que pretende = Otorga: que recibe en fiado y se constituye carcelero comentariense del referido Pedro Rodriguez renuncian-

do las leyes de la entrega, y en su consequencia se obliga á volverle á la prision de que se le saca, dentro de tantos meses contados desde hoy, ó siempre que el referido Señor Juez ú otro competente, se lo mande, y no cumpliéndolo, á pagar tanta cantidad, habiendo de sufrir asimismo las penas que como á tal carcelero se le impongan, y á no pedir nuevo término, sin embargo de que la ley 17 tit. 12 P. 5. le concede un año, pues la renuncia con las demas que le sean favorables. Asimismo se obliga á estar á derecho y pagar aquello en que sea condenado en todas instancias y tribunales, con las costas que se causen en la exáccion de todo, á cuya solucion quiere ser compelido por todo rigor legal en virtud de esta escritura, para lo qual se constituye deudor principal, hace propia la deuda agena, y consiente en que las diligencias que ocurran, se entiendan y practiquen directamente con él y no con el enunciado Pedro, en cuyos bienes renuncia la excusion con lo demas que le puede sufragar y ser útil en este caso. Por tanto, á la firmeza de esta escritura y cumplimiento de su contenido obliga, &c.

Obligacion y fianza de acreedor de mejor derecho.

45 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = dixo: que es acreedor censualista á los bienes de Juan de Rueda, de cuyos autos y ocurrencia conoce el Señor Don N. Corregidor de esta villa, quien en el que proveyó ante mí á pedimento del otorgante en tantos de este mes, mandó que dando fianza de acreedor de mejor derecho con el capital de su censo, que está depositado en tales arcas, y constituyendo obligacion de ratificarla, quando se vuelva á imponer, se le entreguen tantos reales, importe de los réditos que se le estan debiendo, y que formalice de ellos la carta de pago correspondiente; y estando pronto á esto y poniéndolo en execucion, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorga, y se obliga por sí y por quien tenga su accion, á volver incontinente que sea requerido sin la menor excusa ni dilacion los mencionados tantos reales, en el caso de que por parecer acreedor mas

privilegiado no deba percibirlos, y se le mande devolverlos por lo mismo en qualquier tiempo: á lo qual y á la solucion de las costas que por su morosidad y contravencion se originen en su exâccion, quiere ser compelido por todo rigor de derecho y via executiva en virtud de esta escritura, sin que sea necesario otro documento, citacion, ni diligencia, pues todo lo renuncia para que no se difiera su cobranza. En esta atencion para la mayor firmeza de lo que ha prometido, sin que la obligacion general derogue ni perjudique á la especial, ni por el contrario, sino que se ha de poder usar de ámbas, hipoteca á su responsabilidad los tantos reales de réditos con tantos mil, capital del enunciado censo, quiere que en la nueva imposicion que se haga de ellos, se hipotequen á favor de qualquier acreedor de mejor derecho, se obliga á ratificar esta escritura al tiempo que se impongan, prohibe el nuevo destino que se dé sin este gravámen, para que no tenga validacion ni pase derecho á tercero poseedor, y á mayor abundamiento consiente en que se note y prevenga en las partes conducentes, para que siempre conste, y otorga la fianza mas solemne y firme que sea precisa. Por tanto, obliga á su observancia, &c.

46 Si un tercero fuere fiador, se ordenará la fianza como otra qualquiera, observando en la relacion y decision lo substancial del contrato, y poniendo las seguridades que contienen las precedentes; pues sabiendo el fin á que se dirige la fianza, lo mismo es extender una que otra, y con lo que se ha explicado, poco tiene que hacer el Escribano, quien para instruirse mejor del modo de ordenarla, sea en virtud de sentencia de vista, ó de revista, podrá ver lo que se explica en la segunda parte y juicio de concurso n. 30, adonde le remito.

Fianza de mil y quinientas doblas.

47 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella = dixo: que ha seguido pleyto con tal concejo en tal Chancillería sobre tal cosa, en el qual los Señores Presidente y Oidores de la mencionada Chancillería dieron sentencia en grado de revista condenándole en tal cosa, de cuya sentencia por serle

gravosa, suplicó segunda vez en el término legal para ante S. M. y se le admitió la súplica con la calidad de que constituyese obligacion, y diese la fianza que previene la ley de Segovia recopilada: á cuya conseqüencia para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, otorga y promete que si la sentencia referida fuere confirmada por los Señores Jueces, á quienes se cometiere la decision del mencionado pleyto, pagará incontinente que sea requerido, las mil y quinientas doblas y las costas que se causen en su exáccion á la otra parte, cuya liquidacion defiere en su juramento, relevándole de otra prueba, y queriendo ser apremiado por todo rigor de derecho; y para mayor seguridad de lo que ha prometido, se constituye su fiador Juan Rodríguez vecino de esta villa, quien se obliga á que si el enunciado Francisco no satisfaciere la cantidad de principal y costas, á que se ha obligado, en el mismo acto que se le pida, la pagará el otorgante sin la menor excusa ni dilacion, y sin que sea preciso hacer excusion en sus bienes ni practicar mas diligencia con él que el requerimiento para que lo cumpla: en cuya atencion hace suya la deuda agena, se constituye pagador llano y principal, y consiente en que con él se entienda y practique todo lo demas que ocurra y no con dicho Juan, á cuyo fin renuncia la ley 9 tit. 12 P. 5 que dice, *que primero se ha de demandar al principal que al fiador, y que este debe pagar en caso que aquel sea pobre*, y las demas que le favorezcan, para que en ningun tiempo le sufraguen. Por tanto, á la observancia de lo contenido en esta escritura obligan ámbos otorgantes sus personas, y todos sus bienes y derechos, &c.

48 En esta escritura se obliga el fiador como pagador principal, y así podrá ser reconvenido sin que se haga excusion en los bienes del deudor con solo constar por el requerimiento que no pagó; pero si quiere obligarse únicamente como fiador simple, extenderá el Escribano la escritura como la ordenada en el n. 40, pues el verdadero fiador no debe obligarse en otros términos. Si el principal no concurre á la escritura, ha de llevar solamente la voz en ella el fiador como único otorgante.

49 La fianza de calumnia se manda dar en las pesquisas y residencias, y quando alguno capitula á otro, y se re-

cibe con el fin de que si el capitulante es malicioso y no justifica el delito que imputa al otro, no quede sin castigo, ni el juicio ilusorio. Por ella se ha de obligar el fiador "á que si el capitulante no probare el tal delito ó calumnia, pagará la pena pecuniaria en que se le condene y condenaria al capitulado, si resultase reo verdadero, ó tanta cantidad determinada incontinente que sea requerido, sin hacer excusion en los bienes del calumniador, &c." y proseguirá como las demas, pues omito extenderla, por ser fácil su formacion y servir de regla el auto en que se manda dar, el qual y la acusacion deben relacionarse en la fianza, de la que ha de ponerse copia en los autos, ó nota de estar dada.

Obligacion de mancomunidad simple.

50 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro, Juan, Diego y Martin de tal vecinos de ella, á quienes, doy fé, conozco=Otorgan: que se obligan de mancomun á pagar á prorata sin excusa ni dilacion, y poner á su costa para tal dia por su cuenta y riesgo en casa y poder de Francisco López, vecino y mercader de tal parte, en una partida y buena moneda de plata, ú oro usual y corriente, y no en otra cosa ni especie, tanta cantidad que les ha prestado para remediar sus urgencias con premio ó interes de un tres por ciento, y no mas, como lo juran por Dios y una cruz en forma legal, de que doy asimismo fé, (*se pondrá la confesion de la entrega y recibo como en la obligacion con prenda*) y sino lo cumpliesen, segun han prometido, quieren que el acreedor dirija su accion contra cada uno por su quarta parte y premio correspondiente, y les apremie por todo rigor á su pago, y á la de costas y perjuicios que se le causen en su exâccion, cuya liquidacion defieren en su juramento, ó de quien sea parte legítima, relevándole de otra prueba; y si alguno ó algunos fueren á la sazon pobres, se ha de repartir su parte entre los restantes, haciéndoles constar el acreedor su indigencia, á cuya satisfaccion se les ha de poder compeler igualmente, &c. (*Proseguirá como la obligacion de mútuo.*

Obligacion de mancomun insolidum.

51 En tal parte tal dia, mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro, Juan, Diego y Martin vecinos de ella = Otorgan: que reciben en este acto de Francisco López de la propia vecindad tantos mil reales que para remediar sus urgencias les presta sin premio, ni interes (como lo juran en forma legal, de que doy fé) en tales monedas, (*se pondrá la fé de entrega y recibo como en la obligacion de pagar dinero prestado.*) Y en su conseqüencia todos quatro se obligan de mancomun y cada uno insolidum á pagar para tal dia, y poner á su costa por su cuenta y riesgo en casa y poder del expresado Francisco López los mencionados tantos mil reales en una partida, y buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no en otra cosa ni especie; y sino lo cumpliesen, quieren que pasado el término prefinido les apremie executivamente á su completa satisfaccion, y al de las costas y perjuicios que se le ocasionen, cuya liquidacion defieren en su juramento relevándole de otra prueba; y que á este fin pueda dirigir su accion contra cada uno por el todo, ó contra todos á prorata, sin que la eleccion de lo uno le imposibilite de solicitar lo otro siempre que quiera, hasta que se verifique el total reintregro de principal y costas, y sin que preceda la excusion en los bienes del uno para reconvenir al otro, ni citacion, requerimiento, ni otra diligencia, porque la renuncian con todo lo demas que les sea propicio: (*proseguirá como la obligacion de mútuo, y si las partes quisieren y no de otra suerte, añadirá*) Y si alguno de los otorgantes pagare toda la cantidad referida, ó mayor parte que la que como á uno de quatro le corresponde, ha de tener facultad, como por esta escritura se le da, de repetir por el resto deducida su quarta parte, con el lasto del acreedor contra todos los demas á prorata, ó contra qualquiera de ellos insolidum á su arbitrio, y lo mismo han de poder hacer los otros, para lo qual se confieren las mas amplias facultades que necesiten, y se ceden las respectivas acciones que les competen y pueden competir: lo qual se entiende, ya pague simplemente el primero, ó como tal mancomunado, ó de otra qualquier suerte al acreedor, ya este le dé, ó

no el lasto en el acto de la paga, pues en todo caso quieren que los que vayan pagando, gocen enteramente del beneficio de la cesion de acciones, como si cada uno fuese el acreedor principal: que si alguno fuese fallido, ó no estuviere en el pueblo al tiempo de intentar la accion, se observe el mismo órden y repeticion; y que todos y cada uno se subroguen, como desde ahora quedan subrogados, en el derecho del acreedor, no obstante qualesquier disposiciones legales contrarias que renuncian para que jamas les sufraguen. Por tanto, al cumplimiento de, &c.

Caucion juratoria.

52 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, cumpliendo lo que se le ha mandado en el auto precedente, baxo de juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, promete y se obliga á, (*se pondrá lo que ha de hacer*) segun y en la conformidad contenida en dicho auto, á lo que no se opondrá baxo la pena de ser habido por perjuro y demas á que haya lugar, queriendo ser compelido á su cumplimiento por todo rigor, y que no se le admita excepcion, aunque sea legal, pues la renuncia con todo lo que sea favorable. Así lo dixo, otorga, &c.

Escritura de indemnidad, ó de sacar á paz y á salvo.

53 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = dixo: que Antonio Rodriguez salió por su fiador, y ámbos se obligaron en un todo á pagar á Diego Fernández tantos mil reales por tal razon; y para que quede indemne de la obligacion que constituyó, y jamas sea perjudicado en cosa alguna, puesto que no ha tenido el menor interes ni utilidad en su importe, en la mejor forma que haya lugar en derecho = Otorga, y se obliga á sacar á paz y á salvo al citado Antonio de la mencionada fianza, y para su mayor seguridad, sin que la obligacion general derogue, ni perjudique á la especial, ni por el contrario, sino

que se ha de poder usar de ámbas, hipoteca especial y expresamente una casa que le pertenece en esta villa en tal calle, (*se pondrán sus linderos, medida, fábrica y sitio, como tambien relacion de sus títulos, si se quisiere*) la qual está libre de toda especie de gravámen, y quiere que si el enunciado Diego, ú otro en su nombre le pidiere y exîgiere alguna cosa, se proceda contra la expresada casa por via executiva y todo rigor de derecho, hasta que quede indemnizado enteramente de la obligacion que formalizó por él, y de todos los gastos procesales y personales, y perjuicios que se le causen, cuyo importe defiere en su juramento con relevacion de otra prueba: en cuya atencion otorga á su favor la escritura de indemnidad que sea mas estable y eficaz, y se obliga igualmente á no enagenar la dicha casa, interin no se extinga dicha obligacion, y si lo hiciere, sea nulo. Ademas, aunque esté en poder de tercero, quarto, ó mas remoto poseedor, ha de subsistir siempre afecta á la responsabilidad de la citada fianza y poder repetir contra ella, del mismo modo qui si el otorgante la poseyera, á cuyo fin la grava tambien á la observancia de este pacto, para que sea mas firme y no se pueda contravenir á él: todo lo qual quiere se prevenga en los títulos de pertenencia de la citada casa y demas partes conducentes para que siempre conste de este gravámen y obre los efectos á que haya lugar; como asimismo que se tome la razon en la oficina de hipotecas en el término prefinido por la Real pragmática baxo la pena que esta impone. Por tanto, al cumplimiento de lo referido obliga, &c. (*Proseguirá como en la obligacion con hipoteca.*)

CAPÍTULO XX.

De las cartas de pago y finiquitos.

§. I.

1. El acreedor debe dar al deudor recibo ó carta de pago de lo que le satisface, expresando de qué procede y en qué especie se lo entrega, para que quede seguro. Esta carta de pago puede ordenarse dando fé el Escribano de la entrega de la cosa ó cantidad, y especificándola con toda claridad, de modo que no se dude de su género, especie, número, peso, ó medida, si se hace á su presencia, y la vé ó cuenta, y sino, sin darla, en cuyo caso ó en el de no conocer el Escribano las monedas ha de confesar el acreedor que la ha recibido, renunciar la excepcion que podia oponer de no parecer de presente al tiempo que se otorga la carta de pago, y si es dinero, de no entregarse entónces, y los dos años que la ley 9 tit. 1 P. 5 prefine, para que excepcione y pruebe en ellos no habérsele pagado; porque sino hace esta renuncia, debe justificar el deudor que se la satisfizo, y por el contrario haciéndola incumbe al acreedor la prueba de no haberla recibido que ha de hacer dentro de los dos años referidos, pues pasados no se le admitirá la excepcion por no oponerla en tiempo oportuno; y si ademas jura el acreedor haber recibido la tal cosa ó cantidad, y que jamas la pedirá ni alegará excepcion que le favorezca obligándose á ello en forma, quedará mas asegurado el deudor y la carta de pago mas firme. (*a*) Pero el Escribano no ponga el juramento sin órden del otorgante. (1)

(*a*) Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 29 y 37. Cur. Phil. Comer. terr. lib. 2 cap. 7 n. 30. Salg. Labyr. cred. p. 3 cap. 13 n. 26.

(1) Pagándose la deuda debe el acreedor dar al deudor la escritura de ella y otra pública de la paga. (Leyes 17 vers. E aunque tit. 2 y 81 vers. Eterno t. 18 P. 3.) Ademas ha de cancelarse el registro de la deuda, (Greg. Lóp. dicha ley 81 glos. 3) y el acreedor ha de pagar los derechos de la carta de pago y cancelacion. (Ley 6 t. 14 lib. 6 R.)

2 *El finquito* es *quitamiento*, *liberacion* é *indemnizacion* que uno da á otro, obligándose á no pedirle cosa alguna por la administracion de las suyas que tuvo á su cargo. (*a*) Puede ser especial y general: especial, quando se da por razon de cuenta particular; y general, quando es de todas cuentas. (*b*) El que tiene administrador de sus bienes, puede ser compelido á darle finiquito especial, si le paga el último alcance que resulta de la cuenta de su administracion, pero no general, porque puede haber fraude, (*c*) al modo que el administrador debe darle cuenta de la administracion en qualquier tiempo que se la pida, miéntras no prescriba el prefinido para usar de la accion personal; y lo mismo puede hacer de la tutela el menor de 25 años y mayor de 14 á favor de su tutor, (*d*) y valdrá no habiendo lesion ni engaño. El finiquito ha de ser de cosas determinadas, y siendo de cuenta particular consigue el administrador liberacion de ella y no puede ser demandado en lo sucesivo; pero si es general, la consigue solamente hasta el dia en que la da, hasta el qual por nada se le debe reconvenir, no habiendo omitido en la cuenta alguna partida; pues si la omite, no vale en esta parte el finiquito, aunque no haya intervenido engaño, porque no se amplia á lo oculto é ignorado. Lo propio milita habiendo error y fraude, á ménos que en él se quite y deshaga; de suerte que para su estabilidad ha de darse la cuenta clara y plenamente sin dolo ni ocultacion, y de lo contrario valdrá solo en lo legítimo y verídico. (*e*) (1)

(*a*) Ley 1 t. 14 P. 5. (*b*) Leyes 14 y 81 t. 18 P. 3. (*c*) Cur. Philip. Comer. terr. lib. 2 cap. 10 n. 2. (*d*) Ley 102 t. 18 P. 3. (*e*) Leyes 14 y 81 t. 18 P. 3, y 30 t. 11 P. 5 y su glos.

(1) Si se da el finiquito sin tener á la vista el libro de cuentas que el Administrador tiene obligacion de mostrar, no se tendrá por legítimamente dada la cuenta sino con dolo, y por tanto no valdrá la liberacion del finiquito, aunque se pongan en él qualesquiera renuncias y penas al contraventor. Y es de tener presente que á quien dice que la cuenta en cuya virtud se dió el finiquito, no fue dada, como se debia, incumbe la prueba de ello, porque el finiquito tiene á su favor la presuncion de ser verdadero y solemne, siempre que conste por él la dacion de la cuenta. Gutier. de Juram. confirm. p. 1 cap. 40 nn. 10, 13 y sig. hasta el fin. Curia Com. terr. lib. 2 cap. 10 nn. 9 y 12.

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

CARTA DE PAGO CON FE DE ENTREGA.

3 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco=dixo: que en tal dia prestó tantos mil reales á Pedro Rodriguez de la propia vecindad, quien prometió pagárselos dentro de tanto tiempo en escritura que formalizó á su favor ante F. Escribano Real, y por haber espirado el plazo prefinido, avisó al otorgante que acudiese á su percibo, dándole carta de pago de ellos, y entregándole la escritura original, á lo qual ha condescendido, y poniéndolo en execucion, en la forma que mas haya lugar en derecho=Otorga: que recibe en este acto del expresado Pedro Rodriguez los mencionados tantos mil reales en tales monedas que sumadas y suplidas sus faltas, segun el premio que tienen y con que corren, los importaron, de cuyo recibo doy fé, por haber sido á presencia mia y de los testigos infrascriptos, y como satisfecho efectivamente de ellos á su voluntad formalizar á su favor la mas firme y eficaz carta de pago que á su seguridad conduzca: le da por libre é indemne de su total responsabilidad, y tiene por rota, nula y cancelada la escritura de obligacion referida que le entrega original para que no obre ningun efecto; y quiere que en su protocolo y demas partes conducentes se anote y prevenga, á fin de que siempre conste del pago de dicha cantidad: en cuya atencion se obliga á que ni él ni otra persona en su nombre la volverá á pedir pena de restituirla con las costas de su cobranza. Así lo dixo, otorga y firma siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

Carta de pago confesada.

4 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella = Otorga y confiesa haber cobrado de Pedro Rodriguez que lo es de tal parte, tantos reales que le estaba debiendo por tal razon; y aunque su entrega ha sido efectiva, por no parecer de presente, renuncia la excepcion del dinero no entregado que podia oponer, la ley 9 tit. 1 Part. 5 que trata de ella, y los dos años que prefine para la prueba de su recibo: en cuya atencion formaliza á su favor la mas firme y eficaz carta de pago que convenga para su seguridad, y se obliga á no volver á pedir dicha cantidad, &c. (*Proseguirá como la anterior.*)

5 Si el débito procediere de escritura de mútuo, se añadirá lo que contiene la anterior. La misma firmeza requiere la carta de pago de resto de venta, arrendamiento, réditos de censo, ú otra qualquiera cosa, mudando la relacion, segun sea el motivo que haya para su otorgamiento; y si se quiere, puede ponerse en ella la renuncia de leyes. De la forma de extender la carta de pago tratan las 14 y 81 tit. 18 Part. 3.

Finiquito.

6 En tal ciudad á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Francisco Osorio, vecino de ella, á quien doy fe, conozco = dixo: que en tal dia de tal año nombró por administrador de varios bienes raices que le pertenecen en tal parte, á Antonio Fernández vecino de tal lugar, quien le dió de su administracion cuenta final con pago en tal dia, mes y año, en la qual resultó alcanzado en tantos reales que le satisfizo incontinente: á cuya conseqüencia le pidió finiquito de dicha administracion, y habiendo condescendido á ello, para que tenga efecto, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga: que aprueba y da por bien formada dicha cuenta, y por legítimas y verídicas todas las partidas de cargo y data que comprehende: declara que no tiene lesion ni agravio en cosa alguna, y caso que le haya por error de

cálculo, ú otro substancial ó accidental, del que sea en mucha ó poca cantidad, le hace gracia y donacion pura é irrevocable: confiesa haber pagado los expresados tantos reales que resultan de alcance contra él en la citada cuenta, y por no parecer de presente su entrega, renuncia la excepcion del dinero no entregado, la ley 9 tit. 1 P. 5 que trata de ella, y los dos años que prefine para la prueba de su recibo: en cuya atencion formaliza á favor suyo la mas firme carta de pago y absoluto finiquito que convenga para su seguridad: promete no volverle á pedir dicha cantidad, ni otra cosa alguna por razon de la enunciada cuenta y administracion, ni reclamar escritura pena de tanto, y si lo hiciere, no ha de admitírsele judicial ni extrajudicialmente; y quiere que quantas veces falte al cumplimiento de este contrato, tantas se le apremie á pagar la pena, y que pagada ó no, ó remitida graciosamente, se lleve no obstante á debido efecto en todas sus partes. Así pues, á tenerle por firme obliga, &c.

7 Si al tiempo del encargo de la administracion hizo obligacion el administrador de responder del alcance que resultase contra él en la cuenta final, se le entregará y declarará por cancelada, como se expresa en la primera carta de pago, previniendo que se desglose en su protocolo y demas partes conducentes; y si dió fiadores, ha de declarar el otorgante del finiquito á ellos y á sus bienes por libres de su responsabilidad, y por acabada la fianza, citando esta en él. De la forma de ordenar esta escritura trata la ley 81 tit. 18 Partid. 3.

8 Las copias de las escrituras de promesas, empréstitos, cesiones, depósitos, indemnidad y fianzas de cantidad señalada que no llega á cien ducados, se deben sacar en papel del sello quarto, en el qual se han de escribir los protocolos de ellas y de otras qualesquiera sin excepcion: si llega á cien ducados, ó excede de ellos hasta mil exclusive, en el del sello segundo; y siendo de mil ducados, en el del primero: los empréstitos en que no hay cantidad ni precio fixo, por no ser de dinero sino de otras cosas, en el del sello primero: las de depósito de difuntos en el segundo por la regla general que da la ley, esto es, de no tratar especificadamente de él: las de fianzas que se dan en el Consejo de

las Ordenes, ó en otro tribunal superior ó inferior sobre los depósitos para pruebas de calidad, en el del sello primero: las de la haz y cárcel segura, ó de estar á derecho, de las mil y quinientas doblas, las de la ley de Madrid y Toledo en el papel que corresponda á dicha cantidad: las que dan los Jueces ordinarios ó de comision, Receptores, Tesoreros, Tutores, Administradores, Executores, Comisarios y Maestres de naos, ó de plata, y otros qualesquier oficiales de que administrarán bien y fielmente sus oficios, y darán cuenta con pago de sus administraciones, en el del sello tercero; y las que no contienen cantidad cierta, en el del contrato principal: las obligaciones que hacen los Escribanos de usar fielmente sus oficios, en el del sello segundo: las de cartas de pago y finiquitos de ménos de cien ducados, en el del sello quarto mayor, de ciento hasta mil exclusive, en el del tercero, y de mil ó mas en el del segundo; y finalmente la caucion juratoria en el del sello quarto.

CAPÍTULO XXI.

De la espera de acreedores.

§. I.

1 Qualquier deudor ántes de hacer cesion de sus bienes y no despues puede pedir á sus acreedores que le prorroguen, ó den plazo señalado para pagarles sus débitos, á cuyo fin ha de convocarlos; y estando juntos, si la mayor parte en cantidad le conceden espera, deben los demas convenir tambien en ella. Si estan discordes y son iguales en deudas ó en número de personas, valdrá lo que quieran los que le concedan la espera, la qual puede concederse sin pedirle fianzas por todo el tiempo determinado que les parezca, pues la ley no le restringe; pero si el deudor es mercader, hombre de negocios (*a*) de qualquiera clase, cambiante ó factor de ellos, no solo deberá afianzar, sino que la espera no podrá exceder de cinco años; y si alguno de estos oculta sus bienes,

(*a*) Ley 5 t. 15 P. 5.

no vale la espera. Siendo los acreedores iguales en deudas, y desiguales en el número de personas, debe executarse lo que la mayor parte de estas resuelva; (*a*) y durante la espera no debe ser compelido el deudor á afianzar, si al tiempo de su concesion no se le dixo que lo hiciese. (*b*)

2 Si les pide que le descuenten ó minoren sus créditos ofreciendo satisfacerles el resto, y discuerdan, se debe observar lo que se ha dicho acerca de la espera, aunque alguno de ellos no presencie el acto de la remision ó minoracion, excepto en dos casos: el primero, quando el crédito de este es mayor que los de todos los demas acreedores juntos: el segundo, quando es acreedor hipotecario especial, ó tiene en prenda una ó mas alhajas del deudor; pues en estos dos casos no le puede dañar lo que hagan sin su beneplácito los que no son hipotecarios ni han recibido prenda, y le queda á salvo todo su derecho contra esta ó la hipoteca. (*c*)

§. FINAL.

Escritura correspondiente á este capítulo.

ESPERA DE ACREEDORES.

3 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro, Juan, Diego y Francisco de tal vecinos de ella = dixeron: que Antonio de tal comerciante en esta villa les está debiendo tantos mil reales por tales razones, de que formalizó á su favor las correspondientes escrituras ante tales Escribanos en tal parte á tantos de tales meses y años; y por estar para espirar el plazo en que se obligó á su pago y no poder hacerlo á causa de estarle debiendo diferentes personas crecidas cantidades, como lo acreditó é hizo constar á los otorgantes, tuvo por conveniente convocarlos, y pedirles que se le ampliasen por tantos años mas: en cuya atencion conociendo que su imposibilidad de satisfacerles no provenia de culpa suya, resolvieron de comun acuerdo prorogarle el término por quatro, con tal que

(*a*) Leyes 2 y 7 t. 19 lib. 5 R. y dicha ley 5. (*b*) Paz tom. 1 part. 4 cap. 6 n. 5. (*c*) Ley 6 sig.

les satisfaga en ellos completamente sus créditos y en cada uno tantos reales; y poniéndolo en execucion, en la forma que mas haya lugar en derecho, y cerciorados del que les compete = Otorgan: que conceden espera al mencionado Antonio por quatro años que empiezan á contarse en este dia y cumplirán en otro tal del mismo mes y año de tantos, prorogándole el plazo de sus escrituras para que dentro de ellos les satisfaga enteramente sus créditos y en cada uno tantos reales, á lo que se ha de obligar en escritura separada (*ó en la aceptacion de esta si no quieren otorgar otra*) pena de execucion y costas por cada una de las pagas que dexare de hacerles: cuya próroga le hacen con tal que si conociesen, vieren, ó supieren que se empeora su situacion y se deteriora su caudal, quede, como queda, á su arbitrio repetir ó no por el total de sus débitos contra su persona y bienes: lo qual ha de tener lugar tambien en el caso de que no cumpla con la satisfaccion anual de la cantidad referida, á cuyo fin dexan en su fuerza y vigor las escrituras formalizadas á su favor sin alteracion ninguna; pero cumpliendo puntualmente con lo que le toca, se obligan á no molestarle judicial ni extrajudicialmente, renunciando las leyes que tratan de las esperas y les son favorables, mediante á constarles que no ha ocultado bienes algunos. Asimismo se obligan á no revocar esta espera con otro motivo que los expresados, &c. (*La espera de acreedores se ha de escribir en papel del sello segundo.*)

CAPTÍULO XXII.

De los compromisos y de las transacciones.

§. I.

De los compromisos.

1 Compromiso *es un convenio en que los litigantes dan facultad á una ó mas personas para que decidan sus controversias y pretensiones.* (a) Todos los que pueden contratar y parecer en juicio, pueden tambien comprometer sus pleytos, negocios é intereses, mas no ser compelidos á hacerlo en los Jueces que conocen de ellos, aunque sean dudosos y muy intrincados; y por el contrario las personas á quienes está prohibido tratar y presentarse en juicio, se hallan asimismo imposibilitadas de hacer compromisos. Así pues, el menor de 14 años que tiene curador, si compromete sin autoridad de este y despues no quiere cumplir le sentencia arbitraria, aunque dé fiadores y se imponga pena, no está obligado á pagar la una ni á pasar por la otra; pero si es mayor de ellos, pasará por la sentencia ó en su defecto satisfará la pena, sino es que pruebe haber habido dolo ó sido engañado gravemente. (b)

2 Regularmente hablando se pueden comprometer en árbitros y arbitradores todos los negocios civiles y criminales, aunque estos solo en quanto al daño ó interes de la parte y no en quanto á la pena. Tampoco puede comprometerse la causa de servidumbre, de libertad, ó matrimonial. (c)

3 Puede hacerse el compromiso ántes de poner la demanda, ó estando pendiente el pleyto ante los Jueces superiores, ó inferiores, habiendo ó no sentencia, y aunque esté pasada en autoridad de cosa juzgada sabiéndolo los interesados, (d) mas por el compromiso y division no es visto remitir las par-

(a) Cur. Philip. Com. terr. lib. 2 cap. 14 n. 1. (b) Leyes 25 t. 4 P. 3 y 13 t. 5 lib. 2 R. (c) Ley 24 t. 4 P. 3. (d) Ley 4 t. 21 lib. 4 R.

tes el derecho de substitucion que les compete. (a)

4 Las personas á quienes los litigantes confian la decision de sus contiendas y pretensiones, se llaman *árbitros de derecho ó arbitradores.* (1) Los primeros deben determinar el negocio con arreglo á las leyes dando la justicia al que la tenga segun lo alegado y probado, del mismo modo que si fuesen Jueces Ordinarios, haciendo que los litigantes principien ó prosigan el pleyto ante ellos, y oyendo y recibiendo las pruebas, (2) razones y defensas que hicieren; y los segundos que son unos amigos comunes ó unos amigables componedores tienen facultad para oir las razones de los interesados, avenirlos y componerlos, segun les parezca, sin observar el órden judicial ni tener obligacion de arreglarse á derecho, de suerte que aunque falte este requisito, será válido el juicio no interviniendo dolo, porque si interviene, debe enmendarse por hombres buenos que elija el Juez de aquel lugar. (b)

5 Puede ser árbitro y arbitrador el menor de 25 años, sabiendo los litigantes que no los tiene. (c) La muger Señora de vasallos puede ser árbitro en su territorio, porque tiene jurisdiccion, (d) y arbitrador aunque no lo sea; pero si está casada, necesita para ello licencia de su marido, aunque algunos afirman que puede serlo sin ella. (e) El Clérigo puede ser tambien árbitro y arbitrador; (f) mas el mudo, sordo, ciego, fatuo, Religioso, esclavo, infame no pueden ser árbitros ni Jueces Ordinarios. (g)

6 En el contrario puede comprometerse la causa ó negocio como arbitrador, y valdrá lo que resuelva, procediendo con moderacion; pues de lo contrario no hay obligacion de pasar por su sentencia, y se ha de enmendar

(a) Parlad. differ. 44 n. 14.

(1) No resultando del compromiso si se han nombrado árbitros ó arbitradores, se ha de presumir lo segundo. Parl. lib. 3 quot. differ. diff. 43 n. 14.

(2) La Curia Philipica (cap. cit. n. 16) dice citando á Parladorio (lib. 2 rer. quot. cap. fin. 1 p. §. 2 n. 25) que si en la causa de compromiso se hubiere de hacer alguna probanza, no puede hacerse ante los árbitros ni arbitradores, por no tener jurisdiccion, sino ante el Juez Ordinario.

(b) Ley 23 t. 4 P. 3. (c) Ley 3 tit. 9 lib. 3 R. (d) Ley 7 tit. 9 lib. 3 R. (e) Cur. Philip. lug. cit. n. 5. (f) Cur. Philip. n. 6. (g) Leyes 7 y 8 t. 9 lib. 3 R.

por el albedrío de buen varon, es decir, segun una ley de Partida (a) por el Juez Ordinario; pero no se puede comprometer como árbitro, porque no debe ser Juez en su misma causa. (b) Lo mismo se puede hacer en el Juez Ordinario ante quien se hubiere principiado, mas no en los Alcaldes y Oidores despues de comenzado el pleyto ante ellos, aunque en el Delegado se puede comprometer no solo como arbitrador sino tambien como árbitro. (c)

7 No deben ser apremiados los referidos Jueces á aceptar el encargo de tales; pero despues de aceptado los puede compeler el Ordinario á la decision del negocio; y estando discordes tienen facultad para elegir tercero no nombrándole las partes, y valdrá lo que dos resuelvan: (d) á cuya eleccion puede compelerlos el mismo Juez á instancia de ellas, no de otra manera, (e) y si discuerdan las partes en el nombramiento de tercero, le ha de hacer el propio Juez.

8 Pero no estan obligados ni deben ser compelidos á la determinacion del negocio, aunque hayan aceptado este encargo, quando las partes despues de haberle comprometido en ellos, principian pleyto sobre él ante el Juez Ordinario, ó le comprometen en otro, ó los maltratan; ó quando alguno de ellos tiene que ir á alguna comision del Rey ó de su concejo, ó necesidad de cuidar de su hacienda sin poderlo excusar: ó quando por enfermedad ú otro grave impedimento se halla imposibilitado de entender en él. (f)

9 Si despues del nombramiento se enemistó alguna de las partes con los árbitros, ó sabe y puede probar que la otra los sobornó, puede pedir al Juez Ordinario que les prohiba entender en el negocio, y debe deferir á su pretension. Por estas causas puede tambien requerirles ante testigos fidedignos que no conozcan de él, y si no obstante conocieren, será nula la sentencia, y la parte no incurrirá en pena por no estar á ella. (g)

10 Los expresados árbitros y el tercero en discordia han

(a) Regla 31 tit. 34 P. 7. (b) Ley 24 tit. 4 P. 3. (c) Leyes 24 t. 4 P. 3, 17 tit. 5 lib. 2 y 9 t. 6 lib. 3 R. Greg. Lóp. en la de P. y Acevd. en la 9 cit. (d) Leyes 26 al fin y 29 t. 4 P. 3. (e) Dicha ley 26. (f) Ley 30 tit. 4 P. 3. (g) Ley 31 tit. 4 P. 3.

de jurar quando aceptan el encargo, ó á lo ménos ántes de proferir la sentencia, que ni por odio, enemistad, amor, temor, dadivas, promesas, ni por otra causa dexarán de cumplir fielmente su oficio segun su inteligencia, y así se practica, sin embargo de que el autor de la Curia Philip. (*a*) dice que no es necesaria esta solemnidad; y no pueden proceder en el negocio en los dias en que á los demas Jueces está prohibido juzgar, á no ser que las partes les den facultad para ello. (*b*) Lo mismo milita tocante á declarar las sentencias en lo que esten obscuras, á reformarlas, ó á deshacer el error ó equivocacion padecida; sea dentro ó fuera del término concedido ó de los dias feriados, por lo qual será muy oportuno que los litigantes les confieran estas facultades.

11 Deben sentenciar el pleyto en el lugar que las partes señalaren, y en defecto de señalamiento en el en que se le cometieren. Tambien deben determinarle dentro del término prefinido, citando para ello á las partes, quienes pueden prorogárseles, ó darles poder para que ellos mismos se le prorroguen; y no habiendo próroga, ó aunque la haya, si espira todo el término sin decidir el negocio, no pueden entender despues en él por falta de jurisdiccion, y si entendieren, será nulo todo lo que hagan. No señalándoles término las partes, les concede el derecho tres años desde el dia de su aceptacion, pasados los quales se acaban sus facultades; y aunque las partes quieran prorogárselos, no estan obligados á admitir la próroga, y si una quiere y la otra lo contradice, espira el poder, pero la contradictoria debe pagar la pena impuesta en el compromiso. (*c*)

12 Si dexan pasar dolosamente el término sin decidir el negocio, ó es injusta y maliciosa su determinacion, á mas de incurrir en pena arbitraria deben satisfacer á la parte damnificada el perjuicio que se le cause no pudiendo exigirle de la otra; y si todos concurren á la injusticia, está obligado cada uno insolidum á resarcirla, y haciéndolo uno no tiene accion la parte contra los otros. (*d*)

(*a*) Cap. cit. n. 11. (*b*) Leyes 32 tit. 4 P. 3 y 3 tit. 9 lib. 3 R. (*c*) Leyes 27 tit. 4 P. 3 y 233 del Estilo. (*d*) Ley 8 tit. 7 P. 7. Cur. Philip. cap. cit. n. 26.

13 No pueden ser recusados los árbitros ni el tercero sino por causa justa originada y sabida despues del nombramiento, probada ante el Juez Ordinario y declarada por tal, y todo lo que hagan despues de la recusacion será nulo. (*a*)

14 Falleciendo alguno de los Jueces ántes de la determinacion del pleyto no pueden los otros sentenciarle, sino es que las partes litigantes les hayan conferido competente facultad previniendo este caso. Lo mismo procede, quando el Juez entra en religion, pierde la libertad, ó es deportado; quando la cosa litigiosa se pierde ó muere, quando una de las partes la quita á la otra y esta se obliga á no demandársela, ó quando alguna fallece ántes de la decision; bien que si en el compromiso les confirieron facultad específica para decidir el litigio aun en este caso, pueden proseguir en él, con tal que ántes emplacen á los herederos del difunto y no de otra suerte. (*b*) Mas si se ha decidido y notificado la sentencia en que consintió el muerto, no pueden reclamarla sus herederos y se ha de executar.

15 De la sentencia de los árbitros puede interponer apelacion la parte agraviada, y de la de los arbitradores pedir reduccion á albedrío de buen valor y nulidad; (*c*) lo qual procede, aunque hubiese renunciado con juramento esta accion y beneficio, si la determinacion es injusta, mas no, siendo moderada, pues las partes se ponen en sus manos y dexan á su arbitrio la decision, en la firme creencia de que juzgarán rectamente, y por lo mismo la renuncia y juramento se deben entender segun la mente de los contrayentes y naturaleza de la obligacion en que se interponen. (*d*) Si apela el agraviado, ha de ser ante el Superior mas digno de uno de ellos, y si ámbos tienen uno mismo, este debe conocer. (*e*) Lo mismo se ha de observar pidiendo reduccion á albedrío de buen varon ó nulidad, con la diferencia, que la reduccion se ha de pedir dentro de los diez dias siguientes al de la notoriedad ante el Juez Ordinario del

(*a*) Ley 31 tit. 4 P. 3. Cur. Philip. cap. cit. n. 12. (*b*) Ley 28 tit. 4 P. 3. (*c*) Leyes 23 y 35 tit. 4 P. 3 y 4 tit. 21 lib. 4 R. (*d*) Gutierr. de Juram. confir. part. 1 cap. 37 nn. 17 y sig. Aceved. ley 4 tit. 21 lib. 4 R. nn. 44 y sig. y 129 y sig. (*e*) Covarr. lib. 2 Var. cap. 12 n. 6. Aceved. ley 1 tit. 18 lib. 4 R. n. 42.

árbitro ó arbitrador, ó en caso que este lo sea, ante su Superior, y la nulidad ante el propio Juez dentro de sesenta dias contados desde el de la notificacion. (a)

16 La sentencia arbitraria consentida tácitamente por las partes, que es por no haber apelado ó pedido reduccion de ella en tiempo hábil, trae aparejada execucion y se puede executar. Lo mismo se ha de decir, aunque no la hayan consentido, constando del compromiso por instrumento público, y haber sido dada en el término prefinido y sobre el negocio comprometido, sin embargo de que se interponga apelacion, ó se pida reduccion ó nulidad, aunque la parte á cuyo favor se profiera, ha de dar la fianza de Madrid, (b) como en el compromiso no se hubiesen relevado de darla. La apelacion, nulidad ó reduccion no causa efecto suspensivo sino devolutivo, y si el Superior la confirma, no ha lugar despues suplicacion, nulidad, ni otro recurso; pero si la revoca, se puede suplicar de ella quedando en su fuerza y vigor la execucion que se hubiere hecho hasta que se dé sentencia de revista. (c)

17 No incurre en pena la parte condenada que no cumple la sentencia, por estar enferma, tener que ir á servir al Rey, ó á su concejo, ú otro impedimento legítimo; pero cesando este debe cumplirla y en su defecto pagar la pena. Tampoco incurre en ella, quando es contra ley, naturaleza, buenas costumbres, ó tan desarreglada que no se puede cumplir, ó dada por engaño, falsa prueba, soborno, ó sobre cosa para que los Jueces no tuvieron jurisdiccion; pues probada qualquiera de estas causas no solo no incurrirá en la pena, sino que el juicio y sentencia serán nulos. (d)

18 Pueden los árbitros por razon de su oficio prefinir término á los litigantes é imponerles pena para que cumplan su sentencia, aunque para ello no les hayan conferido facultad; y estos deben cumplirla y pagar la pena por el desprecio que hacen del mandato jucicial. Si no se le prefinen, tienen quatro meses, y pasados incurren en la pena; pero si al tiempo de la exâccion de esta dicen que quieren pa-

(a) Leyes 23 y 35 tit. 4 P. 3, y 2 tit. 17 lib. 4 R. Aceved. dicha ley 4 n. 165. (b) Se habla de ella en el cap. 19 n. 13. (c) Ley 4 tit. 21 lib. 4 Rec. (d) Ley 34 tit. 4 P. 3.

sar por la sentencia, no deben satisfacerla. (*a*)

19 Deben los litigantes imponerse pena convencional para que se exija al que no quiera conformarse con la sentencia arbitraria; y si se omite, no estan obligados á su cumplimiento; pero los Jueces pueden compelerles á que se la impongan, porque no se haga menosprecio de su trabajo, y el que no se conformare con la sentencia, cumple con pagar la pena y á nada mas podrá ser compelido, (*b*) sino es que se obligue á satisfacerla y cumplir con lo mandado, que entónces lo quedará á todo. (*c*) Tambien pueden hacer juramento en el compromiso para su mayor estabilidad, aunque sean mayores de 25 años; (*d*) mas en este caso no es preciso.

20 De la forma de ordenar la escritura de compromiso trata la ley 23 tit. 4 P. 3 desde las palabras: *E estos avenidores que de suso diximos*, y con mas extension la 106 tit. 18 de la misma Partida, y se reduce á tres puntos principales: el primero es hacer mencion individual del pleyto y negocio que se ha de comprometer, en qué estado se halla, en quál debe determinarse, dentro de qué término, y si los Jueces han de decidirle como árbitros de derecho ó como arbitradores, ó del modo que quisieren: el segundo es que los interesados les confieran amplia facultad para ello, para que nombren tercero en discordia, y se proroguen el término para su decision, ó que se reserven en sí las partes hacer uno y otro; como tambien para que si alguno de los Jueces ó litigantes muriese, sentencien ó no la causa los demas; y el tercero es que los propios interesados se obliguen á no reclamar la sentencia arbitraria apelando ó pidiendo reduccion de ella ó nulidad, ni de otra forma, sino ántes bien á recibirla por pasada en autoridad de cosa juzgada para que se lleve á debido efecto, imponiéndose á este fin mútua pena contra el infractor, y pactando que ya la pague, ya se le remita graciosamente, se execute sin embargo, y se le apremie en forma legal á todo, concluyendo con la obligacion general de bienes y renuncia de leyes que en otros contratos.

(*a*) Ley 33 tit. 4 cit. (*b*) Leyes 26 y fin. t. 4 P. 3. (*c*) Ley 34 tit. 11 P. 5. (*d*) Ley 12 tit. 1 lib. 4 R.

§. II.

De las transacciones ó concordias.

21 La transaccion *es un convenio ó una composicion que hacen dos ó mas personas sobre cosa dudosa y pleyto no acabado, dando ó remitiendo algo la una á la otra.* Para la validacion de ella se requiere que se haga sobre cosa dudosa, porque si los contrayentes, sea el reo, ó el actor, saben que no tienen derecho á ella, es nula la transaccion. (*a*) Tambien se requiere que si se hace sobre pleyto, no se haya concluido y sea incierto su éxito; pues si está sentenciado, y la sentencia executoriada ó declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada, no vale la transaccion, porque segun derecho la cosa juzgada se tiene por verdadera, (*b*) en cuya atencion si alguno de los interesados hace la transaccion despues de executoriada la sentencia, y entrega al otro alguna cosa, podrá repetirla, (*c*) á diferencia del compromiso, que aunque el pleyto esté acabado, se puede hacer, como se ha dicho. Y las leyes, pragmáticas y sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada ó executoriada nunca se extienden á las causas que ántes de darse ó publicarse se difinieron y concluyeron por medio de la transaccion. (*d*) Asimismo se requiere que no sea graciosa sino onerosa; quiero decir, que alguno de los contrayentes dé, prometa ó remita al otro alguna cosa, ó la reciba de él y la retenga, (*e*) porque la transaccion es traspaso de derecho, y por lo mismo es preciso que de una parte á otra se transfiera algo, sea dándolo, remitiéndolo, recibiéndolo, ó reteniéndolo, en lo qual se diferencia de la composicion amigable que se hace graciosamente sin intervenir interes de parte á parte; bien que en la práctica se usa promiscua é indistintamente de las voces *transaccion*, y *amigable composicion ó concordia.* Finalmente se requiere que los contrayentes no reserven en sí derecho al-

(*a*) Leyes 19 Cod. de Transact. y 65 ff. de Condict. indebiti. (*b*) Leyes 107 ff. de Reg. jur. y 32 tit. 34 P. 7. (*c*) Leyes 23 §. 1 ff. de Condict. indebiti y 32 Cod. de Transact. (*d*) Parlad. differ. 44 n. 15. (*e*) Ley 38 Cod. de Transact.

guno sobre la cosa litigiosa que se transige, (a) ni queden obligados á su eviccion, sin embargo de que un tercero la quite por razon de dominio ú otra causa al que se quedó con ella en virtud de la transaccion, como no lo queda el otro, aunque sí tiene lugar la eviccion en la cosa no litigiosa que se entregan uno á otro. (b)

22 No puede transigirse la causa matrimonial, (c) pues como el matrimonio es indisoluble por derecho divino, (d) no pende su disolucion de la voluntad de los contrayentes, y así debe determinarse por el Juez Eclesiástico con prévio y maduro conocimiento de causa; (e) mas lo contrario ha de decirse de los esponsales de futuro, porque dependen del libre asenso ó disenso de los interesados.

23 Los alimentos y otras cosas que los testadores legan en sus testamentos y codicilos, no se pueden transigir hasta que estos se abran, y los interesados se cercioren de su contenido, de suerte que la transaccion hecha ántes sobre ellos ó sobre la herencia, no vale, como se ha de decir de la que se hace dentro de los nueve dias siguientes á la muerte del testador. (f) Tampoco puede transigirse por dinero el delito de adulterio, aunque sin recibir precio podrá el marido apartarse de la acusacion; pero sí pueden transigirse otros delitos capitales, con tal que sea ántes de la sentencia. (g) Finalmente no tiene lugar la transaccion en los crímenes porque el reo no merece pena de muerte ó de sangre, excepto el de falsa acusacion. (h)

24 La transaccion tiene fuerza de cosa juzgada. (i) Puede hacerse no solo despues de principiado el pleyto sino tambien ántes de comenzarse para evitarle. (k) Su principal efecto es poner fin y término á todos los movidos, é impedir que se muevan; (l) porque una vez concluidos legítimamente con buena fé por medio de ella no pueden volverse á suscitar contra la voluntad de alguna de las partes, aun quando

(a) Dicha ley 38. (b) Góm. lib. 2 Var. cap. 2 n. 38 y Ayllon n. 39. (c) Cap. 11 de Transact. y su glosa verb. Sacramentum, y cap. 11 de In integ. restit. (d) Matth. cap. 19 his verbis: Quos ergo Deus conjunxit, homo non separet. (e) Cap. 12 de Exces. Prælat. (f) Leyes 1 tit. 2 y fin. tit. 3 P. 6 y 13 tit. 9 P. 7. (g) Ley 22 tit. 1 P. 7. Cur. Philip. part. 3 §. 8 n. 9 y §. 9 n. 10. (h) Dicha ley 22. (i) Ley 20 Cod. de Transact. (k) Ley 2 Cod. de Transact. (l) Ley 10 Cod. de Transact.

pretexte la otra haber hallado nuevos instrumentos concernientes al pleyto, sino es que esta haya cometido dolo, ó se los haya substraido en su perjuicio, y vístose aquella por este motivo precisada á celebrar la transaccion; pues entónces puede rescindirse, (*a*) porque el dolo y engaño á nadie deben favorecer.

25 Pero puede revocarse y anularse por cinco causas: por dolo ó falsedad cometida en ella, aunque sea jurada, si bien el que los comete no tiene facultad para pedir la recision: (*b*) por error substancial, pues el error quita el consentimiento: (*c*) por miedo injusto que cae en varon constante: (*d*) por error de cálculo, sino es que la transaccion sea sobre este; (*e*) y por la lesion enormísima; bien que no falta quien afirme que no puede invalidarse por esta causa. (*f*) Y es de advertir que el que la impugna debe restituir ante todas cosas á su contrario lo que le dió con motivo de ella. (*g*)

24 Así como permite una ley recopilada (*h*) hacer juramento en los contratos que para su mayor estabilidad y firmeza le requieren, y son los de menores, mugeres casadas, Clérigos por lo que toca á ellos, aunque intervengan legos, los de concejos, iglesias, hospitales y comunidades eclesiásticas y seculares, y los de compromiso, venta, donacion, dotes, arras y otro qualquiera de enagenacion, no obstante que los celebren seglares; así tambien puede hacerse en el de transaccion, sean ó no legos y mayores de 25 años los contrayentes, sin que el Escribano incurra en pena por ello, porque la transaccion es especie de enagenacion, queda mas firme con el juramento y el infractor incurre en infamia de derecho. (*i*) Pero se advierte al Escribano que siempre que pueda omitir el juramento, le omita aun en los contratos en que se permite hacer, pues sin embargo de que quedan mas firmes con él, lo resiste nuestro derecho que tiene prescriptas las cláusulas correspondientes á cada contrato para su estabilidad segun su naturaleza, y se cierra la puerta al Juez Eclesiástico

(*a*) Leyes 5, 16 y 19 Cod. de Transact. y 4 Cod. de Pact. (*b*) Leyes 19, 30 y penúlt. Cod. de Transact. y 134 al fin ff. de Reg. jur. (*c*) Leyes 19 cit. y 15 ff. de Jurisdict. omnium Jud. (*d*) Ley 13 Cod. de Transact. (*e*) Ley Unic. Cod. de Errore calc. (*f*) Ferrar. Biblioth. verb. Transact. n. 29. Pariad. differ. 44 on. 8 y 9. (*g*) Molin. de Hisp. Primog. lib. 4 cap. 9 n. 43. (*h*) La 12 t. 1 lib. 4. (*i*) Ley 4 tit. 6 P. 7.

para que no se entrometa en negocios meramente seculares con motivo del juramento, evitándose ademas los perjurios y otras funestas conseqüencias que diariamente se experimentan.

27 La escritura de transaccion debe contener para su firmeza en primer lugar los nombres de los contrayentes, relacion puntual y lacónica de sus pretensiones, y si hay pleyto, ante quien pende y su estado: en segundo lugar las condiciones y forma del convenio con que se hace la transaccion: en tercer lugar que se declara por bien hecha, y que no interviene dolo ni lesion en ella: en quarto lugar que renuncian los contrayentes qualquiera accion que tengan uno contra otro, aunque sea por lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, por hallarse nuevos instrumentos, por error de cálculo ú otro motivo, y que se cedan y remitan mútuamente su importe: en quinto lugar que den por nulo el pleyto, si le hubiese, que se obliguen á observar exáctamente la transaccion y convenio, que se impongan pena convencional contra quien contravenga á ella, ó la reclame, y que ya pague la pena, ya se le remita, se lleve no obstante á debido efecto en todas sus partes; y en sexto lugar la renuncia de leyes como otro qualquier contrato. Y es de advertir que por la transaccion no se causa alcabala, ni tampoco por el precio que dé el actor ó reo por la cosa litigiosa con autoridad judicial, excepto que se haga con dolo por no pagarla. (a)

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

ESCRITURA DE COMPROMISO.

28 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro y Juan de tal vecinos de ella, á quienes, doy fé, conozco = dixeron: que estan siguiendo autos ante tal Juez y Escribano sobre tal cosa, los quales tuvieron principio en tal dia por demanda que el citado

(a) Parlad. differ. 44 n. 16 hasta el fin.

Pedro puso á dicho Juan, pretendiendo, &c. (*se relacionarán los autos y su estado sin mucha prolixidad, y luego proseguirá la escritura en esta forma*:) y habiendo reflexionado que por lo dudoso de su éxito se les ocasionarian crecidos gastos, dilaciones y disturbios, para evitarlos han determinado comprometer sus acciones y pretensiones en personas de ciencia y conciencia de toda su satisfaccion, á cuya conseqüencia para que tenga efecto, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, de su libre voluntad = Otorgan: que comprometen sus pretensiones en Don Antonio y Don Diego de tal Abogados de los Reales Consejos y vecinos de esta villa, á quienes nombran por Jueces árbitros, arbitradores y componedores amigables, confiriéndoles tan amplia facultad y jurisdiccion como necesitan, para que dentro de tanto tiempo contado desde el dia siguiente al de la aceptacion de este encargo, (cuya próroga reservan en sí) poniendo los autos con citacion de los otorgantes, ó sin ella, ni otro requisito, aunque legalmente sea necesario, en el estado correspondiente para su instruccion, los vean y determinen definitivamente aun en dias feriados, observando ó no el órden judicial en su substanciacion, procediendo atendida la verdad y buena fé sin sutilezas del derecho segun lo que resulte de dichos autos, y de los papeles y justificaciones que reciban y se les presenten: quitando al uno y dando al otro á su arbitrio como tuvieren por conveniente en lo que sea verdaderamente dudoso: conociendo igualmente no solo de lo principal sino tambien de los incidentes que resultaren sin limitacion, hasta que todo quede enteramente evacuado; y en caso de no conformarse en la decision ó en qualquiera otra cosa concerniente á ella, eligiendo á quien les parezca por tercero, el qual ha de dar su voto y parecer adheriéndose al que de los mencionados Jueces contemple mas arreglado. Asimismo podrán declarar su sentencia en lo que esté obscura, modificarla ó deshacer qualquier error ó equivocacion á instancia de qualquiera de las partes, aunque haya espirado el término referido, pues para esto se entiende prorogado: á cuya sentencia, decision y autos que proveyeren, se obligan los otorgantes á estar, prometiendo que por ninguna razon, aunque sea admisible en juicio, han de pedir reduccion á albedrío de buen

varon, ni nulidad, excepcionar, apelar, agraviarse de ella, ni reclamarla en todo ni en parte, sino es que sea por atentado, injusticia notoria, error substancial y lesion enormísima; pues á este fin la aprueban desde ahora en todas sus partes, renuncian el auxílio de las leyes 23 y final tit. 4 P. 3, y 1 y 4 tit. 12 libro 4 de la Recopilacion, y quieren que se execute incontinenti sin remision, como tambien que si alguno apelare de ella, ó pidiere reduccion ó nulidad, ó la reclamare, se le condene en las costas y daños que se ocasionen al colitigante, deferido su importe en la relacion jurada de este sin otra prueba de que se relevan: incurra en la pena de tantos reales que se imponen para que se exija todo al infractor por la via mas breve y sumaria á que haya lugar; y pagada la pena ó graciosamente remitida, sea compelido no obstante á la observancia de dicha sentencia, y se lleve á debido efecto, por manera que aunque afiance, no ha de poder usar de los remedios de la apelacion, reduccion, ni nulidad, sin que deposite precisamente en dinero efectivo el importe de dicha pena, costas y daños. Por tanto, á tener por firme este contrato obligan todos sus bienes, &c.

29 Si los otorgantes no quieren dar facultad á los Jueces para elegir tercero, se omitirá la cláusula en que se les concede. Si quieren dársela para prorogarse el término en que han de decidir el negocio, se omitirá la reserva que contiene la escritura anterior, y en su lugar se pondrá la de próroga; y lo mismo se observará en quanto á si uno de los litigantes ó Jueces muriere ántes de la decision, para que le sentencien ó no, y que sus herederos pasen por esta, aunque no esté consentida ni notificada. Si quieren hacer juramento, pueden hacerle, aunque sean mayores de 25 años; y si alguno es menor de ellos, ó goza del beneficio de menor edad, precederá para la mayor firmeza del contrato y sus efectos la solemnidad judicial que se requiere en los de los menores, la qual se insertará en el compromiso, renunciándose el beneficio de menor edad y auxilio de restitucion por entero, y jurándose la observancia de la sentencia. Si el menor de 25 años no tiene curador, puede otorgar por sí solo el compromiso, y si no quiere pasar por la sentencia despues de cumplidos los 14, no debe pagar la pena; mas si le tiene, y con su concurrencia compromete y se da por agra-

viado de la sentencia, incurrirá en la pena, á no ser que pruebe haber sido leso, como lo dice la ley 25 tit. 4 P. 3 y se ha sentado en el núm. 1. Si no hubiese autos principiados, no se ha de hacer mencion de ellos, y solo se dará facultad á los Jueces para formarlos. Si es testamentaría y los interesados quieren que los Jueces despues de declarado su derecho hagan la particion y aplicacion, se expresará así, con tal que procedan á esta, consentida que sea la sentencia y no ántes. Finalmente segun el caso ocurra, formará el Escribano la escritura, ya mudando lo preciso, ya ampliando ó restringiendo las facultades á los Jueces.

Aceptacion de los Jueces.

30 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano á pedimento de Pedro y Juan de tal contenidos en la escritura de compromiso que precede, hice saber en sus personas el nombramiento que incluye, á Don Antonio y á Don Diego de tal Abogado de los Reales Consejos, Jueces electos por los referidos para el efecto que expresa dicha escritura, y enterados dixeron: que aceptaban el mencionado encargo, y baxo de juramento que hacen por Dios nuestro Señor y una señal de cruz segun derecho, se obligan á usar bien y fielmente segun su inteligencia el oficio de Jueces árbitros, arbitradores y componedores amigables, sin contravenir á ellos por respeto, amor, temor, odio, interes ni otro motivo. Esto respondieron y lo firman, de que doy fé.

32 Esta notificacion y aceptacion se extiende á continuacion de la copia original de la escritura de compromiso, como tambien la sentencia, y para hacerla tiene facultad el Escribano como persona pública creada para dar fé de este y otros actos judiciales y extrajudiciales que pasen ante él, sin que necesite de mandato judicial. Si se hiciere á cada Juez con separacion, como regularmente sucede, se extenderá del mismo modo hablando de una sola persona.

Escritura de transaccion.

32 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos, Pedro y Juan de tal vecinos de ella, á quienes, doy fé, conozco = dixeron: que con motivo de haber administrado este diferentes bienes de aquel, resultado

en la cuenta final que dió de su administracion algunos agravios en contra suya que ascendieron á tantos mil reales, y resistídose á satisfacérselos, le puso demanda en tal dia, mes y año ante tal Juez y Escribano, pretendiendo que se declarasen por legítimos los agravios y se le condenase á la satisfaccion de su importe, de que se le comunicó traslado (*proseguirá concisamente la relacion de los autos hasta el estado que tengan*) como mas por extenso consta de los relacionados autos á que se remiten; y considerando los perjuicios, gastos y dilaciones que han experimentado, como tambien quanto mayores se les pueden ocasionar en su prosecucion, deliberaron poner fin á dicho litigio, para lo qual tuvieron varias sesiones con intervencion de personas caracterizadas, y en vista de los fundamentos que ámbos expusieron á su favor, acordaron formalizar esta escritura; y para que tenga efecto el convenio estipulado, en la forma que mas haya lugar en derecho, enterados del que les compete, y dando por cierto el anterior exôrdio, de su libre voluntad = Otorgan: que transigen las pretensiones formalizadas, y se conforman en lo siguiente: (*Se han de poner con la mayor claridad las condiciones del convenio, y lo que el uno da al otro ó le remite. Si la entrega es de presente, se ha de dar fé de ella, y si no se han de expresar los plazos de la paga, y luego proseguirá la escritura.*)

Con semejantes condiciones transigen sus derechos declarando que en esta transaccion no hay dolo, error substancial ni de cálculo, ni tampoco lesion ni engaño, y que en caso que le haya, de qualquiera que sea en mucha ó poca cantidad, se hacen recíprocamente donacion perfecta é irrevocable, renunciando la ley 1 tit. 11 lib. 5 de la Recopilacion que trata de la lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, los quatro años que prefine para rescindir el contrato ó pedir el suplemento á su justo valor, y las demas leyes que permiten se anulen las transacciones por dolo, error substancial ó de cálculo, ignorancia, lesion enormísima, coaccion y miedo grave que cae en varon constante, por hallarse nuevos instrumentos, ó por otro motivo ó excepcion legal, para que nunca les favorezcan, puesto que no interviene cosa alguna de las expresadas en esta transaccion ni ninguna otra de las reprobadas por derecho, y á que es igual y útil á ámbos otorgantes en todas sus partes, como lo

confiesan. En esta atencion se apartan de qualquier derecho que puedan tener y pretender uno contra otro, cediéndosele recíproca y enteramente, dan por nulos y cancelados los relacionados autos, para que no obren ningun efecto, y se obligan á observar exâcta é inviolablemente esta transaccion, y á no reclamar dicha cuenta por la cantidad referida ni por otra, aunque contenga mas agravios que los propuestos; á cuya conseqüencia si lo hicieren, se les ha de condenar en costas como á quien pretende lo que no le toca; y para su mas puntual observancia se imponen mútuamente la pena de tantos mil reales que se han de exigir al infractor, ademas de compelérsele por todo rigor no solo á la satisfaccion de las costas y daños que se causen al otro contrayente, y haga constar por su relacion jurada sin otra prueba de que se relevan, sino tambien al cumplimiento de todo lo pactado; pues cóbrese la pena, ó remítase graciosamente, se ha de llevar á efecto esta transaccion en todas sus partes, á cuyo fin se conforman con lo que disponen la ley 34 tit. 11 P. 5 y la 2 tit. 16 lib. 5 R. &c. (*Se pondrá la obligacion general de bienes y renuncia de leyes que en otros contratos, y si los interesados quisieren, el juramento para la mayor estabilidad de la transaccion; y no habiendo pleyto pendiente, no se hablará de él ni de la cancelacion de autos.*)

33 Las copias de las escrituras de compromiso y transaccion en que no hay cantidad cierta ni sentencia, se han de sacar en el papel correspondiente al importe de la demanda, y si hay sentencia, al de esta, observándose en uno y otro caso lo que en las ventas y censos sin diferencia.

CAPÍTULO XXIII.

De los poderes, cesiones y lastos.

§. I.

De los poderes.

1 El poder es *una facultad que da una persona á otra para que haga en su nombre lo mismo que ella haria por sí propia en el negocio que le encarga.* Quien tiene tal facultad se llama apoderado ó personero.

2 Tres modos de dar poder nos enseñan las leyes 1 tit. 10 lib. 1 del Fuero Real y 14 t. 5 P. 3. Uno es el que se hace ante Escribano público del Número, otro el que se otorga ante otro Escribano, sellado con el sello del Rey, Señor, Prelado, Maestre de alguna órden ó de concejo; y el tercero es el que se llamaba antiguamente *apud acta*, porque se hacia en los mismos autos, bastando para su validacion que el mandante ó poderdante dixese al mandatario que le hacia su procurador en el pleyto que seguia con el colitigante sobre tal cosa, á fin de que pudiese hacer en defensa suya todo lo que ocurriese; pero hoy no se usa este modo de dar poder, por estar prohibido y mandado que de todos los instrumentos quede protocolo, y no se dé copia de ellos á los interesados hasta que esten estendidos y otorgados, como diré en el cap. fin.

3 El que no se halla baxo de poder de otro y es capaz, puede constituir procurador ó apoderado; pero hay casos en que se permite tambien nombrarle al hijo ya adulto que está en el de su padre. El primero es, quando quiere demandar sus bienes castrenses y quasi castrenses, de suerte que el hijo que tiene renta eclesiástica puede cobrarla y dar poder para ello, porque esta se reputa quasi castrense, aunque conviene que intervenga en ello su padre, y lo mismo procede tocante al uso del patronato propio del hijo. El segundo caso es, quando su padre le envia á alguna escuela ó universidad, y en esta ó en el camino se le ofrece motivo para demandar ó ser demandado. Y el tercer caso es, quando hallándose el hijo en el lugar de su padre ausente, tiene que seguir algun pleyto en nombre de aquel; mas en este caso ha de dar caucion y seguridad de que su padre aprobará lo que él y su apoderado hagan. (*a*)

4 Tambien pueden nombrar apoderado el Obispo, cabildo, convento, los Maestres de las órdenes Militares y los concejos para sus negocios así en juicio como fuera de él, (*b*) la muger casada con licencia de su marido, y los Religiosos profesos para su defensa si se ven oprimidos por sus Superiores, para administrar los bienes y rentas que gozan con su permiso, para defender sus regalías y lo demas concerniente á esto.

5 El menor de 25 años que tiene tutor, no puede ele-

(*a*) Ley 2 tit. 5 P. 3. (*b*) Dicha ley 2.

gir procurador en juicio sin su licencia, y si lo hace, valdrá únicamente lo que ceda en su utilidad. (a)

6 Si alguno tiene hijo ageno en su poder contra la voluntad de su padre, y este quiere sacarle de él, debe demandarle por sí mismo, como no esté justamente impedido, en cuyo caso puede dar á otro poder especial para ello, expresando la causa de no demandarle por sí. (b)

7 Si muchas personas tienen algun pleyto, pueden dar un solo poder y nombrar un procurador que las defienda en él. (c)

8 No pueden ser apoderados ó personeros en cosa alguna el loco, el mudo y sordo del todo, ni el acusado de grave delito durante la acusacion. La muger puede serlo en juicio por sus ascendientes y descendientes, no habiendo quien los defienda, y estando muy viejos ó imposibilitados, como tambien por librar á sus parientes de servidumbre y seguir la apelacion de sentencia de muerte dada contra alguno de ellos; (d) mas no le está prohibido ser apoderada para cosas extrajudiciales, y aun en juicio se la admite tambien, por no haber prohibicion legal, sino es que haya que tomar autos, pues entónces substituye el poder en procuradores.

9 Los Religiosos solo pueden serlo en pleyto de su órden con licencia de su Superior, y los Clérigos de órden sacro en los de sus iglesias, Rey ó Prelado. (e) Ademas segun la Real cédula de 25 de noviembre de 1764 que confirma los autos 1 y 2 tit. 3 lib. 1 R. á que se refiere, tampoco pueden ser agentes de pleytos, entender en administraciones, cobranzas, ni dependencias que no sean de sus propias iglesias, monasterios, conventos, ó beneficios, ni mezclarse en negocios agenos meramente profanos y temporales por medio de interpósitas personas con título de substitucion ni otro alguno, ni de consiguiente admitir poderes para ellos, aunque para substituirlos no intervengan en nada por sí mismos.

20 Al menor está prohibido comparecer en juicio en nombre de otro; pero teniendo 17 años cumplidos puede ser apoderado y hacer extrajudicialmente lo que qualquiera le encargue. (f)

(a) Ley 3 tit. 5 P. 3. Cur. Philip. part. 1 §. 10 n. 16. (b) Ley 16 tit. 5 P. 3. (c) Ley 15 tit. 10 lib. 1 del Fuero Real. (d) Ley 5 tit. 5 Partid. 3. (e) Dicha ley 5. (f) Ley 19 al fin tit. 5 P. 3.

11 Ninguno puede comparecer en juicio por otro como actor sin su poder, á excepcion de los siguientes: el marido por su muger, el pariente por sus parientes consanguineos, ó afines hasta el quarto grado, ó por su criado, ó deudo. Tambien pueden comparecer los herederos que poseen bienes pro indiviso y los sócios unos por otros, con tal que ántes de entrar en juicio den fianza segura de que aquel á quien defienden aprobará lo que se hiciere en el pleyto, y que sino quisiese, pagarán ellos y sus fiadores al colitigante la pena que se les imponga; pero este debe pedir la fianza y caucion ántes de la contestacion, porque despues no están obligados á darla, aunque se les pida. He dicho *como actor*, porque qualquiera puede comparecer por otro en juicio como reo sin poder dando dicha seguridad. (*a*)

12 El poderdante debe nombrar al apoderado por su nombre y apellido, esté presente ó ausente, y especificar con toda claridad lo que ha de hacer en virtud de su poder judicial ó extrajudicialmente, para siempre ó por tiempo determinado, con condicion ó sin ella. (*b*) Tambien puede constituir muchos apoderados para que todos juntos sigan sus pleytos y hagan lo que les encarga, ó dar el poder á cada uno insolidum. Si todos principian el pleyto por demanda ó contestacion, qualquiera de ellos puede proseguirle despues; y si la parte contraria se queja de que le causa perjuicio el tener que entenderse con todos, debe el Juez mandar que se entienda con uno solo, eligiendo él mismo al que le parezca que ha de evacuar mejor la comision. Sino da á cada uno facultad insolidum, ninguno podrá hacer mas que lo que le toque por su parte; y si el poder la contiene, está obligado el que empieze, á continuar el pleyto ó negocio hasta la conclusion, y los otros apoderados en nada tienen que mezclarse ni deben intervenir. (*c*)

13 No puede el apoderado para pleytos nombrar substituto sin haber contestado la demanda, á no ser que tenga expresa facultad para ello; y ninguno ha de excederse de lo que exprese el poder, pues será nulo quanto se haga sin este. (*d*) Tampoco despues de executoriado el pleyto pue-

(*a*) Ley 10 tit. 5 P. 3. (*b*) Ley 13 tit. 5 P. 3. (*c*) Ley 18 tit. 5 P. 3. (*d*) Ley 19 tit. 5 P. 3.

de seguirle sobre la execucion de la sentencia, excepto que el poder contenga esta especialidad que conviene ponerla para evitar nuevo poder y gastos á las partes. Mas el apoderado para negocios extrajudiciales puede nombrar substituto, aunque en el poder no se le dé tal facultad.

14 El substituto no puede substituir, si el poderdante no le concede específicamente esta facultad, sin embargo de que se diga que se subroga en el lugar del apoderado, y que se entiende nombrado por el poderdante para todo lo que el mismo apoderado podria hacer, pues el poder vale tan solo en lo que expresa, nada mas: y muerto el apoderado cesan las facultades del substituto, porque acabadas las del que da, espiran las del que recibe, excepto que el poder exprese lo contrario, en cuyo caso es visto haberle nombrado el poderdante, y así podrá continuar en su encargo hasta que se le suspenda.

15 En todos los poderes suelen poner los Escribanos las cláusulas: *que el poderdante confiere á su apoderado el poder con libre, franca y general administracion; y que se le da para que haga en su virtud todo lo que él haria por sí mismo y podria hacer hallandose presente.* Estas dos cláusulas suplen muchos defectos de los poderes segun la ley 19 tit. 5 P. 3, pues en fuerza de ellas puede el apoderado extenderse á mas de lo que el poder contiene; pero en la práctica solo se admite el poder en lo que expresa, porque las tales cláusulas se ponen por estilo y por seguir la fórmula introducida.

16 Tambien suelen poner los Escribanos la cláusula de relevacion ó exoneracion al mandatario y substitutos que nombre. Esta relevacion puede ser para que si el mandante es condenado en juicio civil, no se proceda contra el mandatario á la execucion de la sentencia sino directamente contra el mandante, segun debe hacerse, porque se constituye su fiador, y no tiene el apoderado que prestar caucion, ni otra seguridad de pagar lo juzgado; pero esto se entiende hoy en caso que el mandante posea bienes inmuebles, porque de lo contrario no queda relevado y tendrá que afianzar, si se le pide y manda, pues por estilo ponen los Escribanos la relevacion en todos los poderes: en cuya atencion el demandado cauto si tiene que reconvenir al demandante que está fuera de la provincia, ó no es idoneo, puede pedir á su Pro-

curador ántes de la contestacion que en la causa de reconvencion dé la fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado, no obstante la citada cláusula, por no tener el actor bienes con que reintegrase en parte cercana, cuya excepcion dilatoria se le admitirá; y no afianzando el Procurador en este caso, se le debe denegar la audiencia hasta que él ó el poderdante lo haga á satisfaccion del demandado; pero si este no le pide fianza, no tendrá accion contra él, por la condenacion en lo principal ni de las costas, pues de no haberse valido en tiempo de semejante recurso se infiere haberle renunciado, y así deberá repetir por todo contra el demandante. Tambien puede ser la relevacion para que no pueda reconvenir el mandante al mandatario caso que haga algo en su perjuicio. Mas porque con dichas tres cláusulas que llaman generales, especialmente con la segunda y tercera pueden ocasionarse graves daños á los mandantes por la desordenada conducta de los mandatarios, aconsejo al Escribano que no las ponga sin expreso mandato de aquellos, sobre lo qual véanse los AA. que cito. (*a*)

17 Se acaba el oficio de Procurador ó apoderado con la vida del poderdante; pero si aquel usa del poder ántes que este muera poniendo ó contestando la demanda, no espiran sus facultades y puede continuar el pleyto hasta su conclusion, como sino hubiese muerto, aunque sus herederos no le ratifiquen ni le den otro, con tal que no nombren nuevo apoderado. (*b*) Si el Procurador fallece ántes de demandar ó contestar, se acaba la personería; pero si su muerte acaece despues, deben sus herederos proseguir el pleyto siendo idoneos para ello. (*c*)

18 Tambien se acaba el oficio de personero ó Procurador luego que el Juez sentencia el pleyto en que entendia; pero si la sentencia es contra él ó contra su parte, puede apelar de ella, aunque el poder carezca de esta especialidad. Asimismo se acaba, si de su propia voluntad dexa el encargo, si el dueño nombra otro personero en su lugar, ó le revoca el poder, (*d*) cuya revocacion puede haoer siempre que

(*a*) Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 50. Greg. Lóp. ley 19 t. 5 P. 3 y en la 7 tit. 14 P. 5. (*b*) Ley 23. tit. 5 P. 3 y su glos. 3. (*c*) Dicha ley 23. Cur. Philip. Comer. terr. lib. 1 cap. 4 nn. 41 y sig. (*d*) Ley 23 cit. verb. Otrosi se acaba.

quiera por varias causas que expresa una ley de Partida; (a) mas para evitar pleytos con la manifestacion de las causas y toda sospecha de injuria ha parecido mas conveniente en la práctica no seguir lo dispuesto por derecho, y que siempre se haga la revocacion, *dexando al apoderado en su buena fama y opinion, y expresando que no se tiene ánimo de injuriarle*, segun lo previene la citada ley 24 palabra, *ó si el personero mismo*: con cuya cláusula no puede alegar que se le agravia, ni el mandante tiene necesidad de expresar las causas, y así se observa judicial y extrajudicialmente pagándose al procurador ántes de la remocion y no de otra forma, lo que se le deba.

19 Espira igualmente su facultad y se entiende revocado el poder, si el dueño comparece por sí propio en el pleyto, como puede hacerlo, á no ser que diga en el pedimento que lo hace sin perjuicio del poder dado; (b) y lo mismo procede en órden á qualquier acto extrajudicial: siendo de advertir que con la concesion del poder es visto ratificar el que le da, todo lo que su mandatario ó apoderado hizo ántes de conferírsele; (c) y lo propio se ha de decir del juicio nulo por falta de poder. (d)

20 El Procurador para pleytos debe dar cuenta á su principal de lo que recibiere por razon de algun litigio, del mismo modo que el que lo es para cobrar, como tambien de las costas y otras cosas en que la parte contraria fuere condenada, y de las que hiciere en la causa, las quales deben abonársele, sino es que se pacte lo contrario; (e) y si por su culpa ó negligencia pierde algo el poderdante, tiene obligacion de reintegrárselo de su propio caudal. (f)

21 El Abogado y Procurador no pueden concertarse con la persona á quien defienden, sobre darles parte en el pleyto, si se gana, baxo la pena de infamia y otras, (g) ni sobre sus derechos y salarios despues de vistas las escrituras del litigante; (h) y el Abogado que comete prevaricato, debe morir como aleve segun una ley de Partida, (i) aun-

(a) La 24 tit. 5 P. 5. (b) Olea de Ces. Jur. tit. 8 q. 1 nn. 19. Covarr. Pract. cap. 11 n. 2. (c) Ley 11 ff. Qui satisdare cogunt. (d) Surd. decis. 6 n. 1. (e) Ley 25 tit. 5 P. 3. (f) Ley 26 tit. 5 P. 3. (g) Leyes 14 tit. 6 P. 3 y 5. Cod. de Postulando. (h) Leyes 7 y 8 tit. 16 lib. 2 R. (i) La fin. tit. 6 P. 3.

que otra recopilada (a) templa y corrige el rigor de esta pena con privacion de oficio, y si aboga despues de la condenacion, con perdimiento de la mitad de sus bienes.

22 El poder para desposarse debe ser especial, y el varon que le otorga, ha de tener precisamente 14 años cumplidos, edad necesaria para casarse, sino es que su malicia la supla. El poderdante ó novio no necesitaba licencia de su padre para otorgarle, aunque estuviese baxo de la patria potestad, como ni tampoco para casarse; pero hoy atendida la pragmática de 23 de marzo de 1776 deberá obtenerla, si es menor, y pedir consejo si es mayor de 25 años, para no ser exheredado, pues sino interviene dicha licencia, ó la de su tutor, pariente ó persona á quien esté sujeto, y en su defecto la de la Justicia, no servirá el poder, ni se le casará. En este se ha de expresar quién le dá, á quién, y con quién se ha de contraer el casamiento, de suerte que no haya duda ni equivocacion; pero si le revoca ántes que el desposorio se celebre, no valdrá este, aunque el apoderado, sabiendo ó no la revocacion, use del poder, así porque carece de facultad, como porque al tiempo de su celebracion faltó la intencion al novio ó poderdante, requisito tan preciso que sin él es nulo qualquier sacramento. Así pues, por si sucede que en un mismo dia efectue el casamiento el apoderado, y revoque el poder el novio, es conveniente para evitar dudas expresar la hora del matrimonio y de la revocacion. (b)

§. II.

De las cesiones.

23 La cesion *es como una tradicion y translacion á un sugeto de las deudas, derechos y acciones que por título legítimo tiene alguno contra otro.* Y la delegacion *es una substitucion que hace un deudor dando á su acreedor otro deudor suyo que le pague el débito.* (c) Convienen ámbas en que por ellas se traspasan las acciones, y se diferencian en que la cesion puede hacerse, aunque el deudor la ignore y contra su vo-

(a) La 17 tit. 16 lib. 2. (b) De esta materia tratan los tit. 1 y 2 de la Partid. 4. (c) Olea de Ces. jur. tit. y q. 1 n. 101 y q. 2 n. 50.

luntad, y la delegacion no se puede hacer sin que intervengan su consentimiento y aceptacion, por lo que si uno libra á cargo de otro alguna cantidad, y el deudor contra quien se dirige la libranza, la acepta, se llamará delegacion, y en caso de no aceptarla será cesion. (*a*)

24 La cesion es de dos clases, una *de la ley* y otra *del hombre*: la de la ley *es quando en virtud de esta y por equidad ó necesidad se transfiere en un sugeto la accion que compete á otro, sin que intervenga acto alguno de este*; y la del hombre de que ahora trato, *es quando interviene hecho suyo*, v. gr. venta, donacion, &c. Puede ser *expresa* ó *tácita*, *principal* ó *accesoria*, *voluntaria* ó *necesaria*. Expresa *es la que se hace con palabras expresas y claras*: tácita *la que indican los hechos*, como la entrega del instrumento del crédito precediendo título hábil para la translacion del dominio principal, como si se vende la accion y se cede. Accesoria, *si se vende la herencia y se ceden las acciones contra los deudores de esta, ó se vende algun fundo y se ceden las que competen por razon de él al cedente*; pues la cesion de los derechos y acciones que se refiere á la defensa y manutencion de la cosa corporal vendida ó donada, se llama accesoria: voluntaria, *la que el cedente hace de su espontánea voluntad*; y necesaria, *quando es compelido á hacerla*, (*b*) como sucede en varios casos que trae la Curia Philípica. (*c*)

25 El menor así como no puede enagenar sin decreto ó licencia judicial sus bienes raices y los muebles que guardándose pueden conservarse, ni sin la de su curador los demas muebles, así tampoco puede hacer cesion de las acciones que tenga á ellos sin la propia licencia; y si le compete alternativamente la accion á cosa inmueble, ó cantidad, y la eleccion toca al menor que es acreedor, no puede cederla sin decreto ó licencia, por lo que el tutor que tiene la eleccion de restituir el fundo, ó su precio, no debe hacer la restitucion del fundo sin ella; pero si la eleccion pertenece al deudor, será válida la cesion sin decreto, aunque algunos sienten lo contrario. (*d*) Lo propio milita en la iglesia.

(*a*) Leyes 14 tit. 7 y 9 tit. 16 lib. 9 R. Cur. Philip. Comer. terr. lib. 2 cap. 6 nn. 1, 2 y 3. Olea q. 2 cit. n. 51. (*b*) Gallerat lib. 1 cap. 4 de Renunciat. nn. 33, &c. y 37. (*c*) Cap. cit. n. 37. (*d*) Olea de Ces. jur. tit. 2 q. 1 n. 31 hasta el fin.

26 Como la cesion de acciones es uno de los contratos permitidos, pueden cederse y renunciarse, regularmente hablando, todas las transmisibles, competan contra la persona ó contra la cosa, (*a*) y de consiguiente se pueden ceder la accion real, la condicional, la reivindicatoria, el débito condicional ó á cierto dia, la herencia, la accion de injuria y todas las que dimanan de delito, la de restitucion por entero que corresponde al menor, pues es transmisible á sus herederos, el derecho executivo, el privilegio del fisco y qualquiera otro que pueda transmitirse á los herederos, el censo, el fideicomiso singular y el condicional, el derecho de la substitucion pupilar, el de denunciar ó manifestar algun impedimento, el de retener la cosa por los gastos hechos en ella, y otros muchos derechos y acciones. (*b*)

27 Quando las palabras con que está concebida la cesion ó renuncia, se restringen y limitan al tiempo en que se hace, que es el de presente, no se comprehenden en ella los derechos futuros. Lo mismo procede, quando la cesion ó renuncia no se refiere con especialidad al tiempo presente ni venidero, sino que se hace simplemente; (*c*) y si las acciones se ceden del mismo modo, se entienden cedidas tambien las que el acreedor tiene contra el deudor á dia cierto ó por contrato condicional. (*d*) Pero si la cesion se hace en general de todos los derechos que el cedente tiene y espera tener, se comprehenden en ella los futuros que le corresponden por causa pretérita y presente, mas no los que espera recaigan en él por causa superveniente ó futura, (*e*) excepto que aparezca lo contrario de su voluntad. (*f*) Lo propio milita en la renuncia general y en la liberacion, (*g*) en el legado general y usufructo de todos los bienes, y en el mayorazgo instituido con ellos. (*h*)

28 Sin embargo de la regla general sentada en el n. 26, y de parecer que todas las acciones y derechos que competen al cedente se transfieren en el cesionario, se excep-

(*a*) Olea de Ces. jur. tit. 3 q. 1 nn. 1 y 2. (*b*) Véase á Olea tit. 3 cit. (*c*) Surd. cons. 152 nn. 24 y 216. (*d*) Olea tit. 3 cit. quæst. 10 nn. 16. &c. y 20. (*e*) Gallerat. decis. 32 y 33. (*f*) Ley 137 §. 2 ff. de Verb. obligation. (*g*) Vela disert. 8 n. 6. (*h*) Castill. de Usufruct. cap. 44. Olea q. 10 cit. n. 22.

tuan muchas acciones que por razon especial no pueden cederse, venderse ni enagenarse, como son todas aquellas que estan anexas á la misma persona. Tampoco se pueden ceder la accion directa como inseparable del que la tiene, sino tan solo su exercicio, el derecho de usufructuar, la accion al usufructo no constituido, aunque sí la de percibir los frutos y tener la comodidad, el privilegio ó merced concedida á la persona, (1) el uso, el derecho que los vecinos tienen para apacentar su ganado en las dehesas de su pueblo, el de prelacion para administrar los bienes del ausente que compete al consanguineo, los derechos que tiene el señor del dominio directo, sino es que se cedan con este, el de primogenitura y de suceder en el mayorazgo, como no sea á favor del inmediato, aunque sí sus frutos y rentas por la vida del poseedor cedente: el que compete á la muger para repetir su dote constante el matrimonio, por ir empobreciendo su marido, el de los alimentos futuros sin que intervenga aprobacion judicial, quando se deben en virtud de testamento, pues quando provienen de contrato, puede cederse como tambien el de los alimentos pasados, por no serlo ya estos: la facultad de usar de horca y cuchillo, el rescripto, el derecho de entrar ó mezclarse en los bienes, el fideicomiso universal, aunque esto es opinable, el derecho mere personal, el anexo á ciertas personas singularmente por privilegio, la accion hipotecaria sin la personal, la facultad para declarar y jurar, el derecho de acusar á alguno por delito privado, el de exigir la alcabala sin consentimiento del Príncipe que concedió el privilegio, la accion contra el fiador sin la principal, los derechos litigiosos deducidos en juicio, el de revocar la donacion por ingratitud, el pacto de que se esté al juramento del acreedor acerca de los daños ó intereses, el derecho que pertenece á alguno contra el comun, la accion popular, ni otras acciones y derechos que recopila Tiraquelo. (a)

29 El poder con cesion de acciones puede hacerse ya

(1) Así pues, el cesionario no puede pedir la deuda en el tribunal ó ante el Juez que puede hacerlo el cedente que goza del privilegio del fuero. Greg. Lóp. ley 64 tit. 18 P. 5 glos. 6.

(a) De Retr. lignagier lib. 1 §. 26.

por título oneroso, quedando obligado el cedente ó poderdante á la eviccion de la deuda para satisfacer su importe al cesonario, si no puede cobrarse, en cuyo caso puede ser compelido á reintegrarle no solo de ella sino tambien de los gastos y costas que se le causen en las diligencias que practique para su exáccion; y ya por título lucrativo, que es quando sin haber recibido ni tener esperanza de recibir cosa alguna del cesonario le cede voluntariamente las acciones y derechos que tiene á la deuda sin quedar responsable.

30 De qualquier modo que se haga, deben intervenir en este contrato para su firmeza á lo ménos cinco cosas precisas. La primera es, que el Escribano dé fé de la entrega del dinero, si se hace al tiempo del otorgamiento, y que el cedente entregue al cesonario los títulos que legitimen su derecho contra el deudor, y no teniéndolos en su poder se obligue á dárselos dentro del término que se prefina. La segunda es, que confiera al cesonario amplio poder para demandar el débito en via executiva ú ordinaria, como mas le convenga, y seguir en todas instancias y tribunales los recursos conducentes á la consecucion de su cobro, y de las costas y perjuicios que se le causen, cediéndole para ello todas quantas acciones le competen y puede ceder; pues si carece de este requisito la cesion, y el deudor se resiste á su paga, será aquella inútil por no tener el cesonario facultad para apremiarle judicialmente. La tercera es, que contenga las cláusulas mencionadas en los nn. 15 y 16. La quarta es, que el cedente declare no tener cedida, cobrada, ni remitida la deuda, y se obligue á no hacerlo ni revocar la cesion. Y la quinta es, que obligue su persona (si no goza de fuero) y bienes á su observancia, y que la escritura contenga la renuncia que otra qualquiera de obligacion; y si se quiere, puede hacerse juramento en ella, aunque solo la cesion hecha á los estudiantes por sus padres le necesita.

31 Si la cesion es remuneratoria ó hecha en contrato oneroso de venta, dacion en pago ú otro semejante, debe contener á mas de dichas cláusulas la de eviccion y saneamiento, no solo respecto á la certidumbre del crédito, sino tambien respecto á la satisfaccion de la parte que salga fallida, por manera que el cedente se ha de obligar á que será cierto y cobrable, y á que no siéndolo en el todo ó parte

pagará al cesonario todo lo que no pueda cobrar con las costas, gastos y perjuicios que por esta causa se le originen. (1) Este es el verdadero modo de asegurar al cesonario, aunque puede pactarse otra cosa. (a) Tambien ha de obligarse á entregar á sus expensas al cesonario el instrumento original que legitime el crédito ó la pertenencia de la cosa que le cede, pues no basta que exprese ante quien está formalizado; (b) y si le cede solamente parte ó la mitad de alguna cosa, debe darle una copia del instrumento original con la nota competente y quedarse con este, porque en igual caso es mejor la condicion del que posee, y así lo practican los inteligentes.

32 Si el cesonario se contenta con el deudor contra quien se le libra ó delega la deuda, queda el cedente por el mismo hecho libre é indemne de su responsabilidad, aunque la cesion sea remuneratoria ú onerosa, y se expresará así en la escritura y la firmará, pues de omitirlo será responsable el cedente; pero si este se obliga á la eviccion, saneamiento y seguridad de su paga, debe satisfacerla, (2) y lo mismo procede, quando al tiempo de hacer la cesion no es abonado el deudor para pagarla, y el cesonario lo ignora. (c) (3)

33 Si el cedente hace la cesion por mera liberalidad, puede revocarla, excepto que se obligue á no hacerlo, ó que el cesonario haya requerido al deudor con ella para que

(1) Si el cesonario es moroso en cobrar la deuda, miéntras puede pagarla el deudor, y despues por pobreza ú otro motivo se imposibilita de hacerlo, no será responsable el cedente, aunque sí quando por un justo impedimento no pudiese conseguir la cobranza. Curia Philip. Com. ter. lib. 2 cap. 6 n. 35.

(a) Véase la ley 64 tit. 18 P. 3 que trae extendida esta escritura, y á Olea de Ces. jur. tit. 7 q. 3 y 4. (b) Olea tit. 7 cit. q. 1 con especialidad en el n. 13.

(2) En este caso es necesario además que habiendo pleyto sobre la deuda cedida con el cesonario, se lo notifique y requiera al cedente para que salga á la defensa haciendo la correspondiente protesta, si se excusa á ello. Curia Philip. lug. cit. n. 36.

(c) Ley 16 tit. 20 lib. 3 del Fuero Real. Cur. Philip. lib. 2 Comer. ter. cap. 6 nn. 29, 30 y 31.

(3) En duda se presume que lo sabia, y si no procuró saberlo, debe imputarse á sí mismo la culpa. Así que, para excluir dicha presuncion ha de probar el cesonario justa y probable causa de la ignorancia. Curia Philip. n. 30 cit.

pague la deuda, ó que entre estos dos haya lite contestada, ó que el deudor haya empezado á satisfacerle aquella, en cuyos casos como tambien quando la cesion es remuneratoria, onerosa ó necesaria, es irrevocable. (*a*) Y no es de pasar en silencio que la cesion de deuda ó accion hecha á persona cabilosa, ó enredadora, ó mas poderosa por razon de su empleo que el cedente, no vale, sino es que se haga en última voluntad, y si este la hace con dolo, pierde la accion. (*b*) Quien quiera instruirse perfectamente de esta materia, vea la Curia Philípica, á Olea y á Gallerato en los lugares citados.

§. III.

Del lasto.

34 El lasto *es un poder y cesion de acciones para cobrar la deuda satisfecha por otro.* Concurren á este contrato tres personas á lo ménos, una como principal, otra como su fiadora, ó ámbas de mancomun, y el acreedor; bien que este es el otorgante y los demas solo se mencionan. Si el fiador paga al acreedor, debe este darle lasto para que repita contra el obligado principal y cobre lo que haya satisfecho por él con las costas, gastos y daños que se le hayan originado, y originen hasta el reintegro efectivo de todo, constituyéndole á este fin en su propio lugar, grado y prelacion con absoluta cesion de acciones. Lo mismo tiene lugar, quando todos son mancomunados principales, y uno de ellos paga por los demas, de lo qual he tratado ya difusamente; (*c*) pero no es menester entrega de dinero, sino que el acreedor confiese haberle recibido, como afirma Rodriguez (*d*) citando á otros, si bien lo mejor es que se dé fé de ella.

35 En este contrato debe el acreedor confesar la paga y luego ceder al que la hace el derecho que tiene contra el deudor, todo en un mismo instrumento y acto; y aunque algunos (confundiendo este instrumento con el poder y cesion

(*a*) Cur. Philip. Comerc. terr. lib. 2 cap. 6 nn. 5 y 6. (*b*) Leyes 30 tit. 2 y 15, 16 y final tit. 7 P. 3. Aviles in cap. Pretor 3 verb. Procuradores. (*c*) Cap. 19 n. 10. (*d*) De execution. cap. 3 n. 29.

de acciones) dicen que se ha de ceder el derecho primero que confesar la paga, no me conformo con su dictámen, porque la cesion del derecho supone que ha satifecho la deuda el cesionario, y porque en virtud de aquella no queda al acreedor accion á pedir esta: en cuya atencion no debe confesarse el pago ántes que se haga sino despues en el propio instrumento, como el Escribano lo advertirá en los que extenderé para modelo.

36 No ha de poner el Escribano en esta escritura, como los ignorantes lo hacen, la cláusula de eviccion ni la de relevacion, porque son impropias atendida la naturaleza de este contrato; pues el acreedor no hace otra cosa que reintegrarse de lo que le pertenece legítimamente, y por lo mismo no tiene que obligarse á eviccion, ni que relevar al pagador que es su deudor, esté obligado como fiador, ó como mancomunado principal, y como tal debe satisfacerle su crédito; y si lo pierde por hallarse imposibilitado de pagar el deudor principal ó mancomunado, échese á sí propio la culpa; fuera de que quando contraxo la obligacion se expuso á todo.

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

PODER AMPLÍSIMO.

37 Don Francisco Hurtado de Mendoza, Conde de tal, &c. vecino de esta villa de tal=digo: que la falta de residencia fixa por causa de mis continuas ocupaciones en el Real servicio me ha imposibilitado de tomar un pleno conocimiento de los estados de mi casa, sus rentas, negocios y derechos que le pertenecen; como tambien remediar el grande descuido que se ha padecido en su manejo, de que se me han originado considerables perjuicios y atrasos en sus fincas, rentas y obvenciones con desfalco de unas, pérdida y obscuridad de otras, por estar sin uso muchos derechos que me corresponden y disfrutaron mis predecesores, hallarse abandonados otros, y atrasado el curso de los pleytos movidos para su reivin-

dicacion: en cuya atencion deseando poner remedio en lo posible á estos daños y evitar otros mayores en lo sucesivo: considerando que el medio único de conseguirlo es elegir sugeto en quien concurran las apreciables circunstancias de integridad, pureza, inteligencia en negocios, actividad y prudencia que son las que constituyen un buen apoderado y administrador general: conociendo que se halla adornado de ellas D. F. vecino de esta villa, y no dudando que con el zelo y esmero correspondientes á la confianza que hago de él, llenará mis deseos para que tengan efecto mis justas ideas, y evacuará plenamente á mi satisfaccion este encargo; he deliberado conferirle ámplias facultades á dicho fin, y poniéndolo en execucion, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete = Otorgo: que doy poder tan ámplio y general como legalmente se requiere al expresado D. F. vecino de esta villa, para que en mi nombre se presente ante S. M. (que Dios guarde) y le suplique me haga las honras y mercedes que fueren de su Real agrado, dándole á este efecto los memoriales que correspondan, acompañados de las relaciones de méritos que he hecho en servicio de su Real corona, é hicieron mis predecesores y causantes, y practique quantas diligencias tenga por convenientes con los Ministros y Oficiales Reales á quienes corresponda, hasta conseguir dichas gracias: para que gobierne mis estados, presentes y futuros, de dentro y fuera de estos reynos, administre sus bienes por sí ó por personas particulares que elija, conservando ó removiendo á los administradores actuales, y reciba de todos suficientes fianzas para la seguridad de los caudales que entraren en su poder, ó los admita sin ellas, segun le parezca: para que nombre Abogados, Agentes y Procuradores que soliciten y defiendan los pleytos, negocios y derechos que tengo pendientes, y en adelante se me ofrezcan en qualesquiera tribunales eclesiásticos ó seculares de dentro ó fuera de estos dominios; como asimismo Contadores y Oficiales para el buen régimen, cuenta y razon de las rentas de mi casa y estados, señalando á todos y á cada uno de ellos los sueldos y emolumentos que como tales deben gozar, y le parezcan proporcionados á su mérito y trabajo, y expidiéndoles los competentes títulos sellados con mis armas: para que venda qua-

lesquiera estados ó fincas de los mayorazgos que poseo, impetrando para ello Reales facultades, percibiendo ó depositando su producto, empleándole en otras que me sean mas útiles con agregacion á los mayorazgos de donde se separen, haciendo las subrogaciones y declaraciones necesarias á fin de que conste, enagenando los bienes libres y percibiendo sus precios de una vez ó á plazos, segun se conviniere con los compradores: para que acepte con beneficio de inventario y no de otra suerte todas las herencias que por testamento y abintestato me puedan corresponder de qualquier pariente ó extraño: para que tome posesion real, actual, corporal ó quasi de ellas, de los mayorazgos referidos, y de otros en que puedo y debo suceder, de los patronatos que estan vacantes y vacaren en lo venidero, y demas cosas anexas á ello: para que dé y tome cuentas á los que debo darlas y tomarlas, nombrando Contadores y personas inteligentes, haciendo que las otras partes nombren por la suya, ó se conformen con los que elija, y tercero en discordia, ó de oficio en rebeldía, exponiendo y aclarando los agravios que incluyan, hasta que no los haya, y aprobándolas enteramente si no los contienen; (1) y para que principie, prosiga y concluya todos los pleytos, causas, y negocios civiles y criminales que tengo pendientes, y en adelante se me ofrezcan con qualesquiera personas, concejos y comunidades eclesiásticas ó seculares de

(1) A este modo segun sean las facultades, derechos, bienes y circunstancias del poderdante, puede darse poder para comprometer en árbitros ó arbitradores todos los pleytos y negocios: para transigir todos los créditos y derechos: para dar bienes raices á censo enfitéutico, reducir los de esta especie á redimibles, imponer y redimir censos consignativos, otorgar redencion de ellos, subrogarlos y reducir sus réditos: para dar ó tomar cantidades de dinero prestadas con interes ó sin él: para conceder y solicitar esperas: para cobrar toda especie de deudas: para renunciar las obras nuevas: para hacer apeo ó deslinde de todos los terrenos, y términos de las villas y lugares: para presentar sugetos beneméritos para las capellanías, curatos y demas piezas eclesiásticas: para visitar los lugares y villas exerciendo ámplia jurisdiccion: para conferir las judicaturas, escribanías, alguacilazgos y todos los demas empleos que haya que proveer: para aprobar elecciones y elegir entre los propuestos: para dar plazas de Religiosas y prebendas á doncellas huérfanas; y en fin para todo quanto una persona puede encargar á otra, poniéndose con la especificacion ó extension que exija ó convenga al interesado.

todos estados y dignidades, sea demandando ó defendiendo, sea sobre las contenidas en este poder ó sobre otras sin excepcion, aunque requieran mencion específica y especial: á cuyo efecto comparezca ante S. M. Señores de sus Reales consejos, chancillerías, audiencias, juntas y tribunales, y ante S. S. Monseñor Nuncio en estos reynos, Jueces curiales y demas superiores é inferiores eclesiásticos y seculares competentes, ante los quales y cada uno ponga demandas de tenuta, formando artículo sobre que se me dé la administracion de sus bienes libremente y sin fianzas, y prosiguiéndolas hasta definitiva, demandas de propiedad en las chancillerías continuándolas con los coopositores hasta conseguir plenamente la declaracion en vista y revista, ó acuda á S. M. para que mande se siga el juicio de propiedad en el consejo; y todas las demas demandas que conduzcan así á reivindicar lo que se me ha usurpado, y de que estoy desposeido, como á defender y conservar lo que poseo: conteste á las que me pusieren, ó responda que se entiendan conmigo en persona: presente escrituras y otros documentos justificativos, los quales saque y compulse con citacion contraria ó sin ella: pida que los contrarios contesten á las que les pusiese en mi nombre, y los reconvenga en los casos que haya lugar en el propio juicio: haga execuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas y remates de bienes, consentimientos, oposiciones, apartamientos, juramentos, requerimientos, notificaciones, citaciones, protestas, allanamientos, comprobaciones de instrumentos, letras, firmas y otros papeles, nombramientos de peritos para ellas y para otros qualesquier reconocimientos, segun el caso lo requiera, probanzas, ratificaciones de testigos y abonos de los que hayan muerto, ó ausentádose ántes de su ratificacion: recuse con el juramento necesario y en los términos legales á qualesquiera Jueces, Ministros, Escribanos y Notarios, y se separe de las recusaciones: saque apremios, acuse rebeldías, pretenda y goce términos y prórogas de ellos, ó los renuncie: ponga excepciones perentorias y dilatorias, y otras qualesquiera, pida costas, restitucion por entero, declaraciones de los autos y sentencias que esten obscuras ó diminutas, y nulidad de ellas, reformas por con-

trario imperio ó como mas haya lugar de los interlocutorios que me sean gravosos, y lo demas que convenga: forme artículos, y prosígalos hasta su conclusion, ó apártese de ellos, é igualmente interrogatorios á cuyo tenor se exâminen los testigos de que se valga: tache y contradiga lo que se presentare, dixere y alegare en contrario: pruebe en el término legal las tachas que pusiere así á los testigos como á los documentos y peritos: decline jurisdiccion de los Jueces incompetentes: introduzca recursos contra la fuerza de los procedimientos de los Eclesiásticos, ya sea por conocer en negocios que no les tocan, ya por proceder del modo que no deben, ya por no otorgar las apelaciones en ámbos efectos; y asimismo los de injusticia notoria, solicitando se declare haber lugar á ellos, y la revocacion de las sentencias ó autos injustos, depositando la pena establecida por derecho Real para que se admitan, y los demas que le parezcan arreglados: redarguya de falsos civil ó criminalmente los instrumentos de que las partes contrarias quisieren aprovecharse: presente posiciones y pida declaraciones á aquellas en qualquier estado del pleyto, acumulaciones de autos siempre que haya cosa juzgada, litispendencia ó continencia de causa y lo demas que convenga; como tambien retencion de bulas, breves pontificios, y de las gracias y privilegios que con vicios de obrepcion ó subrepcion conceda S. M. ó su Real Cámara en detrimento mio: concluya, consienta los autos y sentencias interlocutorias y difinitivas que fueren favorables, y apele, ó suplique de las adversas, y en los casos y negocios de segunda suplicacion introduzca tambien las súplicas y afiance con la pena de las mil y quinientas doblas, ó las deposite: gane Reales provisiones, sobrecartas y otros despachos que haga leer é intimar en donde y á las personas contra quienes se dirijan; y finalmente haga y practique en todas instancias, juicios y tribunales todas las diligencias judiciales y extrajudiciales que se requieran, y que yo haria por mí mismo sin la menor limitacion ni reserva hasta conseguir executoria y su total cumplimiento, y quanto intente en mi utilidad sin necesitar nuevo poder; pues para todo lo expresado y quanto sea anexo á ello, le doy el mas eficaz y absoluto que necesite, con relevacion y facultades para substituirle en to-

do ó en parte, revocar los substitutos, y elegir otros de nuevo, pudiendo tambien los substitutos substituirle en quanto á pleytos; é igualmente para que en su virtud pueda conferir todos los poderes especiales que sean precisos por derecho y se ofrezcan para los recursos, actos y juicios que en este no queden especificados. Por tanto, á tener por firme lo que con arreglo á las facultades especificadas que incluye este poder, executare por sí ó por medio de sus substitutos y apoderados, obligo todos mis bienes, rentas y derechos, presentes y futuros: renuncio todas las leyes, fueros y privilegios que me favorezcan; y así lo otorgo y firmo ante el presente Escribano de S. M. en esta villa de tal á tantos de tal mes y año, siendo testigos N. N. y N. vecinos de ella.= Y yo el Escribano doy fé de que conozco al Señor otorgante.

Poder para suplicar á la Sala de Mil y Quinientas.

38 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos D. Francisco de tal vecino de ella, á quien, doy fé, conozco= dixo: que ha seguido pleyto con D. Juan de tal ante los Señores Presidente y Oidores de tal chancillería y escribanía de cámara de Don N. sobre tal cosa, quienes en la sentencia de revista que dieron tal dia, condenaron al otorgante en, &c. y por serle gravosa, ha determinado suplicar segunda vez para ante S. M. á cuya conseqüencia en la forma que mas haya lugar en derecho=Otorga, y da poder especial y tan bastante como es necesario, á Antonio de tal Procurador de dicha chancillería, para que comparezca en su nombre ante los referidos Señores y suplique segunda vez de la expresada sentencia, y admitida la suplicacion y dada la fianza ó hecho el depósito de las 1500 doblas que previene la ley recopilada, se presente con testimonio de todo ante S. M. para que se sirva cometer el conocimiento y determinacion del citado pleyto á los Señores Jueces que fueren de su real agrado, practicando hasta que esta se consiga, todas las diligencias convenientes, para lo qual le confiere el poder mas eficaz que necesite con libre, franca y general administracion, obligacion y relevacion en forma. Por tanto, á tener por firme lo que haga en su virtud, obliga, &c.

39 Aunque en este poder he omitido las cláusulas: *que el poderdante ratifica quanto el personero haya actuado sin facultad despues de la sentencia de revista: que le concede facultad para que le obligue á la paga de las 1500 doblas y dé informacion de abono de ellas: que substituya el poder, revoque los substitutos, y se aparte de la segunda suplicacion á fin de que no incurra en la pena*; puede el Escribano ponerlas, como tambien expresar los términos que el derecho Real prefine al interesado para suplicar, presentarse ante S. M. y apartarse de la suplicacion. Debe suplicarse dentro de los 20 dias siguientes al de la notificacion de la sentencia ante los Jueces que la pronunciaron, acreditando el abono de la fianza ó depósito de las 1500 doblas para que se admita la suplicacion. Admitida esta y aprobada la fianza ha de acudir el suplicante con testimonio de todo ante la Real Persona dentro de 40 dias contados desde la suplicacion; y si quiere apartarse de esta, ha de hacerlo en el discurso de tres meses contados igualmente desde ella. (Lo mismo he visto practicar en el recurso de injusticia notoria en quanto al apartamiento, no obstante que el auto acordado nada dice acerca de esto.) Pasados dichos términos no se le admitirá, aunque sea menor. (*a*) Y no solo puede suplicar segunda vez la misma parte agraviada sino tambien su Procurador en su nombre, segun se infiere de las palabras, *ó en cuyo nombre fuere suplicado*, que trae la ley 1 del citado título; pero aquel ha de tener poder especial en que se haga mencion del mismo pleyto, sentencia y colitigante, porque en virtud del general no puede practicarse ninguna diligencia por la que el interesado quede gravado ú obligado á satisfacer alguna pena, y por lo mismo no se le admitirá, aunque el poder contenga las cláusulas de: *jurar de calumnia, interponer suplicacion con pena de qualquier sentencia, con libre, franca y general administracion, y poder practicar todo lo que requiera y exija especial mandato, y que el mandante haria por sí mismo.* (*b*) Lo mismo digo y he visto practicar en el Consejo para introducir recursos de fuerza é injusticia notoria, y otros extraordinarios, pues á mas de lo dicho se ha de nombrar el Juez

(*a*) El t. 20 lib. 4 R. trata de la segunda suplicacion. (*b*) Véase á Paz tom. 1 part. 7 cap. único, nn. 3, &c. y 11.

que pronunció la sentencia ó auto que motiva el recurso, y expresarse en qué Sala se ha de ver y determinar; como tambien para pedir retencion de alguna bula, ó breve pontificio, ó de cédula, gracia ó facultad que se solicite ó impetre de la Real Cámara con el vicio de obrepcion ó subrepcion, y en perjuicio de tercero; por manera que omitiéndose estas especialidades no se admite el pedimento, aunque el poder contenga la generalidad de poderlos introducir y seguir. Y es de advertir que el poder en el recurso de injusticia notoria ha de ser no solo para que se revoque la sentencia ó sentencias gravosas, sino tambien para que se declare haber lugar á este, y en el de segunda suplicacion para la revocacion de ellas únicamente. (1)

4o. El poder que se otorgue para poner la demanda de *tenuta* é introducir el juicio posesorio sumarísimo de *artículo de administracion*, debe ser especial y ha de expresarse en él primeramente quien fundó el mayorazgo, quando, ante quien, en donde, y á quien llamó á su goce: en segundo lugar, quiénes ó qué líneas le gozaron, y por muerte de quien se halla vacante; y en tercer lugar que por esta segun la fundacion se transfirió en el poderdante la posesion civil y natural de él por ministerio de las leyes de Toro y Partida, y sus declaratorias como descendiente legítimo de F. que tenia tal parentesco con el fundador, y era de las líneas llamadas. Hecha esta relacion, si el último poseedor hubiese sido legítimo, entrará el otorgante diciendo: "que otorga y confiere poder especial y el mas ámplio que se requiere por derecho, á F. vecino de la Villa de Madrid y procurador de los Reales Consejos, para que dentro del término legal acuda ante los Señores del Consejo en Sala de mil y quinientas, y con presentacion de los documentos que califican su legítimo derecho, ó presentándolos á su tiempo y compulsando los que falten, pida se declare que por fallecimiento del citado último poseedor se le transfirió como á su sucesor inmediato dicha posesion civil y natural: que en su conseqüencia

(1) En Real cédula de 10 de Mayo de 1797 ha resuelto S. M. que haya lugar en el Supremo Consejo de Guerra al grado de segunda suplicacion y al recurso de injusticia notoria con arreglo á las leyes y autos acordados, y segun se previene en los 18 capítulos de la misma cédula.

se mande darle la real, actual, corporal ó quasi en forma de dicho mayorazgo, sus agregados y pertenencias con el goce de sus rentas, frutos, regalías y aprovechamientos, y obligacion de cumplir sus cargas desde el dia siguiente al de la vacante, expeliendo á qualquiera detentador que se haya introducido en él, mandando que las Justicias ante quienes se hubiesen formado autos sobre su posesion, los remitan al Consejo íntegros y originales con los documentos producidos en ellos, y que se le confiera asimismo la administracion de sus bienes libremente y sin fianzas, sobre lo qual forme artículo de prévio y especial pronunciamiento con protesta de la nulidad si se pasa á lo demas ántes que se decida, y practique sobre todo y lo demas que convenga hasta su plena consecucion quanto el otorgante haria por sí propio sin reserva, &c." Desde aquí proseguirá como en los demas poderes para pleytos. Pero si alguna línea hubiese sido intrusa, y el último poseedor hubiere sido de ella, despues de hacer la relacion expuesta y de las líneas detentadoras, como igualmente de que los ascendientes del poderdante por ausencia, ignorancia de los llamamientos, ó por el motivo que haya habido, no pretendieron su posesion en las vacantes anteriores, se pondrá la cláusula en esta forma: "que pida se declare que desde F. último poseedor de los llamados, ó desde la vacante que sea legal y mas conforme á la fundacion, se le transfirió al poderdante y á sus descendientes las posesion civil y natural del mayorazgo, y mande dar la real, &c. condenando á los herederos del último detentador y á los demas anteriores á la restitucion de todos los frutos que percibieron como intrusos." Continuará como en el poder anterior, pues no conviene ni se debe confesar legitimidad al intruso; y con esta cláusula ademas de poderse conseguir la restitucion de frutos, si se manda, queda subsanada la asercion, caso que la línea legítima no haya espirado en el que se menciona, sino en otro, y se le adjudicará el mayorazgo por la vacante del que se verifique haber sido último, legal y verdadero poseedor: lo que tendrá presente el Escribano pues no todos lo saben. Y es de notar que si dentro de los seis meses siguientes al de la vacante acude alguno á la chancillería poniendo la demanda de propiedad, y el demandado ú otro que pretenda tener derecho al mayorazgo, intenta

la tenuta en el Consejo, se seguirá esta y suspenderá aquella, como lo he visto declarado, pues el remedio de la tenuta, ó juicio posesorio, una vez intentado en tiempo hábil, que es dentro de dichos seis meses, lo suspende todo hasta que se declare, y así no se puede seguir junto con el de propiedad como en otros negocios y casos.

Cabeza de poder de concejo.

41 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos el Concejo, Justicia y Regimiento de ella que le componen los Señores Don F. Corregidor y Justicia mayor, Don F. F. y F. Regidores y Oficiales de él, &c. juntos en la casa consistorial, como lo tienen de costumbre, por sí y en nobre del referido Concejo y Capitulares que les sucedieren, por quienes prestan caucion de que aprobarán todo lo que se practicare en virtud y con arreglo á las facultades de este instrumento, haciendo expresa obligacion de los bienes y rentas de este Concejo, dixeron: que, &c. (*Se pondrá el relato de lo que motiva la dacion del poder, luego lo dispositivo de él segun el fin para que se confiera, y despues las cláusulas generales con las de los contratos de menores y juramento de observar lo que se hiciere en virtud del poder, porque los concejos, iglesias, comunidades y fisco gozan del beneficio de menor edad segun la ley fin. tit.* 19 *P.* 6.)

Cabeza de poder de convento.

42 Estando en la sala de Profundis del monasterio de San Benito intramuros de esta villa de tal á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos el Reverendo Padre Maestro Fr. Francisco de tal Abad de él, Fr. Pedro Prior, y Fr. F. F. y F. &c. todos Religiosos profesos conventuales que expresaron ser de este monasterio y la mayor parte de los que tienen voto de comunidad, juntos y congregados á son de campana como lo acostumbran, quando tienen que conferir sobre las cosas tocantes al servicio de Dios y utilidad de este monasterio, por sí, y en nombre de los ausentes é imposibilitados de presenciar este acto y de los que les sucedieren, por quienes prestan caucion de que aprobarán

es instrumento y los que en su virtud se formalicen, haciendo expresa obligacion de los bienes, y rentas presentes y futuras de este monasterio, dixeron que, &c. (*Se pondrá lo mismo que se ha prevenido en el poder de concejo.*)

43 Sabiendo el Escribano la naturaleza y cláusulas de los contratos sabrá extender los poderes que se otorgan para celebrarlos, y se le previene que quando se extienda algun contrato en su virtud, ha de declarar y asegurar en él el apoderado que no se le ha revocado, suspendido, ni limitado, sin que sea preciso decir que le tiene aceptado, ni que le acepta, pues por el uso de él es visto aceptarle: que si es especial para otorgar un contrato, se ha de unir original é insertar en él, y si para mas, ha de sacarse un traslado é incorporarle, ó á lo ménos citarle individual y substancialmente en la Escritura, y darse fé de que es bastante; pero no ha de poner el Escribano la obligacion de la persona y bienes del apoderado sino del sugeto que representa, porque en el contrato no hace mas oficio que el de mandatario, á no ser que le otorgue tambien por su hecho propio como interesado con el mandante. El poder para presentar instrumentos en juicio fuera del término legal ha de ser especial, y en él ha de jurar el mandante, sea actor ó reo, que no supo ni tuvo noticia de ellos hasta entónces, y que no los presenta con malicia, ni por diferir y alargar el curso del pleyto, sino tan solo por convenir á la defensa de su justicia y derecho, pues esto es conforme á las leyes 1 y 2 tit. 2 lib. 4 R.

Poder para desposarse.

44 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López natural y vecino de ella, de tal estado, hijo legítimo de F. y Fulana difuntos, á quien, doy fé, conozco = dixo: que á honra y gloria de Dios, y para su santo servicio está tratado de casarse con María Fernández de estado doncella, hija legítima de F. y F. vecinos de tal lugar, á cuyo acto no puede concurrir personalmente por sus graves ocupaciones y larga distancia, y para que por este motivo no dexe de tener efecto, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete y de su libre voluntad = Otorga y confiere poder espe-

cial y tan bastante como es necesario, á Gregorio Sánchez vecino del citado lugar, para que en su nombre y representando su persona se despose por palabras de presente que constituyen legítimo y verdadero matrimonio, con dicha María Fernández, precedidas las amonestaciones que prescribe el Santo Concilio de Trento, ó dispensa de ellas; y si recibe al otorgante por su esposo y marido, la reciba en su nombre por su esposa y muger; pues desde ahora la quiere y admite por tal, aprueba y ratifica el matrimonio que se celebre, para que tenga la misma validacion que si le celebrara por sí propio, puesto que le contrae con libre y deliberada voluntad sin respeto, miedo, ni violencia; y promete no reclamarle con pretesto alguno, ni revocar este poder. Por tanto, al cumplimiento de lo que se haga en su virtud, obliga su persona y todos sus bienes, &c.

45 El poder para casarse ha de ser especial, como tambien el que se dé para poner demanda sobre matrimonio, esponsales, ó estupro, y para contraer aquellos, recibir la dote, otorgar capitulaciones matrimoniales y ofrecer arras. Ademas en estos poderes se han de expresar los nombres de los contrayentes ó interesados, y de otra suerte no se deben admitir ni admiten.

Substitucion de poder.

46 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco, usando de la facultad que se le ha conferido en el poder precedente = Otorga: que le substituye en todo, (*ó en tal cosa*) en Antonio de tal vecino tambien de esta villa, á quien releva, segun está relevado, obligando los bienes obligados en dicho poder; y lo firma siendo testigos, &c.

47 La substitucion de poder suele hacerse regularmente á continuacion de la copia original ó traslado de él; y así se admite sin reparo en los tribunales superiores é inferiores; pero si se extiende separada haciendo protocolo, (como se debe hacer segun la ley recopilada) ha de insertarse en ella copia testimoniada del poder para que no se dude de sus facultades, substitúyase en todo ó en parte; y si el apodera-

do no quiere substituirle en el todo, expresará para qué efecto le substituye, dexándole en lo demas en su fuerza y vigor.

Revocacion de poder.

48 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco de tal vecino de ella, á quien doy fé, conozco = dixo: que en el tal dia confirió poder especial para tal cosa (*ó general*) á Pedro de tal ante N. Escribano Real, el qual ha determinado revocar por justas causas que le impelen á ello, y para que tenga efecto, en la forma que mas haya lugar en derecho, dexando como dexa al citado Pedro en su buena fama y opinion, y sin que sea visto injuriarle por este hecho = Otorga: que revoca enteramente (*ó en tal cosa*) el referido poder, para que no use mas de él con pretexto alguno: anula é invalida todo quanto practique en su virtud desde hoy, y requiere á qualquier Escribano de S. M. que si fuere preciso por derecho, le haga saber esta revocacion, como tambien á las demas personas á quienes toca y pueda tocar, á fin de que no le tengan por parte en los actos y asuntos que comprehende, poniendo testimonio de ello á su continuacion, sin que para su notificacion ni dar el testimonio se necesite auto de Juez ni otra diligencia, ni dexe de valer esta revocacion, aunque no se notifique. Así lo otorga y firma siendo testigos, &c.

49 Dudan algunos, si es necesario notificar la revocacion del poder al apoderado para que surta efecto, y auto de Juez para hacerlo; y se responde que el mandatario no puede extenderse á mas de lo que quiera el mandante; y que por lo mismo lo que este practique desde la revocacion en adelante, aunque la ignore, es nulo, sin que sea preciso hacerla saber, concurriendo las circunstancias siguientes: la primera, que sea nombrado para acto extrajudicial; la segunda, que el acto sea tal que no pueda executarle sin expresa voluntad del dueño: la tercera, que la revocacion no ceda en perjuicio de tercero, ni del apoderado, (no se llama, ni es perjuicio quitar á este las facultades de usar del poder) y la quarta, que sea tal el acto que el dueño no tenga necesidad de practicarle por sí; pero si se quiere hacérsela saber, no es menester auto de Juez, porque así como el

dueño puede conferirle el poder y revocársele sin este requisito, así tambien el Escribano intimarle la revocacion sin él, aunque sea en dia feriado, interviniendo mandato expreso del dueño, porque la misma solemnidad y formalidad se requieren en el contrato que en el distracto, y la notificacion de la revocacion es una diligencia meramente monitoria, extrajudicial, no contenciosa y de jurisdiccion voluntaria del Escribano, quien como persona pública siendo requerido por el poderdante, ó su nuevo apoderado, no debe excusarse á hacerla, ni á poner á su continuacion testimonio de ello con expresion del requerimiento para que conste: en cuyos términos es mas seguro que se haga saber á los demas que comprehende el poder expresa ó tácitamente, como colonos, inquilinos, deudores, Ordinario diocesano, Compatronos, &c. que al apoderado, á fin de que les conste que este carece de facultad para exercer con ellos las funciones de tal, y que si las exerce son nulas; pues interpelados de esta suerte, surtirá la revocacion sus verdaderos efectos, aun quando el mandatario la ignore. Este es el medio mas eficaz y seguro, y de omitirle, si el poder es, v. gr. para cobrar y los deudores no saben la revocacion, pagarán bien al apoderado, aunque este la sepa, y puede causarse perjuicio al dueño, y constándoles, si le pagan, será por su cuenta y riesgo, lo qual milita tambien en otro qualquier acto. Con dicha interpelacion cesará todo perjuicio, y será superflua la notificacion al mandatario, pues por el mismo hecho de nombrar el dueño otro en su lugar espira su potestad, como lo dice la ley 23 al fin t. 5 P. 3, y se ha sentado al principio del n. 18.

Poder y cesion graciosa.

50 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco Fernández vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = dixo: que otorga y confiere poder amplio y tan bastante como se requiere por derecho, á Antonio López que lo es de tal lugar, para que perciba y cobre para sí judicial ó extrajudicialmente tantos reales que F. vecino de él le está debiendo segun escritura que otorgó á su favor en tal parte, tal dia, mes y año ante tal Escribano; y formalice á su favor de lo que recibiere los resguardos nece-

sarios con fé de entrega, ó renuncia de sus leyes, y con otras firmezas convenientes; como tambien para que si fuere preciso, comparezca en juicio, y hasta conseguir plenamente su cobro haga quantos pedimentos, autos y diligencias practicaria el otorgante por sí mismo sin limitacion en qualquiera tribunal superior é inferior: en cuya atencion para todo esto y para que disponga de dicho crédito á su arbitrio, le confiere el poder mas eficaz que necesite con libre, franca y general administracion, y facultad de substituirle en quien y las veces que le parezca, de revocar los substitutos, y elegir otros: le cede todas quantas acciones le competen y puede ceder: le constituye y pone en su lugar, grado y prelacion en forma legal: le entrega á presencia mia, de que doy fé, la escritura de obligacion original como documento legítimo de pertenencia del expresado crédito, á fin de que use de ella con esta cesion, como le convenga, previniendo que queda de su cuenta, cargo y riesgo el cobro de dicha cantidad; puesto que se la cede únicamente por mera liberalidad: declara que la expresada deuda es cierta y que no la tiene cedida ni remitida: se obliga á no cederla, remitirla, ni revocar en todo ni en parte esta cesion; y si lo hiciere, quiere que no valga, ni se le admita en juicio ni fuera de él. Por tanto, al cumplimiento de este contrato obliga todos sus bienes, &c.

Poder y cesion por contrato oneroso.

51 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco Fernández vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = dixo: que está debiendo á Antonio López que lo es de tal lugar, tantos mil reales que le prestó en tal dia, segun resulta de la obligacion que hizo á su favor en tal parte á tantos de tal mes y año ante N. Escribano de su Número; y por haber espirado el término pactado para su satisfaccion y hallarse imposibilitado actualmente de hacerla, para que se reintegre de aquellos, ha resuelto cederle un crédito de igual cantidad que le pertenece contra la Real hacienda, como consta de certificacion dada por Don N. Contador de la contaduría general de la distribucion de ella en tantos de tal mes y año en virtud de Real órden comunicada por el Señor Marques de tal, Secretario del Des-

pacho universal de hacienda en tantos de dicho mes; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho = Otorga y da poder irrevocable y el mas amplio que se requiere, al expresado Antonio López para que perciba y cobre de S. M. (que Dios guarde) sus Tesoreros y demas personas á cuyo cargo está la satisfaccion de los créditos contra la Real hacienda, los referidos tantos mil reales, segun se vayan librando y mandando pagar, y de lo que percibiere, formalice los recibos, cartas de pago y resguardos que se le pidan, con fé de entrega ó renuncia de sus leyes, y con las demas cláusulas necesarias; pues quiere sean tan firmes, como si los formalizara por sí propio, y á este efecto le confiere el poder mas eficaz que se necesite, con libre, franca y general administracion, y facultad de substituirle en quien y las veces que le pareciere: le cede todas quantas acciones le competen y puede ceder sin reserva: le constituye y pone en su lugar, grado y prelacion; y quiere asimismo que hasta conseguir el pago íntegro de los dichos tantos mil reales pueda practicar por sí ó por su apoderado sin intervencion del otorgante quantas diligencias, y autos judiciales y extrajudiciales se requieran, y disponer de ellos á su arbitrio como de cosa suya adquirida con justo título: que para su cobro se le tenga á él ó á quien le represente por parte legítima, y no á otra persona: que como verdadero dueño de ellos se ponga en su cabeza la correspondiente certificacion, y quando llegue el caso del pagamento, las órdenes competentes; y que se le siente en los libros de las oficinas, donde se debe tomar la razon, tildando y borrando el nombre del otorgante para que conste, á cuyo fin le entrega la certificacion original, de que doy fé. En esta atencion asegura y declara que es cierta la deuda de los mencionados tantos mil reales: que no los tiene cedidos, obligados, remitidos, ni enagenados en otra forma, y se obliga á no disponer de ellos en manera alguna, ni revocar esta cesion en todo ni en parte, y si lo hiciere, ha de ser nulo. Tambien se obliga á que sino puede cobrar el todo ó parte de dicha cantidad, ó manda S. M. suspender el pago, aunque sea solo por un año, le satisfará incontinente todo lo que dexe de cobrar con las costas, daños y perjuicios que se le causen, deferido su importe en su relacion jurada ó en la de quien le represente, sin otra

prueba de que le releve : á todo lo qual quiere ser compelido por todo rigor, obliga su persona y todos sus bienes, &c.

Lasto á favor de uno de dos mancomunados.

52 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano del Número y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = dixo : que Diego y Antonio Fernández de la misma vecindad se obligaron de mancomun é insolidum á satisfacerle tantos mil reales tal dia en escritura que otorgaron á su favor en esta villa á tantos de tal mes y año ante F. Escribano Real ; y por haber espirado el plazo sin haberlo cumplido, pidió execucion contra el referido Diego por la expresada cantidad, su décima y costas que despachó en tal dia ante mí el Señor Don F. Corregidor de esta villa, y habiéndole requerido que la pagase, respondió que estaba pronto á ello, con tal que se le diese el correspondiente lasto para repetir contra el mencionado Antonio, á lo qual condescendió el otorgante, y poniéndolo en execucion, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorga : que recibe en este acto del referido Diego Fernández los expresados tantos mil reales en tales monedas que sumadas los importaron, de cuya entrega y recibo doy fé, por haber sido á presencia mia y de los testigos infrascriptos, y como satisfecho de ellos formaliza á su favor la mas firme y eficaz carta de pago que conduzca á su seguridad : á cuya conseqüencia le confiere el poder mas amplio que sea necesario, para que por sí ó por medio de quien tenga el suyo, sin intervencion del otorgante pida y cobre judicial ó extrajudicialmente por su cuenta y riesgo del dicho Antonio los mencionados tantos mil reales, ó la parte que debe satisfacerle de ellos segun el convenio que tengan hecho, con las costas causadas y que se causen hasta el efectivo pago de todo, dándole los resguardos necesarios con las seguridades que convengan, y haciendo en los tribunales superiores é inferiores competentes todas las diligencias que sean á propósito para conseguir el total reintegro de lo que le toca ; para cuyo efecto le constituye y pone en su mismo lugar y grado: le cede todas quantas acciones le competen, y de que puede usar contra el expresado Antonio y sus bienes sin limitacion:

le entrega la escritura original de obligacion, para que use de ella como le parezca contra dicho Antonio, y ninguna efecto surta á favor del otorgante, quien mediante á estar reintegrado de su débito y á no quedarle accion para demandarle la da por rota y cancelada por lo que á sí toca, y la dexa en su fuerza y vigor para con dicho Diego; y se obliga á tener por firme este lasto, y á no revocarle ni reclamarle con pretexto alguno. Por tanto, al cumplimiento de este contrato obliga todos sus bienes, &c.

Lasto á favor de un fiador que pagó la deuda por el principal y confiadores.

53 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien doy fé, conozco = dixo: que habiéndole pedido prestados veinte mil reales Juan Fernández de la propia vecindad condescendió el otorgante á ello siempre que afianzase con personas legas, llanas y abonadas que se obligasen con él como principales á su responsabilidad; y en efecto se constituyeron por tales Pedro, Diego y Antonio de tal vecinos de esta villa, quienes para mayor seguridad del otorgante formalizaron la correspondiente escritura en tal parte á tantos de tal mes y año ante N. Escribano de su Número; y por haber espirado el plazo estipulado reconvino extrajudicialmente al mencionado Pedro sobre su satisfaccion, á la qual se ha allanado con la condicion de que le dé el competente lasto, y en su conseqüencia = Otorga: que recibe en este acto del dicho Pedro los expresados tantos mil reales en tales monedas que contó, y pasó á su poder efectivamente á presencia mia y de los testigos infrascriptos, de que doy fé, y como satisfecho enteramente de ellos formaliza á su favor el resguardo mas conducente á su seguridad: le confiere poder amplio é irrevocable para que por su cuenta y riesgo cobre enteramente ó á prorata del principal y confiadores los expresados tantos mil reales que como tal fiador le satisfizo, y las costas que se le originen en su exâccion, otorgando de todo á su favor los resguardos convenientes con las firmezas necesarias, y siendo preciso comparezca en juicio y practique en los tribunales superiores é inferiores quanto el otor-

gante haria por sí mismo sin limitacion, hasta conseguir plenamente su reintegro; pues para que sea efectivo, le cede todas las acciones que tenia contra los referidos deudores sin reserva, le constituye en su propio lugar, grado y antelacion, y le entrega á presencia mia, de que doy fé, la escritura original de obligacion que en quanto al otorgante queda cancelada y de ningun valor, y por lo tocante á dicho Pedro en su fuerza y vigor, á fin de que en virtud de este lasto use de ella á su arbitrio. Por tanto, se obliga á tenerle por firme, y á no revocarle ni reclamarle en todo ni en parte, &c.

54 Las copias originales de todos los poderes, aunque sean para testar, que son las que se sacan de sus protocolos y los traslados por concuerda de ellas deben darse en papel del sello segundo, excepto las de los que son para pleytos, pues á estas corresponde el del tercero; bien que los traslados de las de todos se admiten en los tribunales de esta corte en papel del sello quarto, por no hablar de ellos las leyes; mas para evitar dudas y cargos los sacará el Escribano en el del segundo, porque todas son copias testimoniales, y los traslados deben seguir la naturaleza de los originales. Las copias originales de las substituciones, si se hace protocolo de ellas sin insercion del poder, siguen asimismo la naturaleza de este. Las de cesiones y lastos, aunque D. Pedro Melgarejo dice que sean de mucha ó poca cantidad, requieren el papel del sello segundo, se han de sacar en el papel que las ventas, censos y empréstitos segun la cantidad sin diferencia, porque dichos instrumentos en lo principal no son poderes sino enagenaciones. Finalmente las de substituciones y revocaciones de poderes siguen igualmente la naturaleza de estos.

CAPÍTULO XXIV.

De las protestas y de los protestos de cambios.

§. I.

De las protestas.

1 Como en contratos celebrados especialmente con mugeres casadas, con presos y con los que estan baxo el po-

der de otros, suele haber miedo, fuerza ó respeto reverencial, consintiendo estos contra su voluntad y con gran perjuicio suyo en lo que se les manda y propone; para que ninguno se les cause, se ha establecido por derecho el remedio de la *protesta*, la qual *es una testificacion ó declaracion espontanea que se hace para adquirir, ó conservar algun derecho, ó precaver algun daño que puede sobrevenir.* Llámase *protesta*, porque quien la hace manifiesta que no tiene ánimo de hacer lo que va á hacer.

2 Quatro especies hay de protestas que son: *declaratoria, prohibitoria ó inhibitoria, incitatoria ó monitoria* y *certificatoria.* La primera *es una declaracion de la voluntad del que protesta*: la segunda *es aquella en que se prohibe la execucion de alguna cosa*: la tercera *es en la que se incita ó estimula para que se haga*; y la quarta *es aquella, por la qual se cerciora el hombre de estar ó no hecha cierta cosa.*

3 Puede hacer la protesta el mismo interesado ó su Procurador con poder especial y no de otra manera, verbalmente ó por escrito ante testigos; pues la escritura no es esencial, aunque siempre conviene que conste por ella, como se practica, y de esta suerte no se expone el protestante al riesgo de no poderse probar y ser perjudicado tal vez por esta causa.

4 Tambien puede hacerse extrajudicialmente ó en juicio, interviniendo Juez, actor y reo. Se ha de hacer ántes del contrato, ó acto á que es compelido el protestante, y si está imposibilitado de ello, incontinente que tenga libertad; pero si despues de la protesta hace algo contrario á ella, no le servirá de nada, sea especial, general, tácita, expresa, judicial ó extrajudicial.

5 Pueden hacerse tantas promesas quantos son los contratos, actos y fines á que se dirigen. Yo no he hallado ley ni título en nuestro derecho que hable de ellas, ni autor que se haya dedicado de intento á tratar de sus efectos, sino Iranzo, quien explica difusamente los que causan, y trae en latin la forma de su extension. El Escribano latino podrá verle é instruirse radicalmente de todo; bien que con lo explicado y con la escritura que extenderé, me parece se tinturará suficientemente para las que le ocurran.

§. II.

De los protestos de cambios.

6 Libran muchas veces los comerciantes, cambiantes, mercaderes y personas particulares de dentro y fuera de estos reynos algunas cantidades de dinero á cargo de otras, para que las paguen á aquellos sugetos en cuyo favor dan las libranzas. De estas hay dos clases: la una es de las que no traen término para satisfacerse ni de consiguiente cortesía, y que siempre que se presenten, debe pagarlas el sugeto contra quien vienen dirigidas, porque como no traen término, no puede pasar ni prescribir este, y solo será perjudicado el tenedor en el único caso de que quiebre el librador ó dador, por cuya razon se distinguen en el comercio con el nombre de *libranzas*: la otra clase es de las que traen término expreso ó tácito, las quales se llaman *letras*, cuya palabra se deriva de la italiana *lettera* que en nuestro castellano equivale á la libranza, y son conocidas comunmente con el nombre de *letras de cambio*. De estas letras unas son domiciliadas, y otras no: las domiciliadas son las que se dan á cargo, ó contra un sugeto de cierto lugar, por exemplo de Madrid, para que las pague en otro, v. gr. en Sevilla; y las no domiciliadas son para que satisfaga su importe en el propio lugar de su residencia. Si no le satisface, la persona á cuyo favor se ha librado, usa del remedio de la protesta, para que no le pare perjuicio, pues si no lo hace en el término que cumple la letra, y en caso de no traerle asignado, ó aun quando le traiga, en aquel que se debe esperar segun costumbre del lugar en que ha de pagarse, que llaman *cortesía*, es de su cuenta el riesgo que haya en su pagamento, y no de la del dador ó librador.

7 Los protestos de cambios ó de letras de cambio son unos testimonios con que se precaven los portadores ó tenedores de ellas para verificar y acreditar á los dadores la diligencia que practicaron de seguridad en su aceptacion y de precaucion en la falta de su cobro, haciendo presente en ellos que todos los daños, intereses ó menoscabos, cam-

bios, recambios, &c. serán á cargo del causante. Hay dos especies de protestos: unos se llaman *protestos por falta de aceptacion*, y otros *por falta de pagamento*.

8 El protesto por falta de aceptacion se practica, quando la letra viene pagadera, ó debe pagarse al plazo cierto que trae, y luego que la recibe el sugeto á cuyo favor viene girada, la presenta al que la ha de satisfacer, para saber si á su vencimiento, ó en el dia en que cumple el plazo, la pagará ó no. Si hace ánimo de entregar su importe, la acepta poniendo en ella, *aceptada ó corriente*, con la fecha y su firma, y la devuelve al portador para que acuda á su percibo en el término que tiene asignado, ó á su vencimiento si está señalado, ó en el de la cortesía si la goza; y si no quiere pagarla, ó duda si la pagará, no la acepta por no quedar obligado á su pago, en cuyo caso el tenedor saca el protesto de no aceptacion, expresando el Escribano en él los motivos que diere el no aceptante para no aceptarla, sean los que fueren, sin que este necesite firmar la respuesta que dé, por bastar el testimonio del Escribano. Tambien se saca este protesto, quando el sugeto contra quien viene la letra, no se dexa ver, ó no está en el pueblo para aceptarla, á fin de que no se siga perjuicio á su tenedor.

9 Suele no aceptarla algunas veces, porque no tiene aviso, ó en su poder caudal ó fondos del dador, ó por otra causa, y entónces el tenedor saca el protesto de no aceptacion; mas no por eso envia la letra al dador, (bien que debe avisárselo y remitirle el protesto para que no dude haberse hecho, ni le arguya de morosidad ó inteligencia con el no aceptante) sino que espera el dia de su vencimiento, y vuelve con ella á ver si quiere aceptarla, pues puede haberle remitido caudal el dador para pagarla, ó cesado la causa por que no la aceptó. Si la paga, de nada sirve el protesto; pero debe cargar al causante los derechos que cueste y pagarlos por el portador, porque dió motivo á que se causasen; y si no la paga, la devuelve este al librador para los efectos que le covengan. Otras veces si tampoco la acepta, se ha de mirar si trae *indicacion*, que es decir el librador que no pagándola el primer sugeto contra quien viene girada, se acuda á otro ú otros que

nómbra en ella con esta expresion: *y en caso necesario á Pedro ó Juan de tal*, ú otra equivalente; en cuyo caso el Escribano debe acudir de oficio inmediatamente, sea por falta de aceptacion ó de pagamento, al indicado ó á los que nombre por su órden, por si alguno quiere honrarla con su firma por honor del dador, ó de alguno de los endosantes si los trae; y con lo que resulte, la devuelve al tenedor con el protesto y carta de pago de su importe, si lo hace, y lasto á fin de que lo cobre todo del pagador, y este de aquel por cuyo honor la satisface; pero si no trae indicacion, aunque traiga endosos, no está obligado á ir á los comerciantes á ver si quieren pagarla, sino es que lo sepa por sí, ó porque se lo prevenga el tenedor de ella.

10 Se dice venir la letra pagadera á cierto plazo, quando le trae expreso, v. gr. *á ocho, quince, treinta, sesenta ó noventa dias vista, &c.* ó tácito, v. gr. *á uso*, que son dos meses, *medio uso*, que es uno, *uso y medio, &c.* pues ya se sabe en el comercio qué plazos son estos usos, segun la plaza de donde viene girada la letra. Tales usos tienen cortesía, coma tambien las letras que dicen: *á la órden de D. F. á tantos dias ó meses vista, fecha ó data, &c.* y la de las de dentro de estos reynos son ocho dias, la de las de Bilbao diez y nueve, y la de las de Lóndres, Francia, Amsterdam y otras partes catorce; en cuyos casos se ha de esperar para su cobro despues de aceptada el dia del vencimiento de la cortesía. Pero si la letra dice: *á tantos dias prefixos, ó á tantos dias sin mas términos, ó á la vista*, no hay cortesía, y así debe pagarse en el de su vencimiento, ó quando se presenta, si es á la vista.

11 Por la falta de fé en el comercio se introduxo la precaucion de aceptacion; pues como suele no pagarse la letra y no tener contra quien repetir el interesado en ella, por haber hecho quiebra el librador en el intermedio, y quedado insolvente, á prevencion de este caso se toma la aceptacion, en virtud de la qual queda obligado el aceptante á su pago, aunque el dador quiebre, y el tenedor puede presentarla para su aceptacion al punto que la recibe, aun quando falten muchos dias de los que trae señalados para su pagamento.

12 El efecto de este protesto es precaverse y asegurar-

se el tenedor de la letra de la satisfaccion de su importe, si el sugeto contra quien se ha dado, no se la paga, acudiendo con el protesto al librador para que le dé seguridad de que se le entregará, y quando no, que él y los endosantes le pagarán, con cuya seguridad espera que cumpla el plazo, y en el mismo dia de su vencimiento, y si es de fiesta, en el anterior (bien que en el de fiesta se puede pagar) acude, como debe hacerlo, con la letra por su dinero para no ser perjudicado; y si no se le da, saca tambien el protesto de no pagamento, á fin de que se le satisfagan el dador y endosantes con las costas é intereses, pues contra todos y cada uno puede repetir como obligados por el endoso.

13 El protesto por falta de pagamento se hace, quando la letra de cambio aceptada no se satisface en el dia de su vencimiento, segun se llama no el que tiene asignado, sino el último de la cortesía, si la goza. Por exemplo, viene la letra *á ocho dias vista*, y la cortesía de la plaza ó lugar en que se ha de pagar, son otros ocho. Se entiende cumplir el plazo á los diez y seis de su vista ó presentacion que empiezan desde el de la aceptacion exclusivamente; y así el tenedor debe acudir á cobrarla en el dia de su vencimiento, pues sino lo hace, se perjudica, y no tiene recurso mas que contra el aceptante, excepto que la haya recibido perjudicada ó vencida, en cuyo caso recae el daño contra el que haya sido moroso. Y es de advertir que aunque el que debe pagarla no esté en el pueblo, no ha de dexar de protestarse, porque una vez aceptada debe estar en su casa ó dexar el dinero para recogerla; y no lo haciendo pondrá el Escribano la respuesta que se le dé en ella, y si está cerrada, lo que le digan los vecinos, ó lo que ocurra, sin que para protestarla necesite ir mas veces que una, sino quiere, porque en el dia de su vencimiento no debe faltar de su casa el aceptante, ó persona que responda á qué hora estará en ella.

14 Una cosa se practica en el comercio que no es instrumento que haya de autorizar el Escribano, pero conviene que sepa qual es. Llámase *apunte*, y se reduce á esto. Suele cumplir el plazo de una letra aceptada segun su aceptacion, y el tenedor de ella acude el dia de su vencimiento al que la aceptó, para que le entregue su importe. El aceptante le

pide por merced que le aguarde hasta el próximo correo, que entónces se la pagará; y siendo hombre de bien y no dia de correo el del vencimiento, condesciende el tenedor á su solicitud con calidad de *apunte*, que quiere decir, que vaya el Escribano en el mismo dia del plazo, sepa del aceptante ó deudor que no se la paga en él, y que el portador ó tenedor le espera por aquellos dias mas hasta el de correo por mera confianza; en cuya atencion si no se la satisface dentro de ellos, ha de dar el protesto con la fecha del dia en que cumplió la letra, y para que no se le olvide, lo apunta al pie de ella el Escribano poniendo de su propia letra: *Protestada hoy tantos de tal mes y año*; y con efecto si no se paga, da el protesto con la fecha del dia apuntado, á fin de que nunca se entienda que por aquella breve espera confidencial toma á su cargo la letra, y se hace novacion en las obligaciones que trae; pues si dexa pasar el correo inmediato al dia de su vencimiento sin protestarla, será de su cuenta el riesgo que haya en su cobranza, y solo podrá repetir contra el aceptante. Pero si el dia de su vencimiento es de correo, debe protestarla el tenedor y no apuntarla, y para que no se presuma colusion entre él y el aceptante, ha de remitirla con el protesto á la persona que se la envió, ó á la por quien la pagó, en caso de haberla satisfecho por el honor de su firma, con los demas recados justificativos del pago.

15 Los protestos deben quedar protocolados en los registros del Escribano que los da, para que si se pierde la primera copia, pueda dar otras al interesado. En ellos se han de insertar la letra y endosos que contenga sin faltar cosa alguna segun y en el idioma en que esten: ha de dar fé el Escribano de que su copia concuerda con ellos, y ha de recogerlos el dueño con la letra y firmar en el protocolo su recibo; pero no son necesarios testigos, porque el protesto no es otra cosa que un testimonio de acto extrajudicial que no necesita para su validacion mas forma ni solemnidad que la fé del Escribano con su signo y firma de lo que pasa ante él: (lo qual no sucede con las protestas, pues exigen la misma solemnidad de testigos que otro qualquier contrato) bien que si el Escribano quiere los haya, no dañarán, especialmente si el protestante no sabe firmar, para que uno de

ellos firme por él el recibo de la letra: siendo de notar que no solo el dueño de ella ó criado suyo puede requerir al sugeto contra quien viene, que la acepte y le pague su importe, y en su defecto ir con el Escribano y protestarla ante él, sino tambien enviar á este para que de su órden y sin su concurrencia lo haga todo, y dé testimonio de ello, sin que el protestante en ningun caso tenga precision de firmar el protesto, sea por falta de aceptacion, ó falta de pagamento; en cuyo caso extenderá el Escribano el requerimiento como que él lo hace por encargo del tenedor de la letra y no este, segun se practica.

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

PROTESTA.

16 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisca López, á quien doy fé, conozco, vecina de ella y muger de Antonio Rodriguez = dixo: que (*aquí se pondrá lo que ha de hacer, quién la obliga á hacerlo, con qué amenazas ó motivos, y lo que teme que le sucederá, si no condesciende, y prosigue la escritura*) y por redimir las vejaciones y evitar los gravísimos perjuicios que de executarlo se le originarian, para que siempre conste y sea visto que su ánimo nunca ha sido, es, ni será hacerlo, y aunque lo haga, no le dañe; en la forma que mas haya lugar en derecho, cercíorada del que le compete = Otorga: que protesta todas las veces necesarias por derecho, que todo lo que hiciere y otorgare es y será contra su deliberada voluntad, y solo por obviar las funestas consequiencias que por su falta de condescendencia le pueden sobrevenir: en cuya atencion no debe pararla el mas leve perjuicio, y á este fin dexa en su fuerza y vigor todas las acciones que le competen, para usar de ellas ante quién, cómo y quándo le convengan, del mismo modo que si no hubiera hecho ni otorgado la tal cosa, ó escritura; pues por los motivos expuestos se halla absolutamente sin libertad. (*Si lo que ha de hacer es escritura, añadirá:*) Y aunque en la tal escritura declare y jure que no la

reclamará, ni tiene hecho ni hará protesta contra ella, que no pedirá absolucion ni relaxacion del juramento á Prelado eclesiástico, que si la relaxare de motu propio no usará de ello baxo la pena de perjura, y se corrobore la escritura con las mas solemnes cláusulas, obligaciones y penas que pueden imaginarse; ha de subsistir esta protesta, y ser de ningun valor la citada escritura con todo quanto contiene. Y de que así lo protesta, lo pide por testimonio para su resguardo, y firma siendo testigos, &c.

Protesto de no aceptacion de letra.

17 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano Francisco López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco, manifestó á Fernando de tal de la misma vecindad una letra de tanta cantidad librada contra F. y endosada contra él por F. vecino de tal parte, cuyo contenido y el de los endosos puestos á su continuacion es el siguiente. (*Se insertan la letra y endosos en el idioma en que esten, y si no los trae, no se habla de ellos, y luego prosigue el protesto.*)

Concuerdan la letra y endosos insertos con los originales que devolví, rubricada aquella de mi puño, á dicho Francisco López, de que doy fé, y á que me remito; y en su conseqüencia el expresado Francisco requirió á mi presencia al expresado Fernando, aceptase dicha letra, y enterado respondió que no queria aceptarla á causa de no tener aviso, ni en su poder dinero del dador ni endosante: en cuya vista el citado Francisco dixo y otorga: que protesta que todos los cambios, recambios, encomiendas, costas, gastos y daños que por falta de su aceptacion se le siguieren, con los intereses correspondientes, serán de cuenta y riesgo del dador, de sus endosantes y demas contra quienes hubiere lugar, lo qual pide por testimonio, de que doy fé.

Protesto de no pagamento.

18 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano Francisco López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco, requirió á Antonio de tal de la propia vecindad que le pague tanta cantidad, importe de la letra que N. comerciante en tal villa libró contra él y tiene aceptada,

cuyo tenor y endosos dicen así. (*Aquí la letra y endosos, si los tuviere, como arriba.*)

Concuerdan la letra y endosos y aceptacion insertos con sus originales que devolví á dicho Francisco López, de que doy fé, y á que me remito; y en su conseqüencia le volvió á requerir que mediante á tener aceptada dicha letra y á cumplirse hoy el término que trae prefinido, (*ó el de la cortesía que se usa en esta villa*) le satisfaga su importe porque de no hacerlo la protestará en la forma ordinaria; y enterado expresó no poder pagarla por no tener fondos ni caudales del dador ni endosantes; (*ó por el motivo que diere*) en cuya atencion el referido Francisco López dixo y otorga: que protesta que todos los cambios, recambios, encomiendas, costas, gastos y daños que por falta de su pagamento se le ocasionen, con los intereses correspondientes, serán de cuenta y riesgo del aceptante, dador y endosantes, y de cada uno insolidum, contra los quales protesta repetir ante quién, cómo, en dónde, y quándo le convenga, á cuyo fin dexa en su fuerza y vigor las acciones que le competen. Así lo otorga y firma, y lo pide por testimonio para su resguardo, de que doy fé.

19 Si la letra trae término señalado, se ha de omitir la cláusula, *el de la cortesía que se usa en dicha villa*, porque entónces no la hay; y si alguien paga la letra por honor de la firma de alguno de los endosantes, ha de otorgar á su favor el portador de la letra la carta de pago y lasto siguiente, entregándole el protesto con la letra y lasto para que use de su derecho contra aquel por quien la paga.

Carta de pago de letra protestada.

20 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = dixo: (*se hará relacion sucinta de la letra y protesto, y luego proseguirá*) y que por honor de Don N. de tal y compañía vecinos de tal parte y primeros endosadores de dicha letra, Don N. del comercio de esta villa ofreció pagarle su importe y los gastos que se le han ocasionado, con tal que le entregue dicha letra y protesto, formalizando á su favor el competente resguardo; y estando

pronto á ello y poniéndolo en execucion = Otorga: que recibe en este acto del mencionado Don N. tantos mil reales, tantos por el importe de dicha letra, y tantos por el de los gastos que se le originaron á causa de no haberla satisfecho dicho Antonio de tal, los quales le entregó efectivamente á presencia mia en tales monedas, de que doy fé; y como satisfecho de ellos formaliza á su favor la mas firme carta de pago que convenga para su seguridad, confiriéndole poder irrevocable con libre, franca y general administracion para que pida, reciba y cobre judicial ó extrajudicialmente de dichos Señores Don N. y compañía, primeros endosadores de la citada letra, y demas obligados á su pagamento, y de cada uno de ellos *insolidum* los expresados tantos mil reales, con todos los cambios, recambios, encomiendas, intereses, costas, gastos y menoscabos causados, y que se causaren hasta su total y efectivo reintegro, ó lo recambie todo con dichos Señores ó qualquiera de ellos, y con otras personas por su cuenta y riesgo para todas las ferias, partes y plazas del mundo: en cuya atencion para que pueda usar de las acciones y recursos que segun estilo de comercio le competan en este caso, le pone ó subroga á quien le represente, en su mismo lugar, grado y prelacion que le corresponden, sin reserva, otorga á su favor la mas firme cesion y lasto que es necesario por derecho para su resguardo, y le entrega la citada letra original con dicho protesto, para que con este lasto use de ellos contra quien haya lugar: previniendo que el otorgante no queda obligado á saneamiento ni eviccion, y que el recibo que tiene firmado á continuacion de dicha letra, es una misma cosa con esta carta de pago, y vale por un solo pagamento. Por tanto, al cumplimiento de lo referido obliga todos sus bienes, &c. (*Continuará como qualquiera otro instrumento público con testigos.*)

21 Las copias de las escrituras de protesta se han de sacar en el papel del sello tercero; pero las de los protestos de cambios, mediante á no ser realmente otra cosa que testimonios de las respuestas que dan los sugetos contra quienes vienen libradas las letras, podrán darse en el del sello quarto, y el lasto que se da al que las paga por el honor del librador, ó de alguno de los endosantes, en el del mismo sello que se ha dicho en el cap. 23.

CAPÍTULO XXV.

De los oficios públicos.

§. I.

1 Los oficios públicos pertenecen en propiedad y son una de las regalías del Soberano, quien como dueño los vende, da en administracion, ó dispone de ellos á su arbitrio. (*a*) Si los vende, transfiere su dominio en el comprador, (*b*) y este en virtud de aquel puede venderlos, arrendarlos, cederlos, renunciarlos, hipotecarlos y usarlos libremente, segun podia hacerlo S. M. ántes de enagenarlos sin diferencia alguna, ni necesitar los arrendadores ó sirvientes, excepto que se exprese otra cosa en ellos, mas título para exercerlos que su nombramiento. (*c*) Pero no está obligado el comprador á conservar á los sirvientes en su administracion, así como estos no pueden ser precisados á servir contra su voluntad, porque son como fámulos, ó criados suyos; bien que en justicia se les ampara y conserva en sus empleos, especialmente siendo honoríficos, no probándose una de tres causas, que son: mala versacion por culpa ó negligencia suya, inhabilidad, utilidad pública de su remocion; (1) á no ser que sus dueños quieran servirlos, en cuyo caso no es necesaria causa para removerlos de su uso.

(*a*) Ley 1 tit. 20 lib. 8 R. de Indias, y tit. 25 lib. 4 de la de Castilla. (*b*) Noguerol alleg. 14 n. 3. (*c*) Leyes 4 y 5 tit. 25 lib. 4, y 18 tit. 3 lib. 7, y autos 49 tit. 19 lib. 2 y 16 tit. 5 lib. 3 R. Montan. de Reg. offic. en los Proem. nn. 37, 38 y 42, y de Regalib. offic. nn. 23 y 24.

(1) A qualquiera que exerce empleo jurisdiccional ó público, aunque sea amovible, compete, si es despojado, el remedio posesorio de reintegracion, y si solo se trata de su despojo, el de manutencion, (Larrea decis. 2 n. 8. Escob. de Ratiocin. decis. 40.) como se ha executoriado muchas veces en el Consejo, con especialidad en favor de Administradores de estados y mayorazgos, por ser siempre muy grave la pena de remocion. Es verdad que los empleados pueden dexar sus oficios ó encargos á su arbitrio y aun contra la voluntad de los que los nombraron; pero hay la notable diferencia de que á estos no se les ocasiona por ello ninguna disfamacion, como se sigue á aquellos de ser removidos. De oficios públicos trata Elizondo Pract. univ. tom. 4 pagg. 135 y sigg. y tom. 5 part. 2 cap. 10.

2 Mas esto procede, quando para exercer los oficios no se requiere en el sirviente mas que la legalidad y buena conducta; pero si piden idoneidad como el Escribano, debe hacerla constar al Soberano, ó al Ministro, ó tribunal que tiene diputado para su exámen, y sacar el título de ella. Tambien ha de pagar una vez la media anata que es el dos y medio por ciento del valor del oficio, y tercera parte de utilidades ó aprovechamientos, si los tiene como quando se concede por juro de heredad, (*a*) á no ser que el oficio esté relevado de su pago, por haber sido creado ántes del establecimiento de este derecho, ó por gracia especial. Lo mismo debe practicar el dueño, si quiere exercerle, y de lo contrario á ninguno de ellos ha de admitir para su uso y exercicio el pueblo donde le habia de exercer.

3 Sin embargo de que el comprador de estos oficios se hace dueño de ellos por la venta, no puede exercerlos ni usarlos sin la confirmacion de la Cámara, como ni tampoco su Teniente ó sirviente, lo qual milita tambien en sus sucesores; y sino la sacan, se les pueden seqüestrar y confiscar sus rentas hasta que la obtengan y paguen la media anata, sino están relevados de su satisfaccion, segun lo he visto declarado en el Consejo de Hacienda en cierto pleyto. Y porque muchos dueños de oficios que no requieren idoneidad ni exámen de ella, no obtienen título en su cabeza por no pagar la media anata, y los venden, prevendrá el Escribano al comprador que no desembolse su dinero hasta que saquen y le entreguen el título; pues de lo contrario se expone á que no se le expida á su favor sin que pague todo lo atrasado de las precedentes sucesiones, y á ser gravado en su importe.

4 Si el Rey da algun oficio en administracion, hace merced al Oficial de sus rentas y emolumentos, lo qual indican y manifiestan los títulos en aquellas palabras: *Por hacer bien y merced á vos F. &c.* y no de su exercicio, porque este es trabajo, y no gracia ni merced; (*b*) y la administracion por su naturaleza no pasa de la vida del concesionario, por ser visto que es elegida para ella la industria de su persona. (*c*)

(*a*) Cap. 1 del Reglam. de med. anat. (*b*) Lesio de Just. et jur. lib. 2 cap. 33 dub. 4 n. 25. (*c*) Card. de Luc. de Regalib disc. 5 nn. 2 y 3, y de Offic. venalib. cap. 13 n. 1. Montan. de Reg. Offic. num. 1, 2 y 5.

5 Si concede privilegio perpetuo de él que es una gracia ó merced que llaman *por juro de heredad*, cada sucesor es nuevo administrador que para administrar necesita nuevo título, porque como dice Salgado, (*a*) se considera nuevo oficio, aunque se conceda á dos sucesivamente en el mismo privilegio; y nadie puede darle el título sino el Rey como dueño, ni sin él ni haber pagado la media anata ha de ser admitido ninguno á su uso, sino es que le releve de su solucion; (*b*) ni tampoco ha de nombrar Teniente sin expresa facultad, (no obstante poder venderlos, arrendarlos y enagenarlos) excepto que al tiempo de la concesion se le diese esta, para que con solo su título se le admitiera á su exercicio, y no tuviese necesidad de confirmacion ni de pagar media anata, como quando lo concede á un lugar ó comunidad, y entónces no se le concede la administracion sino el oficio, (*c*) pero aun en este caso si el oficio requiere industria é idoneidad, debe el Teniente sacar cédula de la Cámara, por cuya razon la secretaría de esta ántes de expedirla se cerciora de dos cosas: la una de que el pretendiente, si es el concesionario, se halla con la pertenencia de la comodidad, (*d*) y si es su Teniente, de que el que le nombró, la tiene, haciéndole exhibir ó presentar el título original de ella, el qual se le devuelve luego; y la otra de que es idoneo para exercer el oficio, á cuyo fin toma informes secretos, ó precede exámen de la suficiencia del Oficial.

6 Si la concesion por juro de heredad se hace con la precisa y gravosa calidad de renunciarse, para que la renuncia sea eficaz, y el renunciante y renunciatario no pierdan el oficio recayendo en el fisco, se requieren las circunstancias siguientes: la primera, que el renunciante viva despues de hecha 20 dias contados desde el en que la hiciere: la segunda, que el renunciatario se presente con ella por sí ó por medio de su apoderado ante S. M. dentro de 30 dias; bien que con los Escribanos es diverso, pues no se les admite la renuncia sin estar aprobados por el Consejo:

(*a*) Labyr. Cred. part. 2 cap. 27 nn. 76 y sig. (*b*) Montan. de Reg. offic. n. 2. (*c*) Leyes 41 y 42 tit. 20 lib. 2, 4 tit. 25 lib. 4, 18 y 19 tit. 3 lib. 7, y auto 49 tit. 19 lib. 2 R. (*d*) Ley 5 tit. 25 lib. 4 R. auto 49 cit. y cap. 37 y 38 del Reglam. de med. anat.

la tercera, que el renunciante presente el título en cuya virtud exerció el oficio, y el acto de recepcion y posesion que se le dió, para cancelarle y que no use mas de él pena de perderle; pues sino lo presenta todo, no se le admitirá la renuncia, y el Secretario que sin preceder estos requisitos despacha la provision, incurre por la primera vez en la pena de tres mil maravedís, por la segunda en la de seis mil, y por la tercera en la de suspension de oficio á voluntad de S. M.: la quarta, que en el término de 90 dias despues de presentada la renuncia ante el Rey ó su Real Cámara saque el título del oficio pena de nulidad de la renuncia; y la quinta, que en el de 60 siguientes el sugeto á quien se hiciere merced del oficio, se presente con los títulos en el ayuntamiento de la ciudad, villa ó lugar en que le ha de exercer, y tome la posesion de él baxo la pena de perderle, aunque alegue que la ignoraba. (*a*) Pero si la concesion se hace con calidad de renunciarle en vida, ó muerte, sin que el renunciante haya de vivir los 20 dias, ni sean precisos los demas requisitos expresados (pues de ámbos modos suele haber concesiones) no hará reversion á la corona, ni se perderá por su defecto. Y es de advertir en primer lugar que los oficios renunciables no se pueden vincular sin permiso Real expreso, y si se vinculan, será nula la vinculacion y recaerán en el fisco; y en segundo lugar, que los dueños de las escribanías y receptorías de las audiencias pueden renunciarlas con la condicion de, *si el Rey quisiere proveer, y si no, de que retienen en sí el oficio*: (*b*) cuya cláusula se acostumbra poner en todos los oficios renunciables, para que los renunciantes no se perjudiquen en dicho caso. Y porque muchos dueños de estos oficios que no quieren exercerlos, ó no son aptos para ello, los renuncian á favor de otros, y para no perder su propiedad hacen estos contrarenuncia, resguardo, ó retrocesion, declarando en ella ser de los renunciantes, y pertenecerles su dominio y propiedad plenamente sin embargo de la renuncia que dan por nula é ineficaz, para que en su virtud nunca puedan apropiárselos, ni pretender el mas leve derecho á ellos; se duda en este caso, si ámbas escrituras pueden pasar ante un

(*a*) Tit. 4 lib. 7 R. (*b*) Ley 17 tit. 22 lib. 2 R.

mismo Escribano á causa de parecer simulada la primera, y si el Escribano incurrirá en pena por autorizarlas. Pero á esta duda se satisface con decir que pueden pasar ante él no otorgándose en un mismo acto y dia: lo primero, porque no hay prohibicion legal, y lo que no está prohibido se entiende permitido: lo segundo, porque si interviene simulacion entre los contrayentes, no consta al Escribano, y así no se le debe hacer cargo de que otorgó un contrato simulado, excepto que á un propio tiempo se otorguen ámbos, pues habiendo intervalo pueden mudar de parecer y deshacer lo hecho en el dia anterior, como diariamente lo vemos; y aun quando se acredite luego que la hubo, esto será para que el contrato se declare nulo por defecto de los contrayentes, mas no para que el Escribano incurra en pena por autorizar los dos; al modo que el remate de una finca se hace ante un Escribano, y el sugeto en quien se remató, declara despues ante el mismo haber hecho la postura con caudal de otro, y se lo cede, pidiendo se otorgue á favor de este la venta: y lo tercero, porque léjos de resultar perjuicio á nadie se sigue beneficio á entrambos contrayentes: al dueño en no perder la propiedad del oficio, y al renunciatario en habilitarse para poder proporcionar su subsistencia.

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

NOMBRAMIENTO DE TENIENTE DE REGIDOR Y ALFEREZ MAYOR.

7 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Francisco de Navia Regidor perpetuo y Alferez mayor de tal ciudad, á quien, doy fé, conozco = dixo: que S. M. (que Dios guarde) por su Real cédula expedida en el Real Sitio de Aranjuez á tantos de tal mes y año, firmada de su Real mano y refrendada de Don N. su Secretario, fué servido despacharle título de Regidor perpetuo y Alferez mayor de dicha ciudad en lugar de Don Alonso de Navia, con voto en su ayuntamiento y facultad de entrar con espada en él, de ocupar lugar preemi-

nente junto á la Justicia con precedencia á todos los Regidores, y de nombrar Teniente; y mediante á que se halla imposibilitado de exercer el mencionado oficio, y á que concurren la calidad y circunstancias que se requieren para su desempeño, en Don F. vecino de la mencionada ciudad, usando de la facultad que se le ha concedido = Otorga: que elige y nombra por su Teniente al referido Don F. á quien confiere la que es necesaria, para que en su lugar sirva durante su imposibilidad ó voluntad el expresado oficio de Regidor y Alferez mayor sin diferencia: goce y perciba los honores y emolumentos que le competen: concurra á los ayuntamientos, y funciones públicas y peculiares de la ciudad: tenga voto, ocupe en ellos el primer lugar despues de la Justicia, como le ocuparia el otorgante; y practique todo quanto corresponde á este como tal Alferez mayor y Regidor sin limitacion ni permitir se le perjudique en sus regalías; pues para todo le da amplias facultades; y á fin de que la referida ciudad no le ponga obstáculo en su uso y exercicio, suplica á S. M. se digne aprobar y confirmar este nombramiento, y expedir á favor del expresado Don F. la cédula correspondiente, mediante á estar el otorgante en posesion, por habérsela dado la expresada ciudad á conseqüencia de dicho Real título en tantos de tal mes y año ante F. Escribano de su ayuntamiento, que á este fin exhibirá. Por tanto, á tener por firme este nombramiento obliga todos sus bienes, &c.

8 Para que el Teniente obtenga la aprobacion de la Cámara, ha de dar memorial en papel del sello quarto mayor hablando con S. M. ha de presentar su fé de bautismo legalizada y el nombramiento, ha de exhibir el título original del oficio con la posesion dada al que le nombra, y no testimoniados, porque no se le admitirán, y ha de suplicar á S. M. se sirva mandar se le despache la competente cédula: en cuya vista la Secretaría de la Cámara pide de oficio informes secretos á la ciudad ó villa en donde ha de exercer el oficio, y dándolos favorables se le expide la cédula, de la qual se toma la razon en las contadurías que previene, y paga la media anata. Despues haciendo constar esto se le devuelve el título y posesion que exhibió para entregarlos al dueño del oficio; y con sola la cédula Real le admite la

ciudad al uso y exercicio de él sin ser necesario sellarla como el título. Por este nombramiento puede el Escribano extender todos los que ocurran, pues como para ordenarlos ha de tener presentes los títulos de los dueños, verá en ellos las facultades que tienen y los actos que han de practicar.

9 Los sucesores en los oficios de Regidor, Escribano, Procurador y otros que se sirven con Real título, deben presentar con memorial en la secretaría de la Cámara el testamento, venta ó documento en virtud del que recayó en ellos, su partida de bautismo, é informacion de limpieza y tambien de idoneidad, si la requiere el oficio, y el título original expedido al último dueño, el qual se queda en el expediente; y si por haber recaido en hembra ó menor, le hubiere servido interinamente alguno, se ha de presentar igualmente la cédula que se despachó á favor de este. Si aquella ó el título original se ha perdido, se pretende en la misma secretaría con memorial á S. M. que mande dar copia del que haya faltado, por la oficina del Real sello, la qual hace las veces del original y se presenta luego como si fuera este, sin que baste presentar el de confirmacion, en que se eximió de la incorporacion á la corona, pues no sirve para que se expida en su virtud el que se solicita, ni debe salir nunca del poder del dueño.

10 Si el dueño de un oficio muere dexando hijos menores, puede su tutor nombrar quien le sirva, miéntras los varones llegan á edad competente, ó las hembras se casan con quien sea apto para servirle, con cuya calidad se despacha la cédula al Teniente, exhibiendo á este efecto el título original que se le devuelve para entregarle al que le nombró, y presentando su fé de bautismo y demas documentos necesarios con el nombramiento. Pero aunque el varon mayor, ó el marido de la hembra por ser hábil, pretenda el título en su cabeza, no se le expedirá, si el oficio está pro indiviso, porque ninguno es dueño absoluto de él, ni por consiguiente será removido de su uso el sirviente extraño; y así es preciso que se aplique en la particion á uno de ellos, el qual, ó si es hembra, su marido, puede solicitar el título en su cabeza como dueño, acreditando serlo y presentando todos los documentos referidos. Lo propio sucederá, aunque la madre del dueño sea su tutora y

se case con sugeto idoneo, si el oficio no es suyo, ó no se le adjudica judicialmente ó por convenio de sus hijos mayores.

Renuncia de oficio de Escribano.

11 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien, doy fé, conozco = dixo: que por merced que S. M. (que Dios guarde) fué servido hacerle en tal parte á tantos de tal mes y año, de que se le despachó Real título firmado de su Real mano y refrendado del Don N. su Secretario, está exerciendo el oficio de Escribano de número de esta villa; y mediante á que se halla imposibilitado de continuar en su exercicio, para que no falte quien le sirva, en la mejor forma que haya lugar por derecho = Otorga: que renuncia el mencionado oficio en manos de S. M. y á favor de Juan de tal vecino de esta dicha villa, persona en quien concurren la habilidad, fidelidad, pureza de costumbres y demas circunstancias que se requieren para su desempeño; en cuya atencion suplica á S. M. se digne hacerle merced de él y mandar se le dé el competente título, precedida la aprobacion del Consejo; pero si S. M. no fuere servido hacérsela, ó aunque se la haga, sino fuere admitido á su uso y exercicio por alguna causa que se lo impida é ignora el otorgante, ó no cumpliere con lo que previenen las leyes de estos reynos para la validacion de las renuncias de oficios públicos en el término que prescriben; desde luego usando de la facultad legal que se le ha conferido, le retiene en sí para exercerle del mismo modo que hasta ahora, y ha de ser visto no haberle renunciado: en cuyo testimonio así lo otorga y firma siendo testigos, &c.

12 Algunos pueblos tienen privilegio para proveer los oficios de Escribano, y en este caso se hará la renuncia en manos de su ayuntamiento y no de S. M. dándole el tratamiento de señoría, ó el que se acostumbre. Las renuncias de oficios de Regidores, Jurados y otros no se diferencian de la anterior sino en que no se pone la cláusula, *precedida la aprobacion del Consejo*, porque no requieren exámen de suficiencia; y en todas puede el Escribano poner la obligacion de los renunciantes á tenerlas por firmes y las demas cláusulas generales que en otros instrumentos.

13 Las renuncias de oficios se han de escribir en papel del sello primero: los títulos, testimonios, certificaciones ó nombramientos de oficios que dan los Administradores, Arrendadores, Tesoreros ó Receptores de la Real hacienda, de guardas, comisarios, executores, verederos, diligencieros, ó alguaciles de dichas comisiones en papel del sello tercero y todos los demas superiores á estos en el del sello mayor.

Apéndice de las Reales órdenes pertenecientes á este capítulo.

En Real cédula de 19 de mayo de 1790 se mandó que las personas que se hubieran ocupado en el contrabando, y no acreditasen haberle dexado tres años ántes, no pudiesen obtener los oficios de Alcaldes, Regidores, ni otros de república.

En otra Real cédula de 23 de agosto de 1793 se ordena que el Consejo de las Órdenes entienda en virtud de comision Real única y privativamente en todos los asuntos relativos á elecciones de justicia en los pueblos de su territorio que esten situados en los distritos de las diócesis de Toledo y Cuenca, y mas inmediatos á la corte que á los tribunales provinciales; y que las Chancillerías y Audiencias conozcan tambien única y privativamente de todos los recursos y pleytos que se suscitaren sobre dichas elecciones en todos los demas pueblos del mismo territorio de las Órdenes Militares, sin que el Consejo de estas se pueda mezclar en ellos á tratar de semejante materia directa ni indirectamente á título de prevencion ni con otro alguno.

Circular de 20 de diciembre de 1795. = La Cámara ha reparado la freqüencia con que de algun tiempo á esta parte se padecen descuidos, simulaciones y otros defectos en el modo de extenderse las renuncias de los oficios enagenados de la corona, ya baxo la calidad de una sola renunciacion, ya sujetos á la calidad de renunciables con términos señalados para renunciarlos y posesionarse de ellos; y ha excitado todo esto su atencion á exâminar el motivo en que podia consistir el olvido de las reglas prescriptas sobre estos puntos.

Para cortar dichos abusos mandó instruir expediente

con audiencia del Señor Fiscal; y formalizado por la secretaría de Gracia y Justicia y Estado de Castilla que está á mi cargo, con varios exemplares y noticias, se vió y exâminó con la debida meditacion en la Cámara de 14 de noviembre de este año, y conformándose con lo que había expuesto el Señor Fiscal, ha acordado lo siguiente.

"Comuníquense órdenes circulares á los Presidentes y Regentes de las chancillerías y audiencias, y á los Corregidores y Alcaldes mayores del reyno, en las quales se inserten los capítulos de la instruccion que gobierna en la secretaría, relativos á lo que pueda corresponder al despacho de los oficios públicos y enagenados de la corona, á los casos en que puedan traspasarlos sus poseedores, y á los en que se declaran devueltos é incorporados á la misma corona: previniéndose en las órdenes, que se deben distinguir los oficios enagenados por juro de heredad con facultad de disponer de ellos los poseedores á su voluntad, de los puramente renunciables, bien sea con la calidad de una sola renunciacion, ó bien que estan sujetos á los términos de veinte dias naturales de supervivencia del renunciante contados desde el dia de la fecha de la renuncia: de treinta dias para recurrirse á la Cámara por nuevo título contados tambien desde la misma fecha; y de sesenta dias para tomar posesion despues de expedido el título contados igualmente desde la data de él. Que el poseedor de oficio renunciable, sea de una ú otra calidad, ha de hacer su renuncia en persona hábil y capaz de servirlo por sí; y esta ha de sacar el título en su cabeza, y tomar posesion en los términos y baxo de las reglas ya referidas. Que toda renuncia debe ser jurada, asegurando el renunciante que es simple, y para ella no han intervenido dádivas, promesas, ventas, ni arrendamientos, ni tampoco las recibirá, ni otorgará en lo sucesivo tales contratos por sí, ni por otra persona; y el mismo juramento prestará igualmente y en el propio acto la persona en quien se renunciare el oficio, en la forma que le corresponde por su parte. Que los acuerdos de las chancillerías y audiencias, para la habilitacion de los pretendientes á exâmen en los oficios de Receptores y Escribanos ántes de venir á obtener títulos de ellos por la Cámara, y las Salas de Jus-

ticia del Consejo Real, y de las mismas chancillerías y audiencias, en los juicios de retencion que se ofrezcan, ó con qualquier otro motivo; y los Corregidores y Alcaldes mayores en su caso procedan con la mayor escrupulosidad á la averiguacion de los fraudes, abusos, escrituras y contratos simulados, que acaso puedan cometerse y otorgarse en las renuncias, dando cuenta á la Cámara de lo que resulte. Y que no debe detener á los tribunales y Jueces para proceder conforme á las reglas insinuadas lo dispuesto en los autos acordados, tercero §. 4 tit. 1 lib. 3 y veinte y tres del tit. 2, ni las providencias del Consejo Real que señalan el arrendamiento que deben pagar sus Escribanos de Cámara, y los de Provincia y Número de esta corte, por ser de casos particulares que no tienen trascendencia á los no expresados en los mismos autos y providencias."

Los capítulos de la instruccion que previene el acuerdo antecedente de la Cámara, son en esta forma.

Todos los títulos de oficios perpetuos enagenados de la corona han de despacharse justificando la pertenencia: entendiéndose para ello, que si el oficio estuviere ya agregado á algun mayorazgo, lo qual constará del último título, será bastante que el pretendiente presente con el mismo título testimonio de la posesion que se le hubiere dado del mayorazgo y su fé de bautismo con los demas documentos de estilo segun la clase del oficio; pero siendo nueva la agregacion se ha de presentar el título original del último poseedor, y en su defecto una copia del sello Real de la corte ó del Real archivo de Simancas, un testimonio de haber sucedido en el mayorazgo á que se agregare el oficio, y de haberse dado al pretendiente la posesion de él judicialmente; y la fé de bautismo en que se acredite, como por regla general debe constar para todo género de oficios, no solo que tiene veinte y cinco años cumplidos de edad (excepto para los de Veinte y quatros, Jurados y Regidores, pues para estos bastan diez y ocho años cumplidos), sí tambien su legitimidad y naturaleza de estos reynos.

Para los oficios libres que no son de mayorazgo, se justificará la pertenencia por cláusulas de herederos y adjudicaciones, renunciaciones ó ventas, presentando el preten-

diente el título original de su antecesor, testimonio de la cabeza, cláusula de herederos y pie del testamento baxo del qual hubiere fallecido, y otro testimonio de la adjudicacion que se hiciere del oficio, si hubiere recaido en dos ó mas herederos, con expresion de la cantidad en que se adjudicare; ó la escritura de venta, si fuere adquirido por este medio; y si fuere por renuncia, vendrá declarado en ella que es graciosa, sin intervenir venta ni contrato, porque así debe constar, especialmente en los oficios que estan sujetos al derecho de la media anata, presentándose ademas la fé de bautismo.

Si el oficio recayere en algun menor ó muger, en virtud de la perpetuidad de él podrá la muger pasando de veinte y cinco años, y no teniéndolos, su tutor y curador, nombrar persona que lo sirva en el ínterin que ella toma estado, á la qual persona se despachará cédula de ínterin; y el tutor y curador del menor podrá hacer el mismo nombramiento en el ínterin que este tiene edad para servir el oficio: constando por testimonio en ámbos casos estar discernido el cargo de tal curador.

Aunque está prevenido que todos los oficios perpetuos puedan pasarse en virtud de venta ó renuncia de unas personas á otras, se entiende no siendo de mayorazgo, porque si lo fuesen, no podrá el poseedor de ellos renunciarlos ni venderlos sin que preceda Real licencia.

En todo género de oficio renunciable con término señalado, luego que la parte saque el título de la secretaría, tendrá obligacion de presentarse con él en el respectivo ayuntamiento dentro de sesenta dias, contados desde el de la data del título; y en llegando el caso de nuevo sucesor deberá este presentarse en la secretaría con la renuncia que á su favor se hubiere hecho del oficio dentro de treinta dias, contados desde la fecha de ella, y con fé de vida del renunciante, en que conste vivió veinte dias naturales despues que lo renunció.

Si faltase alguno de estos requisitos, se perderá el oficio enteramente, y recaerá en el patrimonio Real: en cuya inteligencia, luego que lleguen á la Secretaría los instrumentos de qualquiera de estos oficios, la primera diligen-

cia será poner la presentacion de ellos al reverso de la misma renuncia, para que conste que no se ha pasado, ó que ya es transcurrido el término, cuidando mucho de executarlo puntualmente por el perjuicio que se seguiria á las partes, si por esta sola omision ó descuido se perdiese el oficio no habiendo pasado el término de su presentacion en dicha secretaría.

Despues se reconocerá la fecha de la posesion que se dió en el ayuntamiento al último poseedor, y se cotejará con la del título, para reconocer si se presentó dentro de los sesenta dias de la ley; y no habiendo en esto efecto, ni en la fé de vida del renunciante veinte dias despues de la fecha de la renuncia que hiciere, se despachará el título al pretendiente arreglado al anterior, precediendo presentar la fé de bautismo y los demas documentos regulares segun la clase del oficio.

Por lo perteneciente á los oficios renunciables de las islas de Canarias se seguirá la misma regla que con los de la península, con la diferencia de que el término para presentarse con ellos en aquellos ayuntamientos y con las renuncias en la secretaría, en lugar de los expresados treinta, y sesenta dias de término, serán seis meses. Y por lo tocante á los oficios de Escribanos de las mismas islas que pertenecen en virtud de privilegio á la audiencia de ellas, donde se justifican los términos, y la misma audiencia hace consulta pidiendo aprobacion de la eleccion que ha hecho de qualquier Escribano, deberá presentar la parte dicha consulta en esta secretaría dentro de seis meses, y no habiendo en esto defecto se le despachará su título arreglado al anterior.

Hay otro género de oficios que se distinguen con la voz de una sola renunciacion, y por esta calidad no son perpetuos; pero tienen obligacion los poseedores de ellos á dexarlos renunciados en vida, ó al tiempo de la fin y muerte, por testamento ó en otra qualquiera manera: de forma que la sucesion en estos oficios precisamente debe ser por via de renuncia, y no por la de venta, herencia ó adjudicacion; de tal suerte que si faltase la expresada circunstancia de renuncia, quedará perdido el oficio é incorporado en el patrimonio Real.

En Real órden de 18 de junio de 1797 se declara que el servicio de rentas no impide que sus dependientes puedan ser nombrados para los empleos honoríficos de república que por su estado y circunstancias tengan aptitud de obtener, aunque no deben admitirlos ni servirlos sin dar cuenta por medio de los Directores de rentas al Superintendente general cuya resolucion ha de esperarse.

En circular de 15 de julio de 1797 se manda: que los oficios enagenados por precio se incorporen á la corona sin desembolso de ella, quando se entregue el precio de su egresion con sola la calidad de servirse por los dias del que lo solicita así: que si dentro del término preciso de dos meses contados desde la publicacion de esta resolucion no acuden los Tenientes de los oficios enagenados por precio al Consejo de Hacienda ó á sus Fiscales á solicitar en los términos expresados la incorporacion de dichos oficios, se dé curso á las instancias que hagan otras qualesquiera personas, sin que puedan los Tenientes reclamar en modo alguno la preferencia con ningun motivo, y que tampoco sean oidos los dueños sobre preferencia para servir por sí los oficios, teniendo efecto la incorporacion sin desembolso de la Real hacienda, si no proponen este medio en el término preciso de un mes desde que se les haga saber el despacho para la presentacion de los títulos.

En Real órden de 16 de abril de 1799 se declara que con arreglo á lo prevenido en el art. 1 tit. 7 de la Real declaracion de Milicias está en mano de todo individuo de ellas el admitir ó no los cargos públicos; y que gozando los Oficiales por sus empleos de hidalguía personal gozan por consiguiente de las gracias concedidas á las personas del estado noble, y pueden obtener los oficios pertenecientes á él.

En circular de 30 de octubre de 1799 se ha declarado que los Militares deben concurrir á todos los actos públicos, qualesquiera que sean, con las insignias propias de sus empleos.

Real cédula de 7 de noviembre de 1799. = El Rey: Gobernador y los del mi Consejo, Presidentes y Oidores de mis Audiencias y Chancillerías, Corregidores y Alcaldes mayores, Ayuntamientos y demas personas á quienes lo con-

tenido en esta mi cédula pudiere tocar de qualquiera manera. Ya sabeis que en decreto de veinte y nueve de marzo de mil setecientos ochenta y tres comunicada al citado mi Consejo y al de la Cámara dixo mi augusto Padre: que en consultas de este último tribunal de once de septiembre de mil sesecientos setenta y cinco, y once de julio de mil setecientos ochenta y uno á que precedieron informes de las chancillerías y audiencias, y la correspondiente exposicion fiscal, le habia hecho presente los inconvenientes y perjuicios que causaban á la buena gobernacion de estos reynos, y á la recta administracion de justicia el método de proveerse y servirse entónces los corregimientos y alcaldías mayores, siendo las causas principales la escasa dotacion de estos empleos, su falta de prontos y proporcionados ascensos, y la corta duracion de los empleados en sus respectivos destinos; y que habiendo hallado en las razones que le habia expuesto la Cámara una sólida y convincente demostracion de la necesidad que habia de nuevas reglas y providencias para evitar aquellos daños, y procurar en lo posible á sus amados vasallos la felicidad de ser gobernados inmediatamente por personas de integridad, instruccion, zelo y desinteres, se habia servido establecer, como lo hacia en el mismo Real decreto, el método sucesivo de proveerse y servirse los referidos corregimentos y alcaldías mayores.

Ahora sabed que movida la propia Cámara de su ardiente zelo de mi Real servicio y del público, me hizo presente en consulta de catorce de marzo del año próximo pasado que las sabias providencias que hasta entónces se habian tomado así en dicho Real decreto como en otras Reales resoluciones posteriores para mejorar dicha carrera de corregimientos y alcaldías mayores, no bastaban para los justos fines expresados.

En este concepto me propuso otras nuevas reglas con que creia podrian lograrse; y para fundarlas me representó nuevamente, entre otras cosas, los grandes riesgos á que estará expuesta la recta administracion de justicia, miéntras subsista la escasa dotacion de algunas varas: miéntras no se establezca la seguridad de los empleados, haciendo permanente y de continua duracion esta carrera, compatible con

sus traslaciones de un destino á otro de seis en seis años: miéntras los tribunales puedan por sí hacerlos comparecer, arrestarlos y aun suspenderlos de oficio; y miéntras no se le ponga un aliciente y honroso estímulo que quitando en los hombres de honor y literatura el tedio con que han mirado siempre esta carrera, los anime á emprenderla y á seguirla.

Con este fin tan útil, y el de proporcionar á los citados Corregidores y Alcaldes mayores la seguridad en la continuacion de sus destinos quando no se hagan desmerecedores por su conducta, y empeñarlos mas y mas en dedicarse con esmero al cumplimiento de su obligacion, y á la comodidad, sosiego, prosperidad y felicidad de los pueblos y vasallos, meditó y me propuso la Cámara en dicha consulta y en otra de diez y ocho de septiembre de este año quanto estimó conveniente, habiendo oido primero á mi Fiscal Don Benito Ramon de Hermida y despues á su sucesor D. Domingo Codina, con cuyo dictámen se conformó; y deseando Yo que tengan efecto las justas consideraciones del referido tribunal, he tenido á bien mandar:

1 Que se excuse el juicio de residencia como perjudicial por el gran peligro que hay de corrupcion en los Jueces de ellas, y porque estos son muy gravosos á los pueblos y á los mismos residenciados sin utilidad alguna, segun lo ha acreditado la experiencia; por lo qual el mi Consejo se movió á suspenderlas dexando expedito el medio de los informes y el de la queja, acusacion formal, ó capitulacion ante el tribunal correspondiente.

2 Que la habilitacion de los que pretenden entrar en esta carrera de corregimientos de letras y alcaldías mayores exígida hasta ahora con los requisitos de diez años de estudios, inclusos quatro de práctica, con la informacion de vita et moribus, y con la disertacion sobre uno de los capítulos de Corregidores, es inútil y deberá excusarse en adelante.

3 Que habiendo acreditado tambien la experiencia que los Abogados de Colegio de notorio crédito y habilidad no han pretendido hasta ahora corregimientos y varas, haciéndolo solamente otros que no suelen ser acreedores á empezar

á servir en la citada carrera por los empleos de la tercera ni de la segunda clase, con perjuicio de los que estan sirviendo en ella, debe quedar sin efecto la gracia concedida á los Abogados del Colegio de Madrid, y de los de las chancillerías y audiencias, y á los Relatores, para que teniendo diez años de Abogado con estudio abierto, ó igual tiempo de Relatores, pudieran ser consultados para corregimientos y alcaldías mayores de la segunda clase, y con diez y ocho para los de la tercera

4 Que ninguno podrá ser prorogado en la vara ó corregimiento que obtenga sin que preceda mi expresa resolucion á consulta de la Cámara ó sin ella.

5 Que con arreglo al mencionado Real decreto de veinte y nueve de marzo de mil setecientos ochenta y tres los provistos en corregimientos y alcaldías mayores permanezcan sirviéndolos por el término de seis años, excepto el caso en que cometieren excesos dignos de que sean removidos y castigados; y quando por algun mérito ó motivo de utilidad pública se creyere necesario ó conveniente que sean promovidos ántes de cumplir el sexênio, si fuese dentro de la carrera, no podrán pasar de una clase á otra sin haber servido el tiempo que para cada una se señalará mas adelante, ya sea en uno, ó ya en mas empleos de ella.

6 Que pasado el sexênio ó en el caso de promocion no esten obligados á dexar las varas, miéntras no llegare el sucesor.

7 Que para las traslaciones ó promociones de unas varas á otras y de unos corregimientos á otros acabado el sexênio la misma Cámara deberá consultarles luego para otras varas ó corregimientos de igual ó mayor clase segun sus méritos.

8 Que esta ley general estará sujeta á las variaciones de casos particulares en que por utilidad pública y mejor servicio mio convenga trasladar á los Alcaldes mayores ó Corregidores en qualquier tiempo dentro de la misma clase en que se hallen sirviendo, ó les corresponda, ó de tenerlos y hacerlos circular en ella aunque hubieren cumplido dicho sexênio, ya sea por vida de correccion, ó por otros motivos justos que pueden ocurrir; y que consultado todo así y conformán-

dome Yo con las consultas pasen inmediatamente sin excusa á servir las nuevas varas ó corregimientos que se les confieran.

9 Que con arreglo á lo establecido en el capítulo segundo del citado Real decreto de vinte y nueve de Marzo de mil setecientos ochenta y tres ninguno pueda ser consultado para los empleos de la tercera clase sin haber pasado ántes gradualmente por los de la primera y segunda, y cumplido seis años en cada una de ellas, ó completado doce años de servicio efectivo en esta carrera; ni para los de la segunda sin haber servido ántes seis años en la primera, y entónces para pasar de una clase á otra preferirá la Cámara á los mas antiguos, y entre ellos á los que se hayan distinguido por su mérito; sin que para lo contrario sirva el haber sido ó ser Abogado del colegio de esta corte, ó de la chancillería ó audiencia, ni Relatores, ni servido varas de señorío, ó contraido otro mérito, sea el que fuere, si Yo no lo mando, ó habilito á los sugetos.

10 Que mediante exceder en el dia el número de los sugetos que han servido en esta carrera al de los empleos de ella, cuide la Cámara de consultármelos en las vacantes que ocurran de la clase que les corresponda segun sus circunstancias y méritos, ó de otra inferior si ellos las pretendieren, ó aceptaren, prefiriéndolos á otro qualquier pretendiente; procurando que entre ellos y los que vayan cumpliendo el sexênio actual se sufra con igualdad proporcionada el perjuicio indispensable ahora del hueco hasta que se verifique la igualacion de los empleos y empleados, no volviendo la Cámara á proponerme nuevos sugetos, ni admitiéndose memoriales de ellos en sus secretarías, sin excepcion alguna, sino para los corregimientos y alcaldías mayores que resulten vacantes en la primera clase ó de entrada.

11 Que quando no hubiere corregimientos ó alcaldías mayores de mayor clase en que consultar á los que deban ser promovidos ó trasladados, me los proponga la Cámara para otras varas ó corregimientos de la misma clase en que se hallen sirviendo, pudiendo executar lo mismo quando ellos soliciten la citada traslacion y circulacion por su propia conveniencia, aunque no hayan cumplido dicho sexênio; pero

así en este círculo como en la promocion de una clase á otra procurará la Cámara consultarlos para las vacantes de los pueblos de la misma provincia, ó de las inmediatas donde esten sirviendo; de modo que en lo posible se les excusen gastos de viages largos, y pasen á los pueblos de cuyas costumbres tengan ya noticia y aun experiencia, como lo apeteció y mandó tambien mi augusto Padre.

12 Que para que estos Magistrados se mantengan con el decoro, honor y estimacion correspondiente, así el Gobernador ó Presidente del Consejo como todos los tribunales procuren proceder en las quejas que se dieren contra ellos con tanta vigilancia como circunspeccion para asegurarse bien de ellas, y de si dimanan de resentimientos y venganzas, como suele ser freqüente, por haberse administrado justicia sin condescendencias, especialmente contra los poderosos de los pueblos y sus protegidos; de manera que sin informes muy fundados é imparciales, y sin haberlos oido y consultármelo, y esperando mi Real resolucion, no se proceda por los citados tribunales y Gobernadores ó Presidentes del Consejo á suspender, hacer comparecer, ó arrestar á los que estuvieren en actual exercicio de estos empleos, puesto que por otros medios se puede reparar qualquier perjuicio, excepto si fuere de notoria y pública urgencia; pero sin dexar de estar muy á la vista de la conducta que observaren.

13 Que el Consejo en cumplimiento de lo que igualmente se mandó en el capítulo tercero de dicho Real decreto de veinte y nueve de marzo de mil setecientos ochenta y tres, trate de completar en donde sea posible, y quando el estado de los propios y arbitrios lo permita, la dotacion de las varas y corregimientos de la primera clase ó entrada, procurando que ninguno de los de dicha clase primera baxe de los mil ducados enunciados en el mismo Real decreto por salarios y consignaciones fixas, y productos del poyo ó del juzgado.

14 Que se observe y cumpla puntualmente lo prevenido en el capítulo sexto del Real decreto expresado, donde se dice: que quando dexen las varas, entreguen al sucesor una relacion jurada y firmada en que se expresen con distincion las obras públicas de calzadas, puentes, caminos, empedrados, plantíos, ú otras que hubieren hecho, concluido

ó comenzado en su tiempo; y el estado en que se hallaren las demas que fueren necesarias ó convenientes segun su mayor necesidad ó utilidad, y los medios de promoverlas: el estado de la agricultura, grangería, industria, artes, comercio y aplicacion del vecindario: los estorbos ó causas del atraso, decadencia ó perjuicios que padezcan, y los recursos y remedios que pueda haber; y que esta relacion en caso de retirarse ántes de haber llegado el sucesor la dexen cerrada y sellada al que quedare regentando la jurisdiccion, para que la entregue al referido sucesor, tomando de uno ú otro el recibo correspondiente, el qual con copia de la misma relacion habrán de presentar en la Cámara los que hayan sido promovidos á otra vara, ántes que se les den los títulos ó despachos para pasar á servirla; de cuyas relaciones se pasarán copias al Consejo para que haga el uso correspondiente de sus noticias.

En conseqüencia de esta mi Real resolucion, en la inteligencia de que queda subsistente, y en su fuerza y vigor lo demas contenido en los otros capítulos del mencionado Real decreto de veinte y nueve de Marzo de mil setecientos ochenta y tres, y en las Reales órdenes expedidas despues relativas á los mismos Corregidores y Alcaldes mayores en quanto no se oponga á esta mi Real cédula.

Real cédula de 9 de noviembre de 1799.=D. Cárlos, &c. Por los repetidos recursos de mis amados vasallos para la incorporacion de los oficios enagenados de la corona ofreciéndome el premio de su egresion con que les concediese servirlos por los dias de su vida, y la verosimilitud de que se aumentasen los mismos recursos por los dueños y tenientes, quando mandados incorporar á instancia de aquellos tratasen de solicitar la preferencia; tuve á bien disponer que mi Consejo de Hacienda procediese á estas incorporaciones en los términos que fixé en las órdenes que se le comunicaron en veinte y quatro de junio de mil setecientos noventa y siete, y cinco de septiembre de mil setecientos noventa y ocho, conciliando en el modo posible los derechos é intereses de mi Real Hacienda y del público con los de los dueños de los oficios y sus tenientes. Así se ha observado, y todo ha dado motivo á nuevos recursos de los dueños compradores, proponiendo unos que hallándose en posesion por muchos

años de los citados oficios, y con títulos que han sacado para el exercicio de los que los necesitan, no tienen el de la egresion de la corona, ni le encuentran en las oficinas ni en los archivos de mi corona: otros que no pudiendo exercer los oficios por sus particulares circunstancias les es inútil la preferencia: otros que para su precisa manutencion y la de su familia no tienen otra finca ni arbitrio; y muchos que ofrecen servicios pecuniarios por excusarse de los gastos y resultas de los pleytos, ó por salir de la incertidumbre de que se los muevan en lo sucesivo. Por estas consideraciones que han movido mi paternal amor para oir sus ruegos é instancias, y para atender á las actuales urgencias de la corona, y principalmente á el aumento y pronta consolidacion de las Caxas de reduccion de vales por uno de los medios mas propios que en otras ocasiones se han adoptado; he venido en resolver que por ahora sobresea mi Consejo de Hacienda en la execucion de mis citadas órdenes, y se expida la correspondiente Real cédula, para que haciéndola circular y publicar los Intendentes y Subdelegados del reyno en los pueblos de sus respectivas provincias, llegue á noticia de todos los poseedores y tenientes de oficios que hayan salido de la corona, sea qual fuere la causa de su egresion, á fin de que en el preciso término de dos meses contados desde que se publique esta resolucion, y baxo de la pena de confiscacion de los mismos oficios, os presenten los títulos de su pertenencia y exercicio con razon de los sueldos y productos que rindieren, á cuyo efecto os autorizo con las mas amplias facultades, para que de plano y sin figura de juicio los exâmineis, y me propongais los que tengais por legítimos para despacharles el de confirmacion, entregando en las respectivas Caxas de reduccion el importe de la tercera parte del valor en que se estimen (habida consideracion á lo honorífico de ellos, sus sueldos y productos anuales) con que cada poseedor me ha de servir, con la condicion de haber de quedar dicho importe por aumento del precio en los oficios enagenados por él; del propio modo que el servicio voluntario que á mas quieran hacer, notándolo en los de por merced, ú otro título perpetuo y de juro de heredad que no contengan precio. Que por lo respectivo á los poseedores que se hallen sin el título primordial de la egresion, exâmineis igualmente los documen-

tos en que funden su derecho, y á proporcion de la mayor ó menor justificacion que presten para considerarles ó no dueños verdaderos, arregleis y me propongais el servicio que corresponda por el suplemento de título en la parte ó en el todo de su valor, segun el que en el dia merezca, atendidas todas sus circunstancias, á fin de que se le expida el competente. Que en quanto á los oficios que no tengan producto alguno á favor de los poseedores ni de sus tenientes, arregleis y me propongais igualmente la cantidad que por lo honorífico corresponda, graduándola por el precio comun que en el respectivo pueblo se daria, si se vendiera; haciendo la misma diferencia entre los que los posean con título legítimo y los que no le tengan, para despachar á aquellos el de confirmacion, y á estos el de suplemento en los términos insinuados. Que así los pleytos pendientes en mi Consejo de Hacienda sobre la incorporacion de oficios enagenados, como los expedientes que se hallan en la secretaría del despacho de mi Real Hacienda, se os pasen íntegramente para que les deis el curso correspondiente á dicho efecto. Que los Intendentes os envien sin pérdida de tiempo una razon individual de los citados oficios, sus poseedores y tenientes con sus rentas y productos anuales que procurarán adquirir de la Justicia de cada pueblo; y que en todo se proceda con la actividad y zelo que exîge mi Real servicio.

En circular de 24 de mayo de 1803, declaratoria de la Real cédula de 20 de julio de 1802, inserta en las páginas 93, 94 y 95 de las Adiciones, se dice entre otras cosas, que el número de 300 vecinos, de que habla el cap. 5 de la cédula, se entienda computado todo el territorio de la jurisdiccion, aunque no los haya en solo el pueblo tenido por cabeza de partido, con exclusion de las villas exêntas comprehendidas dentro del mismo; y que quando algun dueño jurisdiccional quiera nombrar Alcalde mayor en sus pueblos, *acuda al Consejo á justificar los extremos necesarios á este fin, y las circunstancias que el mismo tribunal estimare precisas.* (a)

(a) En las Adiciones páginas 82 y siguientes se copian, ó da noticia de muchas Reales órdenes modernas sobre oficios públicos.

CAPÍTULO XXVI.

De los prohijamientos, legitimaciones y emancipaciones y de los aprendices y pupilos.

§. I.

De los prohijamientos.

1 Prohijar es *recibir uno por su hijo al que verdadera y naturalmente lo es de otro.* (*a*) El prohijamiento puede hacerse de dos maneras que son: por otorgamiento del Rey, ó por el del Juez. El que se hace con autoridad Real se llama *arrogacion* que quiere decir: prohijamiento de hombre que ó no tiene padre, ó no está en su poder; (*b*) y el que se hace con autoridad judicial se llama *adopcion*, que es lo mismo que prohijamiento de hombre que tiene padre carnal en cuyo poder se halla. Si el prohijado tiene padre, es necesario que el hijo, sea natural ó legítimo, consienta en el prohijamiento de palabra, ó callando y no contradiciéndolo; pero si no le tiene, ó aunque le tenga, si no está en su poder, es preciso que consienta en él expresamente y no basta que calle. (*c*) El prohijamiento es impedimento canónico para contraer matrimonio. (*d*)

2 El hombre libre que no está baxo la patria potestad, puede prohijar, concurriendo en él las circunstancias que prescribe en esta forma la ley 2 tit. 16 P. 4: "Pero ha menester el que quisiere esto facer, que aya todas estas cosas: que sea mayor que aquel á quien quiere porfijar de diez é ocho años, é que haya poder naturalmente de engendrar, aviendo sus miembros para ello, é non seyendo tan de fria natura, porque se le embargasse." Así pues, aunque sea impotente por enfermedad, por haberle castrado por fuerza ú otro accidente, no se le prohibe prohijar, mediante á que no le ha imposibilitado la naturaleza. (*e*)

(*a*) Proem. y ley 1 tit. 16 P. 4. (*b*) Leyes 7 tit. 7 y 1 t. 16 P. 4. (*c*) Dichas dos leyes. (*d*) Leyes penúltim. y últim. tit. 7 P. 4. Covarr. de Matrim. cap. 6. Molin. de Just. et Jur. disp. 227. (*e*) Ley 3 tit. 16 P. 4.

3 La muger no puede prohijar sino con licencia del Rey, y solo en el caso que expresa dicha ley 2 en estas palabras: "Otrosí, ninguna muger non ha poder de porfijar, fueras ende en una manera, si oviesse perdido algun fijo en batalla en servicio del Rey, ó en facienda en que se acertasse con el comun de algun concejo. Cá si por esta razon quisiesse porfijar á otro, por aver conorte (*consuelo*) de aquel que perdió, puedelo facer con otorgamiento del Rey, é non de otra guisa. (*manera*)".

4 El tutor no puede prohijar á su menor, sino es que este haya cumplido veinte y cinco años, y aun entónces se ha de hacer precisamente con beneplácito del Rey. (*a*) El menor de 7 años no puede ser prohijado, porque no tiene la competente capacidad para consentir; pero siendo mayor de ellos y menor de 14 se le puede prohijar con licencia del Rey y no en otros términos, informándose S. M. de si el prohijador es pobre ó rico, pariente ó extraño: de si tiene ó no hijos legítimos que le hereden, y edad para poder engendrar: de si es de buena vida y fama: de los bienes que pertenecen al prohijado, y si consiente en el prohijamiento; y si por este exámen é indagacion conoce que le es útil, ha de concederle licencia para hacerlo, obligándose el prohijador por escritura ante Escribano público, y dando seguridad de entregar todos los bienes del prohijado á la persona que debe heredarlos, en el caso que muera dentro de la edad pupilar; y aunque el Rey no le mande constituir la obligacion, debe hacer la entrega, pues el acto de prohijamiento no puede perjudicar al derecho de los consanguineos para heredar abintestato al prohijado. (*b*) Las mismas diligencias debe practicar el Juez para la adopcion.

5 Tiene tal fuerza el prohijamiento hecho por via de arrogacion que en su virtud el que está sin padre pasa al poder del prohijador con todos sus bienes, y este no puede echarle de él sin que preceda alguna de las causas que expone la ley 7 tit. 16 P. 4, cuyas son estas palabras: "E non le puede sacar de su poder el porfijador aquel quel

(*a*) Ley 6 tit. 16 P. 4. Góm. lib. 1 Var. cap. 9 n. 12. (*b*) Ley 4 tit. 16 Partid. 4.

porfijare, si non fuere por razon derecha, á tal que la pueda probar ante el Juzgador. E esto podria facer por dos razones. La una es, quando el porfijado face tal tuerto, (*sinrazon*, *agravio*) ó tal cosa, porque se ha de mover á muy grand saña aquel quel porfijó. La otra es, quando á tal porfijado como este establece alguno otro por su heredero en su testamento so tal condicion, diciendo assí: yo establezco á F. por mi heredero, si le sacare de su poder aquel que le porfijó." Y aunque por alguna de dichas causas salga de su poder, está obligado á volverle todos los bienes que llevó á él, y si le echa ó exhereda sin justo motivo, debe restituírselos y darle las ganancias que adquirió miéntras estuvo en su poder, aunque no los frutos que percibió de dichos bienes. Ademas tiene derecho el prohijado á la quarta parte de sus bienes despues de su muerte, (*a*) si carece de descendientes legítimos, pues teniéndolos solo le tendrá al quinto.

6 Pero si el prohijamiento es por via de adopcion, no pasará el adoptado al poder del adoptante, sino es que sea descendiente suyo; (*b*) y si pasa por algun motivo, puede echarle de él con causa ó sin ella, (1) y entónces nada héredará de los bienes del prohijador, excepto que muera intestado sin descendientes; (*c*) en cuya atencion tampoco heredará el adoptado cosa alguna de los bienes del adoptante contra su testamento. (*d*) Y aunque la ley 9 tit. 16 P. 4 permite al adoptado heredar los bienes del adoptante extraño juntamente con sus descendientes, como si fuese su hermano carnal, está derogada en esta parte, y solo heredará, si no dispone de él, el remanente del quinto, que es lo que puede dexarle en virtud de la ley 28 de Toro, porque la legítima no puede gravarse, ni los extraños pueden ser instituidos por herederos ni heredar juntamente con los legítimos. (*e*)

(*a*) Leyes 7 al fin y 8 tit. 16 P. 4. (*b*) Ley 9 tit. 16 P. 4.

(1) El adoptado y emancipado por su ascendiente vuelve al poder del padre natural. Ley 10 al fin tit. 16 P. 4.

(*c*) Ley 8 tit. 16 P. 4. (*d*) Greg. Lóp. ley 8 cit. glos. fin. vers. *Et adverte*. Gutierr. de Matrim. cap. 102. (*e*) Véase el cap. 1 n. 42 y su nota.

§. II.

De las legitimaciones.

7 Legitimar *es hacer como de legítimo matrimonio al que realmente no lo es, quitándole el impedimento legal que le priva de obtener y gozar las preeminencias concedidas á los legítimos, y poniéndole en el estado de estos.* Diferenciase la *legitimacion* de la *dispensa* en que esta es solamente para casos y cosas determinadas, y aquella como plenísima sirve para todo, porque quita en la raiz el impedimento. (*a*)

8 Los hijos ilegítimos de que traté en el cap. 1 n. 69, pueden ser legitimados por los Reyes, Emperadores y Príncipes Soberanos en sus respectivos dominios á solicitud de sus padres; y siéndolo gozarán desde la legitimacion en adelante de las honras y preeminencias concedidas á estos, como si hubieran nacido de legítimo matrimonio; pero no podrán ser Clérigos ni obtener dignidad eclesiástica en virtud de esta legitimacion, porque los Príncipes seculares no tienen potestad para dispensar en las cosas eclesiásticas. (*b*)

9 La legitimacion no perjudica á los descendientes legítimos, y así aunque contenga la cláusula *de que puedan heredar á sus ascendientes*, nada mas heredarán de sus bienes por testamento ó abintestato habiendo tales descendientes que el remanente del quinto, que es lo que sus ascendientes pueden dexarles por via de alimentos; pero no se diferenciarán de los legítimos en suceder á los otros parientes, ni en las honras y preeminencias de sus padres, (*c*) para cuya obtencion y la de oficios honoríficos puede habilitarlos la Cámara, como tambien á los Clérigos para dar alimentos á sus hijos y otras cosas. (*d*)

10 El Papa como tal puede dispensar en toda la christiandad á los ilegítimos, ó habilitarlos para que reciban ór-

(*a*) Covar. de Matrim. part. 2 cap. 8 §. 8. Gutierr. de Matrim. Quæst. can. cap. 74. (*b*) Ley 4 tit. 15 P. 4. (*c*) Leyes final tit. 15 P. 4 y 10 tit. 8 lib. 5 R. (*d*) Auto 9 cap. 2 tit. 6 lib. 1 R.

denes, y obtengan beneficios y dignidades eclesiásticas, ó lo uno y no lo otro á su arbitrio, sobre lo qual ha de estarse á su rescripto; pues no siendo amplísimo solo gozarán y obtendrán aquello para que específicamente se les haya concedido la legitimacion ó dispensa; y como Príncipe soberano puede legitimar para todo á sus vasallos. (*a*)

11 Los padres pueden legitimar á sus hijos naturales llevándolos á la corte del Rey, ó al concejo de alguna ciudad ó villa para su servicio, y diciendo públicamente que son sus hijos habidos en tal muger soltera. (*b*) Tambien quedan legitimados, si se ofrecen espontaneamente á servir al Emperador, Rey, ciudad ó villa diciendo de quien son hijos, y sus padres no los tienen legítimos, en cuyo caso heredarán á sus padres abintestato y no á sus parientes. (*c*) (1)

12 Pueden igualmente los padres legitimar á sus hijos naturales en testamento, si no los tienen legítimos, diciendo: *Que quieren que Fulano y Zutano sus hijos naturales habidos en Fulana de estado soltera sean sus herederos legítimos*; en cuyo caso si los padres mueren baxo de esta disposicion y sus hijos acuden despues con ella al Rey suplicándole se digne confirmar la legitimacion, debe hacerlo, y serán tenidos por legítimos, gozarán los honores de tales y heredarán los bienes paternos. (*d*)

13 Tambien se les permite legitimarlos en instrumento entre vivos; mas para que valga esta legitimacion, no han de expresar en él *que son sus hijos naturales, sino que son sus hijos y los reconocen por tales*, como se prueba de la ley 7 tit. 15 P. 4 que dice: "Instrumento ó carta faciendo algun ome por su mano misma, ó mandándola facer á alguno de los Escribanos públicos, que sea confirmada con testimonio de tres omes buenos, en que diga: que algun fijo que ha, nombrándolo señaladamente, que lo conoce por su fijo: es otra manera en que se facen los fijos naturales legítimos. Pero en tal conocencia como esta non

(*a*) Ley 4 tit. 15 P. 4. (*b*) Ley 5 tit. 15 P. 4. (*c*) Leyes 7 al fin y 8 tit. 15 P. 4.
(1) No se halla en práctica lo contenido en este núm.
(*d*) Ley 6 tit. 15 P. 4.

debe decir que es su fijo natural, cá si lo dixesse, non valdria la legitimacion." La razon es, porque presume el derecho que hubo matrimonio, y miéntras no se pruebe lo contrario, serán habidos por legítimos y no por naturales. (1)

14 Si el padre tiene muchos hijos en una manceba y reconoce solamente á uno de ellos por su hijo, quedan legitimados por este reconocimiento los demas, y aunque en él no haga mencion de ellos, le heredarán igualmente que el reconocido. (*a*)

15 Contrayendo matrimonio la hija natural con el que exerce empleo honorífico de los mayores que hay en las ciudades ó villas, queda legitimada sin necesidad de que el Papa, Monarca, ni su padre la legitime. (*b*)

§. III.

De las emancipaciones.

16 La patria potestad puede provenir de qualquiera de las quatro causas que la ley 4 tit. 17 P. 4 expresa en esta forma: "La primera es, por el matrimonio que es fecho segund manda Santa Eglesia. La segunda es, como si acaesciese contienda entre algunos, si eran padre ó fijo, é fuesse dado juicio acabado entre ellos que lo eran. La tercera es, como si el padre oviesse al fijo librado de su poder, é despues desto ficiesse el fijo algund yerro contra el padre, quel oviesse á tornar en su poder. La quarta es por adopcion, que quier tanto decir como porfijamiento. E esto seria como si el abuelo de parte de la madre porfijasse á su nieto, cá en tal manera caeria el nieto en poder de tal abuelo." Así que, los padres solo tienen potestad sobre sus hijos nacidos de legítimo matrimonio, y no sobre los naturales, incestuosos ni demas. (*c*)

17 Los bienes de los fijos son de quatro clases, á sa-

(1) En vista de esto mas bien parece que habla la ley de una prueba de ser el hijo legítimo que de un modo de legitimar.

(*a*) Dicha ley 7. Greg. Lóp. en ella. Covarr. de Matrim. cap. 8 §. 7. (*b*) Ley 8 tit. 15 P. 4. (*c*) Ley 2 tit. 17 P. 4.

ber: *profecticios*, *adventicios*, *castrenses y quasi castrenses*: los *profecticios* son los que adquieren con los de sus padres, ó por su respecto ó línea estando baxo de su poder, y de ellos toca á estos privativamente la posesion, propiedad y usufructo. Los adventicios son los que ganan por industria suya, ó por donacion y herencia de sus madres, ó de alguno de los parientes de estas, ó de extraños, ó por hallazgo de tesoro ú otra manera semejante; y en estos el usufructo corresponde al padre por razon de la patria potestad y la propiedad únicamente á los hijos. (*a*) Los castrenses se llaman así por el substantivo latino *castra* que tiene tres significaciones. En primer lugar y mas comunmente significa todo castillo, fortaleza y lugar cercado de muros: en segundo, el exército unido para pelear; y en tercero, la corte del Emperador, Rey ó Príncipe Soberano; y los bienes que ganan los hijos en alguno de estos lugares en el Real servicio, son suyos en posesion, propiedad y usufructo. (*b*) Y los quasi castrenses, nombre que se les da por asemejarse á los castrenses, son los que adquieren los Maestros que enseñan públicamente alguna ciencia, los Jueces, Escribanos, Regidores, y otros por razon de algun oficio público y honorífico que exercen, como tambien la donacion que hace el Rey ú otro Señor de vasallos, en los quales tiene el hijo el mismo dominio que en los castrenses. (*c*) Tambien reputan algunos por quasi castrenses los que se ganan por enseñar las siete artes liberales, que son *Gramática*, *Retórica*, *Dialectica*, *Arithmética*, *Música*, *Geometría* y *Astrología*; y por razon de dignidad ó beneficio eclesiástico, aunque á la verdad no he hallado ley que declare por tales á los adquiridos con dichas artes.

18 En virtud de la patria potestad puede el padre empeñar á su hijo, si se halla en extrema necesidad de hambre é imposibilitado de redimirla de otra suerte, ó cercado de los enemigos en defensa de algun castillo sin tener que comer, todo lo qual se prohibe á la madre; y el hijo empeñado saldrá del dominio del que le recibió en em-

(*a*) Ley 5 tit. 17 P. 4. (*b*) Ley 6 tit. 17 P. 4. Véase el cap. 1 n. 66. (*c*) Ley 7 tit. 17 P. 4.

peño, pagando el importe de este y lo que el acreedor gastó en enseñarle alguna ciencia, arte ú oficio segun regulacion de inteligentes. (*a*)

19 Por seis causas espira la patria potestad. La primera es la muerte civil del padre, la qual es una pena que se le impone por haber cometido algun delito enorme, ya sea condenándole para siempre á trabajar en las labores del Rey, como presidios, arsenales y minas, (1) ó á servir á los que trabajan en ellas, por lo que se llama *siervo de pena*; ya sea desterrándole para siempre á isla ó otro lugar determinado y confiscándole sus bienes, por lo que le llaman *deportado*; (*b*) pero siendo *relegado* (que es el desterrado para siempre, ó por tiempo cierto á algun pueblo sin confiscársele sus bienes,) no pierde la patria potestad, ni su hacienda, nobleza, ni libertad, ni tampoco se le prohibe testar. (*c*)

20 La segunda causa es la de ser *banido ó encartado*. Llama así la ley al que comete algun delito grave, huye, se le emplaza por edictos para que se presente, y por no presentarse le condena el Juez en rebeldía á que no entre en el lugar de su domicilio, ni en su término ó provincia, ó le impone mayor pena, le confisca sus bienes; y se le tendrá por deportado, ó relegado, segun sea la sentencia pronunciada contra él. (*d*)

21 La tercera causa es cometer el pecado de incesto, ó casarse con parienta suya dentro del quarto grado sin dispensa estando viudo y teniendo ciencia cierta del impedimento canónico, ó con Religiosa profesa. (*e*)

22 La quarta es obtener el hijo alguna de las doce dignidades del reyno, que son: *Consejero*, *Procónsul*, (2) *Prefecto pretorio*, (3) *Juez mayor de ciudad cabeza de reyno*,

(*a*) Leyes 8 y 9 tit. 17 P. 4. Covar. lib. 3 Var. cap. 14 n. 4.

(1) Por las circulares de 30 de agosto de 1799 y 20 de agosto de 1800 se ha extinguido enteramente el presidio de las minas de azogue de Almadén.

(*b*) Ley 2 tit. 18 P. 4. (*c*) Ley 3 tit. 18 P. 4. (*d*) Ley 4 tit 18 P. 4. (*e*) Ley 6 tit. 18 P. 4.

(2) Gobernador de alguna provincia por la república romana que tenia jurisdiccion consular y poderes extraordinarios.

(3) Correspondia á Capitan de la guardia en Roma.

Adelantado mayor, (1) *Questor*, (2) (que es el que recauda las rentas Reales no como arrendador sino como Oficial de quien el Rey hace gran confianza, ó el que le lee las cartas que le escriben, y las leyes que se establecen ántes de publicarse, *Alferez mayor*, *Canciller*, *Mayordomo*, *Fiscal y Secretario del Rey*, *y Obispo*. (*a*) (3)

23 La quinta causa es casarse y velarse el hijo, con lo qual sale de la patria potestad para siempre respecto á todas las cosas así útiles como perjudiciales, y jamas vuelve á ella, aunque quede viudo: hace suyo enteramente el usufructo de sus bienes adventicios, sin que su padre pueda quedarse ni retenerle el todo ni parte de él; y si miéntras vive, le percibe y no se le pide el hijo, deben abonársele, y entregarle su importe los coherederos, porque es visto que por la reverencia á su padre no se le demandó, y no porque su taciturnidad se le donó. (*b*) En los quatro años siguientes al dia de su casamiento está libre de todas las cargas y oficios concegiles, cobranzas, huéspedes y soldados, y en los dos primeros de todos los pechos Reales y concegiles, de los quales no se liberta, aunque sea solteiro en cumpliendo los 25 años, ni puede resistirse á admitirlos. Si llega á tener seis hijos varones vivos, lo está igualmente por toda su vida de dichas cargas y oficios, aun quando muera luego alguno de los hijos, (*c*) por lo que acudiendo al Consejo y pidiendo con justificacion de ello la ordinaria, se le expedirá; pero esta exéncion se entiende en Castilla y no en Cataluña ni en otra parte donde se gobiernan por fueros y práctica diversa, segun lo declara la Real Cédula expedida en San Ildefonso á 27 de agosto de 1782.

(1) Antiguamente era el Gobernador de alguna provincia con el mando general de las armas, y jurisdiccion civil y criminal. Al presente solo subsiste como dignidad de algunas casas.

(2) En Roma Magistrado principal cuyos cargos fueron varios segun la diversidad de los tiempos.

(*a*) Leyes 7, &c. y 14 tit. 18 P. 4.

(3) Como algunas de las expresadas dignidades no se conservan, puede tenerse por concedido el mismo privilegio á las que se asemejan ó tengan anexas las mismas ó casi las mismas preeminencias y facultades.

(*b*) Leyes 8 y 9 tit. 1 lib. 5 R. Gat. lib. 2 pract. quest. 10 n. 4 y de Jur. confirm. part. 1 cap. 4 nn. 18 y sig. (*c*) Ley 14 tit. 1 lib. 5 R.

24 La sexta y última causa es la emancipacion, *acto con que el padre exíme de su poder al hijo legítimo para que sin su intervencion contrate, comparezca en juicio, y haga todo lo que podria hacer no teniendo padre.* Para que sea válida, han de concurrir tres circunstancias. La primera es que el hijo tenga siete años cumplidos, pues ántes de ellos no puede ser emancipado sin Real permiso. (*a*) La segunda es que las Justicias den cuenta al Consejo con los instrumentos que justifiquen las causas de la emancipacion, para que en vista de su aprobacion y licencia puedan proceder luego á declararla; pues hoy está prohibido pena de nulidad que se hagan emancipaciones sin este requisito; lo qual se entiende, sea mayor ó menor de 25 años el hijo, porque la disposicion Real no distingue. (*b*) Y la tercera circunstancia es que despues de impetrada la licencia acudan padre é hijo personalmente y no por Procurador al Juez Ordinario de su domicilio, y en su presencia diga al padre que emancipa y exíme de su poder á su hijo, y este que acepta la emancipacion; en virtud de cuyo espontáneo consentimiento debe el Juez mandar al padre que otorgue la correspondiente escritura, é interponer en ella y en lo que el emancipado practique, su autoridad para su mayor validacion. (*c*) Pero segun la práctica no es preciso que las Justicias den cuenta al Consejo ántes que se otorgue la escritura, y basta que precedida la justificacion de las causas, se otorgue la emancipacion con insercion de ella, y expresion de que para que valga y pueda usar de su libertad el emancipado, ha de pedir y obtener la aprobacion del Consejo, como se ha de hacer, sin que necesite acudir despues al Juez Ordinario, pues así lo he visto practicar en una que obtuve por encargo.

25 La emancipacion ha de ser para todo, no para una cosa sola, y el hijo que sale de la patria potestad, no vuelve á ella, aunque cese la causa por que la obtuvo; (*d*) sino es que sea ingrato con su padre tratándole mal de palabra ú obra, (*e*) que en este caso volve-

(*a*) Ley 16 tit. 18 P. 4. (*b*) Auto 20 tit. 19 lib. 3 R. (*c*) Leyes 15, 16 y 17 tit. 18 P. 4. (*d*) Gom. ley 47 de Toro n. 2. (*e*) Leyes 4 tit. 17 y fin. tit. 18 P. 4.

rá á su poder, aun quando le haya emancipado. En premio de la emancipacion puede el padre retener para sí la mitad del usufructo de los bienes adventicios que su hijo tenia ántes de ser emancipado; pero si este se casa, debe restituírsela. (*a*)

26 Por quatro causas puede ser apremiado el padre á emancipar á su hijo: la primera es tratarle con excesiva rigidez y severidad: la segunda por compeler á sus hijas á que se prostituyan, y á los hijos á que sean ladrones ó cometan otros delitos: la tercera aceptar el legado que alguno le hizo con la condicion de que emancipase á su hijo; y la quarta es disipar el padrastro los bienes de su entenado mayor de 14 años y prohijado por él. (*b*)

27 Aunque el hijo esté fuera de la patria potestad, no puede demandar judicialmente á su padre sin su licencia sino por sus bienes castrenses y quasi castrenses; y para reconvenirle por los adventicios ó usar contra él de sus acciones civiles se practica poner en el primer pedimento la cláusula, *precedida la vénia necesaria por derecho*, sin la qual no debe admitirle el Escribano. En órden á las acciones criminales, no puede intentar ninguna porque pueda imponérsele pena de infamia, de muerte, ó perdimiento de miembro. Lo propio se ha de decir de los nietos y demas descendientes legítimos, (*c*) en los quales se incluyen los yernos, porque representan á sus mugeres.

§. IV.

De los aprendices y pupilos.

28 Los padres tienen obligacion de criar á sus hijos, así porque lo dicta la naturaleza, como porque lo mandan todas las leyes divinas y humanas; y no solo deben darles los alimentos necesarios segun su posibilidad y esfera sino tambien instruirles en la doctrina christiana, y enseñarles algun oficio ó facultad dándoles para ello los correspondientes Maestros.

(*a*) Leyes 15 al fin. tit. 18 P. 4 y 48 de Toro. Góm. en esta n. 6 y Acev. en la 9 tit. 1 lib. 5 R. n. fin. (*b*) Ley 18 tit. 18 P. 4. (*c*) Leyes 3 tit. 2 P. 3 y 11 tit. 17 P. 4.

29 La madre debe criarlos hasta la edad de tres años, que llaman de la *lactancia*, y el padre despues de estos; (1) pero si la madre no puede hacerlo por su indigencia, tiene obligacion el padre de darles lo necesario para ello; y si se divorcian, toca al culpado, siendo rico, su manutencion, sean mayores ó menores de dicha edad, y al inocente tenerlos en su poder y custodiarlos. (*a*) Mas si el padre es pobre y la madre rica, debe esta criarlos con sus propios bienes ántes y despues de la lactancia; y si ámbos son pobres, estan obligados á ello sus abuelos y bisabuelos paternos por su órden. Igual obligacion tienen los hijos y demas descendientes respecto á sus ascendientes pobres. (*b*)

30 En virtud de esta obligacion y dominio pueden los padres servirse de sus hijos, sin que estos tengan accion á pedirles salario, pues cumplen con mantenerlos y educarlos, segun se ha dicho. (*c*) Pueden asimismo ponerlos á pupilage con Maestros que los enseñen, y estos deben hacerlo sin ocultarles cosa alguna de la ciencia, arte ú oficio que profesan, para cuyo efecto se les permite castigarlos de suerte que no los lisien baxo la pena de satisfacer los daños. (*d*) De esta clase de contratos suelen hacerse escrituras con varios pactos, y con la que extenderé, se instruirá el Escribano para las que le ocurran.

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

PEDIMENTO PARA LA ADOPCION.

31 Francisco López vecino de esta villa ante Vmd. como mas haya lugar = digo: que por hallarme viudo en edad abanzada, con caudal considerable y sin herederos forzosos ni esperanza de tenerlos, he resuelto adoptar á Juan

(1) Paréceme que esta distincion no tiene lugar en el dia, pues con los bienes ó la industria de uno ó de ámbos cónyuges se sostienen en todo tiempo las cargas matrimoniales, qual lo es la de alimentar á los hijos.

(*a*) Ley 3 tit. 19 P. 4. (*b*) Leyes 2 al fin y 4 tit. 19 P. 4. (*c*) Ley 3 tit. 20 P. 2. (*d*) Ley 11 tit. 8 P. 5.

Ibáñez hijo de Andrés Ibáñez difunto, que es pobre y huérfano, tiene 14 años de edad, como consta de la certificacion de su bautismo que presento, y consiente en ser adoptado: mediante lo qual y que de efectuarse la adopcion se le sigue manifiesta utilidad, para que tenga efecto = A Vmd. suplico se sirva haber por presentada dicha certificacion, mandar se me reciba informacion al tenor de este pedimento, y constando su certeza en la parte que baste, deferir á mi pretension y concederme licencia para formalizar la escritura de adopcion correspondiente, interponiendo en ella su autoridad y decreto judicial para su mayor firmeza; pues así procede de justicia que pido, y para ello, &c.

Auto.

32 Por presentada la certificacion que se refiere: recíbase la informacion que esta parte ofrece ante el presente Escribano, á quien para ello se da comision en forma, y hecha traygase para proveer. El Señor Don N. Corregidor de esta villa de tal lo mandó á tantos de tal mes y año. = D. N. = Ante mí N.

INFORMACION.

Testigo primero.

33 En tal villa á tantos de tal mes y año yo el Escribano de su Número usando de la comision que se me confiere por el auto anterior, y de presentacion de Francisco López contenido en él, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de Antonio Pérez vecino de ella, el qual le hizo como se requiere, y baxo de él prometió decir verdad y lo que supiese sobre lo que fuere preguntado, y siéndolo por mí al tenor del pedimento que motiva esta informacion = dixo: que conoce de vista y trato al mencionado Francisco, y á Juan Ibáñez hijo de Andrés Ibáñez difunto, por cuya razon sabe y le consta que el referido Francisco es un anciano, rico, de buena vida y fama, y sin descendientes ni otro heredero legítimo, y que el expresado Juan ya habrá cumplido

catorce años de edad, porque segun hace memoria, nació en el de tantos, sobre lo que se remite á la partida de su bautismo: en cuya atencion parece al declarante que de adoptarle el dicho Francisco se le seguirá mucha utilidad y beneficio, porque cumpliendo como buen hijo adoptivo le instituirá por su heredero y quedará lo suficiente para vivir con decencia, de lo qual se halla imposibilitado actualmente, pues es pobre y huérfano, y no tiene oficio con que mantenerse. Esto es lo que sabe y puede declarar con verdad baxo de dicho juramento en que se ratifica, y lo firma, (*no firma por no saber*) expresando tener tantos años poco mas ó ménos de edad, y que respecto á ninguno le tocan las generales de la ley, sobre que le pregunté, de que doy fé.=Antonio Pérez.=Ante mí N.

Conforme á este testigo han de declarar otros dos, y luego corresponde el siguiente

Auto.

34 En tal villa á tantos de tal mes y año el Señor D. N. Corregidor de ella habiendo visto estos autos, hecho comparecer á su presencia á Francisco López y Juan Ibáñez contenidos en ellos, y exâminado la voluntad y consentimiento de ámbos, tomó de la mano al citado Juan y le entregó al mencionado Francisco, quien le recibió por su hijo adoptivo, y en su conseqüencia le concedió amplias facultades para que otorgue la escritura de adopcion con las cláusulas prescriptas por derecho para su estabilidad, interpuso en ella su autoridad en forma legal, mandó que estos autos se unan á su protocolo, é incorporen en sus traslados para documentarla, y lo firma, de que doy fé:= D. N.=Ante mí N.

Escritura de adopcion.

35 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano de su Número y testigos Francisco López vecino de ella=dixo: que viéndose anciano sin herederos legítimos ni esperanza de tenerlos, y bastante rico determinó adoptar á Juan Ibáñez hijo de Andrés Ibáñez difunto, y á

este fin precedidas las diligencias prescriptas por derecho, impetró licencia del Señor D. N. Corregidor de esta villa, la qual y los demas autos obrados se unen á esta escritura para documentarla é incorporarlos en sus traslados, y su tenor literal dice así. (*Aquí se copian los autos, y luego prosigue la escritura.*)

Concuerdan los autos insertos con los que estan en el protocolo de esta escritura, de que doy fé; y usando el otorgante de la licencia que incluye el último, de su libre voluntad en la mejor forma que haya lugar en derecho= Otorga: que recibe por su hijo adoptivo y baxo su proteccion al expresado Juan Ibáñez, en cuya atencion promete tratarle, educarle, cuidarle y alimentarle como si fuera su hijo legítimo, é instituirle por su heredero caso que permanezca en su poder al tiempo de su fallecimiento, y si por olvido natural ó por otra causa no lo hiciere, quiere que sea habido por instituido y herede enteramente sus bienes. Asimismo promete que si el citado Juan heredare ó le donaren algunos, miéntras esté en su compañía, y luego saliere de ella, se los entregará sin desfalco á él ó á quien sea parte legítima para su percibo, incontinente que sea requerido; y consiente en ser apremiado por todo rigor de derecho no solo á su entrega sino tambien á la satisfaccion de las costas y daños que se le causen en su exáccion, cuya liquidacion defiere en su juramento relevándole de otra prueba. Igualmente promete no reclamar esta escritura, ni alegar excepcion, aunque le favorezca, &c. (*se pondrán las cláusulas generales y proseguirá*) Por tanto, el referido Juan Ibañez que se halla presente, enterado de esta escritura=dixo: que acepta la adopcion que contiene, y en reconocimiento de hijo adoptivo se hincó de rodillas, besó la mano al dicho Francisco López y le dió las gracias por el beneficio de haberle adoptado. Y así lo otorgaron y firman ámbos, á quienes, doy fé, conozco, siendo testigos, &c.

36 Si el prohijado tiene padre, ha de consentir este en el prohijamiento y acudir con el adoptante al Juez: han de seguirse los autos á nombre de los dos, y en el de licencia se ha de omitir la cláusula de la entrega del adoptado que hace el Juez al adoptante, poniéndose esta en

su lugar: *Que el padre se desapodera de la patria potestad que tiene sobre su hijo, y en señal de ello le toma de la mano y le entrega al adoptante, quien le recibe por su hijo adoptivo.* Si interviene licencia del Rey, se ha de insertar en la escritura, y en este caso no se necesitan autos ni otra diligencia judicial, porque el Rey ántes de darla se informa de todo y la concede con conocimiento de causa.

Legitimacion.

37 Las legitimaciones suelen hacerse regularmente por el Rey á solicitud de los padres, quienes presenten un memorial dictado substancialmente en los términos siguientes.

SEÑOR.

Don Francisco de Guzman y Solis vecino de tal parte con el debido respeto á los Reales pies de V. M. dice: que ha tantos años que está casado con Doña Gertrúdis de Mendoza, de la qual no ha tenido hijos ni tiene esperanza de tenerlos, y mediante hallarse con uno que siendo soltero tuvo en Fulana del mismo estado, á quien reconoce por su hijo natural, el qual es benemérito, y promete segun su buena inclinacion y talentos hacer quanto sea del mayor agrado y servicio de su Soberano: en esta atencion = Suplica rendidamente á V. M. se digne hacerle la merced de legitimarle, habilitándole en forma para que sea habido por legítimo, y pueda como tal heredar al suplicante en defecto de hijos legítimos, sucederle en los vínculos, mayorazgos y en lo demas en que sucederia si hubiera nacido de legítimo matrimonio, y gozar de todas las honras, preeminencias y prerogativas concedidas á los que lo son sin diferencia, segun lo espera de la innata piedad de V. M.

38 En virtud de este memorial firmado por el padre, si el Rey y en su Real nombre el Consejo de la Cámara condesciende con su pretension, se le despacha por la secretaría de aquella la carta ó cédula de legitimacion, cuya extension trae la ley 9 tit. 18 P. 3, y por no tocar al Escribano la omito. Tambien puede el padre hacer la súplica en instrumento, mas por no estilarse omito tambien ordenarle.

Escritura de emancipacion.

39 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro Fernández vecino de ella = dixo: que por el grande amor que profesa á Juan su hijo legítimo mayor de catorce años, y por desear mucho su prosperidad, conociendo que es bastante capaz para gobernarse y administrar sus bienes, ha deliberado emanciparle é impetrado á este fin la correspondiente licencia del Consejo que se me entrega original para unirla á esta escritura é incorporarla en sus traslados, y cuyo contenido á la letra dice así: (*La licencia en párrafo aparte.*)

Concuerda la licencia inserta con la que está en el protocolo de este instrumento, de que doy fé, y usando de ella el otorgante y hallándose con dicho su hijo en presencia del Señor Don F. Corregidor de esta villa, de su libre voluntad en la mejor forma que haya lugar en derecho y cerciorado del que le compete = Otorga: que renuncia enteramente la patria potestad que hasta ahora ha tenido sobre la persona y bienes del referido Juan su hijo, y en su consequencia le da la mas amplia licencia y facultad para que desde hoy en adelante contrate, comparezca en juicio y administre por sí ó por sus apoderados los bienes que adquiera, y los que le entrega en este acto que son: (*se expresarán los que le diere*) de todos los quales y de los que por qualquier motivo le pertenecieren en lo sucesivo, ha de poder disponer á su arbitrio en contrato ó última voluntad conforme á las leyes de estos reynos sin dependencia ni intervencion del otorgante como de cosa suya adquirida con justo y legítimo título, formalizando las escrituras conducentes, pidiendo judicialmente lo que le convenga, y practicando quanto pueden hacer el otorgante y otra qualquiera persona libre de todo dominio y potestad: á cuyo fin desde ahora se aparta absolutamente del derecho que como padre tenia y podia tener al usufructo de todos los mencionados bienes: le traspasa enteramente á dicho su hijo, y siendo necesario le hace donacion perfecta irrevocable de él con insinuacion, pidiendo á dicho Señor Corregidor la apruebe para su mayor estabilidad; y en señal de verdadera emancipacion tomó de la ma-

no á su hijo, y le soltó y apartó de sí á presencia mia y del expresado Señor Corregidor, de que doy fé. Asimismo le da igual facultad para que en fuerza de los títulos de propiedad de los bienes donados que tambien le entrega en este acto, tome la posesion real, actual, corporal, ó quasi de ellos; y para que no necesite tomarla, me pide que de esta escritura le dé copia autorizada, con la qual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado. Así pues, se obliga á no revocar ni reclamar en todo ni en parte esta emancipacion, como no cometa alguna ingratitud su hijo que el otorgante deberá probar; y renuncia todas las leyes y fueros que le favorezcan. En esta atencion el mencionado Juan que se halla presente, enterado de esta escritura = dixo: que acepta la emancipacion que contiene para usar de ella, que estima la merced que su padre acaba de hacerle dándole las debidas gracias, que se da por entregado de los expresados bienes y títulos de su pertenencia, y que formaliza de ellos á su favor el resguardo correspondiente. Así lo otorgan y firman ámbos, á quienes, doy fé, conozco, siendo testigos N. N. y N. vecinos de esta villa. Por tanto, el mencionado Señor Corregidor aprueba esta emancipacion, ha por insinuada con la solemnidad necesaria la donacion que incluye, y en todo y en lo que haga en su virtud el emancipado, interpone su autoridad: manda que se den al interesado las copias y testimonios que pidiere, y tambien lo firma, de que doy fé. De la extension de esta escritura trata la ley 93 tit. 18 P. 3.

40 Si el padre no da bienes ningunos á su hijo, se ha de omitir la donacion que contiene la escritura anterior, la entrega y recibo de ellos, y sus títulos con la insinuacion. Si en premio de la emancipacion reserva para sí algo del usufructo de sus bienes adventicios, se expresará y pondrá en lugar de la cláusula de donacion de usufructo. Si en la licencia del Consejo no se manda que el Juez Ordinario intervenga en la emancipacion, se omitirá su concurrencia, aunque no dañará. Y si la escritura se otorga ántes, ha de expresarse en ella que para usar el hijo de la emancipacion y que sea válida, deberá aprobarla el Consejo.

41 Si concurre alguna de las quatro causas porque el padre puede ser compelido á emancipar á su hijo, dará es-

te pedimento exponiendo al Juez la causa y la utilidad que se le sigue de ser emancipado, y pretendiendo se le reciba informacion de todo: á cuya conseqüencia constando por esta la certidumbre de aquellas mandará el Juez á su padre que le emancipe, y sino quisiere, le apremiará á ello y otorgará la escritura, relacionando é insertando en ella los autos y omitiendo la cláusula, *de que le emancipa de su libre voluntad*, y lo demas que se ha prevenido en el núm. anterior, segun lo que ocurra; y finalmente despues de la aceptacion se pondrá la aprobacion del Juez, como se ha hecho en la escritura precedente. Para esta emancipacion me parece que no es precisa la venia del Consejo, puesto que se hace de justicia por favor de la libertad y utilidad del emancipado, y la otra por mera gracia, en la que puede haber dolo y resultar perjuicio, por cuya razon quiso el Consejo tomar conocimiento de las emancipaciones voluntarias.

Escritura de aprendiz.

42 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Diego de la Cuesta vecino de ella = dixo: que tiene un hijo llamado Alonso de tanta edad, y ha determinado ponerle en casa de Fernando Pérez maestrro de carpintero, de habilidad conocida, quien se ha convenido en admitirle por su aprendiz, y para que tenga efecto, en la forma que mas haya lugar en derecho, y cerciorado del que le compete = Otorga: que entrega dicho su hijo al mencionado Fernando Pérez por su aprendiz, á fin de que le enseñe el oficio de carpintero que exerce, en el tiempo y con las condiciones siguientes.

En el discurso de tantos años que cumplirán en tal dia de tal mes del de tantos, ha de enseñarle dicho oficio perfectamente sin ocultarle cosa alguna así de teórica como de práctica, por manera que aplicándose esté capaz al fin de ellos para ser exáminado y aprobado, y para exercerle por sí sin direccion de persona alguna: pudiendo á este efecto corregirle, y castigarle prudente y moderadamente sin herirle ni lisiarle, pena de satisfacer los daños, y si le hiriere ó maltrare, ha de ser esto motivo suficiente para sacarle de su poder.

Todo el tiempo referido ha de tener en su casa y compañía al expresado Alonso, dándole el alimento diario, ropa limpia, cama y no otra cosa, como si fuera hijo suyo; y el mencionado Alonso ha de hacer no solo lo perteneciente á dicho oficio sino tambien lo que se ofrezca á su maestro, sea decente y no le impida aprenderle, ni le ocupe el tiempo que debe estar empleado en él.

Si cumplidos los tantos años no estuviere hábil y capaz para desempeñar por sí solo dicho oficio en los casos y cosas que le ocurran á satisfaccion de inteligentes, ha de poder el otorgante sacarle de su casa y ponerle con otro maestro, para que á costa del citado Fernando acabe de enseñarle é instruirle en sus reglas y operaciones; y queriendo impedirlo este le ha de tener en su casa por oficial y satisfacerle como tal por cada dia de trabajo tanta cantidad, segun se acostumbra pagar á los demas oficiales que exercen el mismo oficio, pudiéndosele apremiar á ello conforme á derecho.

Si dentro de un año contado desde hoy conociere dicho maestro que el hijo del otorgante no tiene suficiente capacidad para aprender el referido oficio, ó no se aplica, ha de tener obligacion de darle cuenta para que le dedique á otro, de suerte que no pierda mas tiempo, ni por su omision y silencio se le origine detrimento alguno, pena de satisfacerle el que se estime: previniendo que por el trabajo de enseñarle en el año, nada le ha de pagar en atencion á poder servirse de él, y á no darle salario ni vestido.

Para quando el dicho Alonso esté exâminado y aprobado, se obliga el otorgante á satisfacer á su maestro tanta cantidad en una sola partida por el trabajo de haberle enseñado su oficio perfectamente; á cuyo pago ha de poder compelerle por todo rigor, y al de las costas y daños que por no hacerlo puntualmente se le ocasionen, deferida su liquidacion en su relacion jurada sin otra prueba de que le releva; pero miéntras no esté aprobado, no ha de ser apremiado á dicha satisfaccion ni en todo ni en parte, y los gastos del exâmen quedan á cargo del otorgante.

Si el expresado Alonso falleciere, ó se imposibilitare de proseguir el referido oficio ántes que espiren los tantos años, no ha de tener obligacion el otorgante á dar á su maestro cosa ni cantidad alguna por su enseñanza, ni tampoco ha

de poder pedirle judicial ni extrajudicialmente lo que le haya entregado á cuenta de ella.

Si enfermare en casa de su maestro, le ha de cuidar y tener este en su casa, á no ser que el otorgante quiera llevarle á la suya; pero nada le ha de costar la botica, Médico, Cirujano, ni mantenimiento necesario para su enfermedad y convalecencia, pues todo queda á cargo del otorgante, correspondiendo únicamente al maestro el trabajo personal de su asistencia.

Si se huyere ó ausentare de casa de su maestro sin motivo grave, ha de buscarle el otorgante y volverle á ella, y el tiempo que faltare, ha de estar de mas de aprendiz, por manera que todo este tiempo y el que estuviere enfermo no se han de incluir en los años estipulados, los quales han de ser íntegros sin descuento, aunque esté perfectamente instruido ántes de cumplirlos, ó diga que quiere aprender otro oficio que le sea mas útil; pues no se ha de alterar este contrato con otro motivo ni pretexto que el de absoluta ineptitud, excesiva rigidez, falta de darle el alimento necesario, ó por emplear á su hijo en lo que no debe.

Si este tomare ó llevare de la casa de su maestro alguna ropa, alhaja ó dinero, constando la certeza por confesion del hijo ó por informacion fidedigna, volverá á aquel el otorgante lo que hubiere tomado, ó le pagará su importe sin excusa ni dilacion, y los daños que se le originen por esta causa, deferido el importe de estos en su relacion jurada sin otra prueba de que le releva, quedando en este caso al arbitrio del maestro el conservar en su casa ó despedir el aprendiz, aunque su padre le reintegre todo. (*Se pondrá lo demas que pacten los interesados, y luego la obligacion y aceptacion siguiente.*)

Y habiendo oido á la letra y entendido esta escritura el referido Fernando, dixo: que recibe por su aprendiz al mencionado Alonso, y se obliga á enseñarle dicho oficio con toda perfeccion por la mencionada cantidad, y á observar este contrato y sus pactos en lo que le corresponde sin la mas leve tergiversacion, á lo qual quiere ser apremiado por todo rigor de derecho. Por tanto, ámbos otorgantes, &c.

Escritura de pupilo.

43 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López padre y legítimo administrador de la persona y bienes de Juan López, y Fernando Suarez maestro de primeras letras, vecinos de ella, dixeron: que para que el citado Juan se instruya en estas y en los dogmas Católicos, ha resuelto su padre ponerle á pupilo en casa del expresado maestro, á cuyo fin se han convenido los dos en lo que este le ha de enseñar, dentro de qué tiempo, y quanto ha de llevar cada año por su trabajo, manutencion y asistencia; y para que tenga efecto y conste en todo tiempo, en la forma que mas haya lugar en derecho = Otorgan el mencionado Francisco que entrega su hijo al dicho Fernando, y este que le recibe por pupilo baxo de los pactos y condiciones siguientes.

El referido Fernando ha de instruir radicalmente al mencionado Juan en los rudimentos y dogmas de nuestra Santa Fé Católica, y ha de enseñarle á leer, escribir y contar dentro de tantos años que empiezan en este dia y cumplirán en otro tal del mismo mes y año de tantos: reprehendiéndole qualesquiera acciones inmodestas y defectos que tenga, castigándole con moderacion y prudencia, haciendo que freqüente los Santos Sacramentos, y observe lo que debe como buen Católico, sin ocultarle cosa alguna, teniéndole á este fin en su casa y compañía, manteniéndole de todo lo necesario, (excepto el vestido y calzado que quedan de cuenta de su padre) y dándole cama, ropa limpia y demas asistencia, como si fuera hijo suyo.

Por cada año de los expresados le ha de satisfacer el otorgante tantos reales, tantos por razon de enseñanza, y los restantes por la comida, cama y asistencia, pagados por meses ó medios años, segun quisiere recibirlos; á cuya satisfaccion y á la de las costas que se le causen por no ponerlos puntualmente en su casa y poder, podrá ser compelido por todo rigor.

Si en el mencionado tiempo no le instruyese con la perfeccion debida, ha de volver y restituir á su padre todo lo que haya recibido por su enseñanza sin descuento, aunque

no por la comida; y para que esto no suceda, si viese que no es capaz, ha de tener obligacion de avisarle é informarle de su ineptitud dentro de tantos meses, y no haciéndolo, ha de ser visto que el no aprender depende de culpa ó negligencia suya, y no de incapacidad del pupilo: en cuya atencion no podrá alegar excusa para eximirse de la restitucion de lo que haya percibido por razon de enseñanza, y de los daños que se le originen á él y á su hijo por esta causa. (*Se pondrán los demas pactos que hicieren, y luego la aceptacion del maestro y obligacion como en la escritura anterior que puede servir de regla al Escribano para la ordenacion de esta.*)

44 Las copias de los prohijamientos, legitimaciones por contratos y emancipaciones se han de dar en papel del sello segundo, y las de los aprendices y pupilos se han de regular por la cantidad que cada año se dé al maestro por la enseñanza, y les corresponderá el mismo sello, que será el segundo, pues la ley no trata de ellas.

CAPITULO XXVII.

De la denuncia de obra nueva.

§. I.

1 La ley 5 tit. 20 P. 2 distingue la *labor* de la *obra*. Al exercicio de cultivar la tierra llama *labor*, y á los que le tienen, labradores, ó trabajadores; y á las demas cosas que se executan en las casas ó lugares cubiertos, da el nombre de *obra*, y á los que la hacen, el de *oficiales menestrales*, ó *artesanos*.

2 Llámase *obra nueva* la que se fabrica sobre cimiento nuevo, y tambien aunque sea sobre viejo, si se le muda la fachada ó forma que ántes tenía. Pueden impedir que se haga el que recibe daño con ella, y sus hijos, mayordomos, apoderados, criados y amigos; pero estos deben prestar bastante seguridad de que lo dará por bien hecho. Igualmente pueden prohibirla los tutores en nombre de sus menores, (a)

(a) Ley 1 tit. 32 P. 3.

el usufructuario, el que tiene servidumbre en la finca, si se le quita con la obra, y el que la tiene en empeño, feudo, ó á censo; mas este solo puede compeler al señor del dominio directo á que le reintegre del daño que le ocasiona la obra; y si se hace en lugar público, qualquiera del pueblo puede impedirla, excepto el huérfano y muger á quienes solo en lo suyo se les permite. (a)

3 La denuncia ó prohibicion de obra nueva se hace acudiendo al Juez, jurando no hacerla de malicia y pidiéndole que impida su prosecucion, porque le perjudica, y que en caso de contravencion imponga al dueño y personas que trabajan en ella, la pena que conceptue justa: á cuyo acto ha de asistir el mismo Juez, y no pudiendo, ha de enviar un Escribano con comision por escrito para que haga el requerimiento, ponga testimonio del estado de la obra é impida su continuacion; (b) y esto es lo que se practica.

4 Debe hacerse la denuncia en el lugar en que se hace la obra, y es suficiente que se haga saber al dueño de esta ó sobrestante, y en su defecto á los oficiales que trabajan en ella. (c) Si la obra es de muchos, con hacer la denuncia á uno de ellos no tiene el denunciador que requerir á los demas; pero si siendo perjudicial á muchos uno de estos la denunciase, no bastaria sino por su parte, á no ser que lo hiciese en nombre de los otros interesados, en cuyo caso dando la competente seguridad de que la aprobarán, tendrá la misma validacion que si cada uno la denunciara por sí propio. (d)

5 Tiene tal fuerza la denuncia, sea bien, ó mal hecha, que si el dueño de la obra prosigue en ella despues de requerido sin licencia del Juez que la mandó prohibir, debe este mandar que demuela á su costa lo construido de nuevo por la inobediencia; (e) (1) y si contesta el pleyto de denuncia, no se concluye este en tres meses, y por el reconocimiento

(a) Leyes 3, 4 y 5 tit. 32 P. 3. (b) Ley 1 tit. 32 P. 3. (c) Dicha ley 1. Véase á Pedro Nuñez de Avendaño en el Diccionario verb. Labor. nueva. (d) Ley 2 tit. 32 P. 3. (e) Ley 8 tit. 32 P. 3.

(1) El denunciador debe solicitar se haga alguna diligencia, por la qual conste qué estado tenia el edificio al tiempo de la denuncia, para que no se dude de lo que debe demolerse, pues en duda deberia subsistir todo lo edificado. Góm. ley 46 de Toro n. 33.

que se haga, se echa de ver que no resultará daño irreparable por la sentencia difinitiva, pasados que sean, puede y debe el Juez concederle licencia para la prosecucion de la obra, dando fianza segura de demolerla á sus expensas siempre que se le mande. (a) (1)

6 Los edificios y obras que hacen los alarifes, canteros, carpinteros y otros menestrales, ó artesanos, han de durar despues de concluidos, 15 años sin arruinarse para que se tengan por bien hechos; y si ántes se hunden, ó falsean, tienen contra sí la presuncion legal de estar mal construidos, en cuya atencion no proviniendo la ruina de terremoto, rayo, avenida, ú otro caso fortuito, deben reedificarlos á su costa y pagar á su dueño los daños, y la misma obligacion tienen sus herederos. (b) Mientras se fabrican y despues de finalizados, puede su dueño hacerlos reconocer quantas veces quisiere por peritos de su satisfaccion; y si declaran que estan fabricados falsamente, se deben demoler y volver á edificar á costa del maestro. (c) Ademas no pueden los referidos oficiales alegar lesion ni engaño en obra que han tomado á destajo, ó en almoneda por lo tocante á su oficio, ni sobre ello han de ser oidos, porque como inteligentes tienen obligacion de saber su valor. (d) Las escrituras de contratos de obra consisten en condiciones de los contrayentes, y así nada mas tiene que hacer el Escribano que extenderlas con claridad y con la obligacion de cumplir exáctamente lo pactado en ellas. (e)

(a) Ley 9 tit. 32 P. 3.

(1) El denunciado podrá proseguir la obra dando dicha fianza, en el caso de hacer ver que la interrupcion le causa un grave perjuicio, y que de la continuacion se le sigue uno leve al denunciador. Gom. lug. cit. n. 37 vers. Quartum remedium.

(b) Ley 21 tit. 32 P. 3. (c) Ley 16 tit. 8. P. 5. (d) Ley 3 tit. 11 lib. 5 R. (e) En las adiciones págg. 116 y sigg. se inserta la Real provision de 5 de enero de 1801, donde se prescribe qué requisitos han de tener los Arquitectos y Maestros de obras, y quáles han de preceder á la aprobacion de los diseños y planos para obras publicas.

§. FINAL.

Escritura correspondiente á este capítulo.

CONTRATO DE OBRA.

En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino y alarife en ella = dixo: que habiendo Don Antonio de tal de la propia vecindad resuelto fabricar una casa en tal calle, le mandó hacer para su construccion, disposicion y repartimiento una planta, ó diseño que hizo en efecto, y aprobado por el Don Antonio trataron de ajuste, y se convinieron en los términos y baxo de las condiciones siguientes.

Para tal dia ha de empezar á abrir con tantos oficiales y tantos peones los cimientos de la citada casa, en la qual ha de hacer tantas paredes maestras de cal y canto, y las esquinas de piedra berroqueña fuerte con tanto grueso hasta tal altura, tanto hasta tal, y tanto hasta el tejado, y nada ménos para su permanencia.

En la referida casa se han de construir quarto baxo, principal y segundo, y cueva vestida de fábrica de ladrillo fino, con tantas divisiones cerradas, para cada quarto la suya, tanta profundidad y tantas guardillas vivideras con ventanas á la calle; y á tantos pies de fondo entrando desde esta, ha de quedar un patio de tantos en quadro, para que se comunique la luz á las piezas interiores, ha de empedrarse y hacerse en él un pozo de tanta profundidad vestido enteramente de fábrica de ladrillo con su brocal de piedra berroqueña, en tal disposicion que desde cada quarto pueda sacarse agua de él sin necesidad de baxar al patio, en el qual ningun inquilino ha de tener entrada sino el del quarto baxo.

Este ha de tener tantas ventanas de tanta altura con el ancho proporcionado y sus rexas fuertes de hierro de tanto buelo á la calle; y en el principal y segundo ha de haber tantas de tal altitud y latitud con sus balcones tambien de hierro de tanto buelo y tal hechura. (*Se pondrán con claridad las demas condiciones que quisieren los interesados, y proseguirá la escritura.*)

Con estas calidades y condiciones se obliga el otorgante á construir dicha casa perfectamente segun arte sin deformidad ni fealdad, y con arreglo á la planta aprobada y firmada por dicho Don Antonio, de que cada uno tiene copia, y á concluirla para tal mes de tal año sin suspenderla ningun dia que no sea de precepto, excepto que la intemperie impida su prosecucion. Luego que se concluya, han de reconocerla dos maestros que elegirán ámbos otorgantes, y sino estuviese arreglada en todo á la planta y condiciones referidas, ha de ser compelido el otorgante á demolerla y reedificarla á su costa, lo qual se ha de poder practicar tambien miéntras la execute, tantas quantas veces suceda, sin que por esto se le deba abonar cosa alguna; ó buscará el dueño de ella á costa de dicho maestro otro de su satisfaccion que la construya: en cuyo caso y en el de no perfeccionarla enteramente en el tiempo estipulado, han de ser de cuenta y cargo del otorgante los alquileres que puede rentar, y daños que á su dueño se ocasionen con arreglo á la ley 21 tit. 32 P. 3. Y si sin permiso por escrito de este fabricáre algo mas en ella para su mayor comodidad y lucimiento, sea de mucho ó poco valor, no ha de poder demolerlo, llevarlo, ni pretender paga ni remuneracion con pretexto de mejoras ni otro motivo, pues se le prohibe expresamente, y ha de ser visto haber querido cederlo á su dueño, como por la presente se lo cede graciosa é irrevocablemente con las firmezas necesarias, apartándose del derecho que podia tener á ello; y si lo intentare, quiere ser condenado como el que se entremete y fabrica en heredad agena contra la voluntad de su dueño, y perderlo enteramente, segun lo dispone la ley 42 tit 28 de la misma Partida. Tampoco ha de dexar de concluirla con pretexto de que en el intermedio se encarecieron los materiales, ó de que no reconoció bien el sitio, y que por estas ú otras causas fué leso y engañado; pues renuncia qualesquiera leyes que le favorezcan en este caso, y quiere que se execute lo que manda la 3 tit. 11 lib. 5 R. con la qual se conforma, y que se le compela á todo por la via mas breve y sumaria á que haya lugar, como igualmente á la solucion de las costas que se causen al señor de la obra, cuyo importe y el de los daños referidos defiere en su relacion jurada relevándole de otra prueba. Por tanto el menciona-

do Don Antonio que se halla presente, habiendo oido á la letra y enterádose de esta escritura = dixo: que acepta en todo y por todo el contrato y obligacion hecha por el expresado Francisco López, y en su conseqüencia se obliga á satisfacerle puntualmente en buena moneda de plata ú oro, y no en otra cosa ni especie, á los plazos pactados en tal condicion, la cantidad que en cada uno debe pagarle: que no lo haciendo, ha de tener facultad el maestro, como desde ahora se la da para cesar en la obra hasta que se la entregue, sin ser de su cuenta los daños que por su morosidad se ocasionen al dueño: que concluida que sea, resultando por el reconocimiento de los dos peritos estar arreglada al arte de arquitectura y albañilería, y con la seguridad, perfeccion y distribucion que contiene dicha planta, y se han expresado, le ha de satisfacer incontinente lo que falte para completar los tantos mil reales en que está ajustada, pudiendo ser apremiado á ello en iguales términos; y que si con permiso por escrito del otorgante hiciere algunas mejoras ó aumentos, ó mudare algo de dicha planta que tenga mas costo, le ha de pagar tambien el exceso que estimen ámbos peritos. Asimismo se obliga á no quitársela, ni mandarla construir á otro maestro, ni pretender descuento ni diminucion del dicho precio, aunque encuentre quien se la haga por ménos; y si lo intentare, ha de compelérsele executivamente á observar este contrato sin alteracion ni tergiversacion. En esta atencion se obligan ámbos contrayentes á su respectivo cumplimiento con todos sus bienes, &c.

8 Los contratos de obra en que no hay precio, se han de escribir en papel del sello segundo, y habiéndole, en el mismo que las ventas y donaciones, &c.

CAPITULO XXVIII.

De los perdones de injurias.

§. I.

1 El perdon *es un olvido ó remision de las injurias y daños recibidos para que el delinqüente no padezca pena por*

ellos. (*a*) La injuria *es deshonra que se hace ó dice á alguno en menosprecio suyo.* (*b*) Qualquiera persona capaz y mayor de diez años y medio puede injuriar, y aunque tenga ménos edad y esté demente, puede ser injuriado. (*c*)

2 Se comete la injuria por escrito, ó de palabra, ú obra, (*d*) como remedando á alguno, (*e*) persiguiendo con fin torpe é impúdico á mugeres casadas, viudas, ó solteras que viven honesta y recatadamente, (*f*) ó á alguna otra persona para matarla ó herirla: escupiendo á alguien de intento á la cara, rompiéndole los vestidos ó despojándole de ellos, conminándole con palo ú otra cosa para herirle, quitándole ó prendándole algo por deuda sin órden de Juez, encerrándole en alguna pieza, ó entrándole por fuerza en la casa. (*g*)

3 Las deshonras ó injurias son *graves ó atroces, y leves* segun la ley 20 tit. 9 Part. 7 cuyas son estas palabras. "E las que son graves, pueden ser conocidas en quatro maneras. La primera es: como quando la deshonra es mala, é fuerte en sí por razon del fecho tan solamente, assi como si aquel que recibió la deshonra, es ferido de cuchillo, ó de otra arma qualquier, de manera que de la ferida salga sangre, ó finque lisiado de algun miembro, ó si es apaleado, ó ferido de mano, ó de pie en su cuerpo abiltadamente (*con ignominia.*) La segunda manera porque puede ser conocida la deshonra por grave, es por razon del lugar del cuerpo, assí como si firiesse en el ojo, ó en la cara, ó por razon del lugar dó es fecha la deshonra, como quando deshonran á alguno de palabra ó de fecho delante del Rey, ó delante de alguno de los que han de poder de juzgar por él, ó en Concejo, ó en Iglesia, ó en otro lugar públicamente ante muchos. La tercera manera es, por razon de la persona que recibe la deshonra, assi como si es fecha á padre de su fixo, ó al abuelo de su nieto, ó al Señor de su vassallo, ó de su rapaz, ó de aquel que él aforró, (*dió libertad*) ó de aquel que él crió, ó al Juzgador de alguno de aquellos que él ha poder de apremiar, porque son de su jurisdiccion. La quarta es, por cantigas, ó por rimas, (*cantares ó versos*) ó por famoso

(*a*) Ley 1 tit. 32 P. 7. (*b*) Ley 1 tit. 9 P. 7. (*c*) Leyes 8 y 9 t. 9 P. 7. (*d*) Leyes 1 y 3 tit. 9 P. 7. (*e*) Ley 4 tit. 9 P. 7. (*f*) Ley 5 tit. 9 P. 7. (*g*) Ley 6 tit. 9 P. 7.

libelo que ome face en deshonra de otro." Las leves son todas las demas segun la misma ley, y de ninguna puede tomar satisfaccion por sí mismo el injuriado. (*a*)

4 Las palabras *gafo*, *sodomítico*, *herege*, *cornudo*, *traydor*, ó á muger casada *puta*, y otras semejantes son llamadas mayores, se tienen por muy ofensivas, y quien las dice á otro, debe desdecirse ante el Juez y hombres buenos, no siendo noble, y se le pueden imponer otras penas arbitrarias y pecuniarias. (*b*)

5 El Rey puede perdonar la pena del delito cometido, (*c*) y el injuriado solamente los perjuicios que le haya ocasionado; y aunque por lo que le toca, perdone la pena en causa grave, de nada sirve, porque el Fiscal Real pide de oficio por el bien público que se castigue al reo, y se hace justicia. (*d*)

6 Los delitos porque el reo incurre en pena de muerte, ú otra aflictiva, exceptuando el adulterio, pueden perdonarse por dinero, como se haga ántes de darse la sentencia; (*e*) y el marido ha de perdonar á ámbos adúlteros, pues así como le está prohibido acusar á uno solo viviendo los dos, (*f*) así tambien debe perdonar á los dos ó á ninguno. (1)

7 Tres cosas debe contener la escritura de perdon. La primera es que se relacione sucintamente la causa, su estado, ante qué Juez y Escribano pende, y si el reo está preso ó suelto. La segunda es que el injuriado renuncie las acciones civil y criminal que tiene contra el reo, pues si perdona la injuria simplemente, se entiende que el perdon se limita á la pena, y podrá pedir los daños é intereses, y para que no pueda, se ha de ordenar la cláusula en esta forma: " que renuncia ámbas acciones civil y criminal, y le perdona por

(*a*) Auto 2 t. 8 lib. 8 R. (*b*) Ley 2 t. 10 lib. 8 R. (*c*) Ley 1 tit. 9 P. 7. (*d*) Leyes 4 t. 10 y 10 tit. 24 lib. 8 R. (*e*) Ley 22 t. 1 P. 7. (*f*) Leyes 2 y 3 t. 20 lib. 8 R.

(1) Si el injuriado no intenta la acusacion, ó se aparta de ella ántes de la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada por precio que recibe del reo, no se le puede imponer pena corporal, á no ser que alguna circunstancia agrave mucho el delito, como sucede en el parricidio, asesinato y otros. Tampoco aprovecha la transaccion y se ha de imponer la pena ordinaria del crimen, si al deliqüente le ha remitido ya otro el ofendido ó el Soberano. Véase la ley 22 t. 1 P. 7 y la Curia Philip. P. 3 §. 9 núm. 10.

amor de Dios, y no por temor de que no se le hará justicia ni por otro motivo el delito cometido, con los daños que por él se le causaron y pueden causar en lo sucesivo, y los intereses: en cuya atencion suplica á S. M. le remita la pena y mande que no se proceda contra su persona ni bienes en manera ni tiempo alguno por dicha causa." (1) Y la tercera es que el injuriado dé por rota y cancelada la causa por lo que á sí toca, para que jamas obre el menor efecto contra el reo ni sus bienes: que se obligue á no revocar ni reclamar en todo ni en parte el perdon, ni pedir cosa alguna por razon del delito, al Juez de la causa ú otro competente; y si quisiere, se impondrá pena para que se le exija en caso de contravencion.

8 Si se dá dinero por el perdon en los casos en que se permite, se expresará, si es por razon de costas, si es para alimentar á la viuda, ó á sus hijos menores, para gastos de curacion, para hacer sufragios por el alma de alguno que fue muerto, ó por qué motivo; y si el que perdona es menor, ha de intervenir su curador, ha de hacerse informacion de serle mas útil perdonar al agresor que seguir la causa, ha de dar licencia el Juez de ella, y ha de insertarse todo en la escritura. La muger casada necesita permiso de su marido para perdonar. En algunas partes se estila pedir licencia al Juez de la causa para conceder el perdon y hacer juramento en este los que le conceden, aunque sean mayores de 25 años; pero lo cierto es que nada de esto se necesita para su validacion, así porque el Juez no puede obligar á nadie á que siga ó no la causa, ni impedirle que remita su ofensa, como porque ninguna ley lo manda ni previene.

9 El apartamiento de querella es un acto que se executa ante el Juez por pedimento ó por escritura. En él se aparta el actor de la queja dada contra el reo, y prosigue como el perdon, por ser lo mismo.

(1) Con perdonar la herida no es visto perdonar tambien la muerte que se siguió de ella y podrá acusarse, sino que la herida es manifiestamente mortal; si bien sobre este punto no estan conformes los AA. Curia Philip. P. 3 §. 8 n. 9

§. FINAL.

Escritura correspondiente á este capítulo.

ESCRITURA DE PERDON.

10 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco López vecino de ella, á quien doy fé, conozco = dixo: que en tal dia se querelló de Juan Moreno de la misma vecindad por tal causa, y pretendió que hecha informacion de su certeza y constando en bastante forma, se le pusiese preso y castigase con las penas correspondientes al delito en que habia incurrido: cuya querella le admitió quanto hubo lugar en derecho el Señor D. N. Corregidor de ella, proveyendo que diese la informacion que ofrecia, y que evacuada se llevase para proveer; y habiéndola dado y resultado reo, defirió ante mí á la prision, se le aseguró en tal dia en la Real cárcel de esta villa, se le tomó su declaracion y confesó el crimen cometido. En este estado intercedieron varias personas doctas y timoratas para que le perdonara y se apartase de dicha querella, á lo qual ha condescendido; y poniéndolo en execucion, en la forma que mas haya lugar en derecho y cerciorado del que le compete = Otorga: que por lo que á él toca, perdona á dicho Juan el expresado delito y la pena en que incurrió por este: á cuya conseqüencia renuncia desde ahora para siempre la accion civil y criminal que le compete: suplica á S. M. se sirva indultarle y remitirle dicha pena, mandando que por la mencionada injuria no se proceda contra su persona ni bienes en manera ni tiempo alguno: confiesa y declara que hace este perdon por amor de Dios y de su libre voluntad, no por temor de que no se le hará justicia ni por otro motivo: se obliga á no revocarle ni reclamarle en todo ni en parte, ni pedir cosa alguna por razon de la expresada ofensa; y si lo hiciese, quiere que no se le oyga judicial ni extrajudicialmente, y que ademas pueda compelérsele á satisfacer al reo los daños que se le causen por la contravencion, dando á este fin por rota y cancelada dicha causa para que no obre ningun efecto contra su persona ni bienes. Por tanto, al cumplimiento de lo expresado obliga todos los suyos, &c.

11 Las copias de las escrituras de perdon concedido graciosamente se sacarán en papel del sello segundo, y si se concede por dinero, en el que corresponda á la cantidad.

CAPÍTULO XXIX.

Del homenage.

§. I.

1 El homenage *es obligacion y servidumbre en que se constituye una persona libre por razon de bienes ú honor que recibe, ó por pacto que hace con otra persona superior ó igual sometiéndose á la pena de infidelidad é infamia sino la cumple.* (*a*) Qualquiera, sea ó no caballero hijodalgo, puede hacer pleyto homenage, y se practica regularmente, quando se jura algun Soberano, ó encarga á alguno la custodia de castillo ó fortaleza, y en otros casos que suelen ocurrir entre personas privadas, así por vasallage ó conservar amistad como por cumplir algun contrato. Este acto se reduce á una palabra y promesa jurada de executar con toda fidelidad lo que se encomienda, y se hace en manos de un caballero hijodalgo, ó de Juez que tenga jurisdiccion ordinaria, (*b*) y el infractor incurre en la pena de infamia. (*c*)

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo

PLEYTO HOMENAGE.

2 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Francisco de Andrade Caballero Hijodalgo vecino de dicha villa estando en presencia del Señor Don N. Corregidor de ella, dixo: que S. M. (que Dios guarde) le nombró por Alcayde de tal fortaleza y mandó que ántes de tomar posesion hiciese pleyto homenage, segun cor-

(*a*) Diccion. de la lengua castell. palab. Homenage. Ley 4 t. 25 P. 4.
(*b*) Leyes 6 y 7 t. 18 P. 2 y 4 t. 26 P. 4. (*c*) Ley 4 t. 6 P. 7.

responde, como consta de su Real cédula y título despachado en tal parte á tantos, &c. y en su cumplimiento requirió con ella á dicho Señor Corregidor, quien usando de la comision que se le confiere, tomó con sus manos las del otorgante, y teniéndolas este juntas, baxo de juramento que hizo por Dios nuestro Señor en forma solemne segun fuero de estos reynos, prometió una, dos, tres veces y las demas necesarias por derecho guardar y defender la referida fortaleza en paz y en guerra todo el tiempo que esté á su cuidado, morir por su defensa, ser fiel y leal á S. M. como buen vasallo, y cumplir exâcta y puntualmente sus Reales órdenes sin oposicion, y todo quanto debe como Caballero Hijodalgo, pena de incurrir en las impuestas por disposiciones legales y demas arbitrarias contra los infractores del pleyto homenage; y de haberlo prometido y jurado, así lo pidió por testimonio, y firma con dicho Señor Corregidor, á quienes, doy fé, conozco, siendo testigos N. N. y N. vecinos de esta villa.

3 Algunos suelen fundar mayorazgos con la condicion de que el poseedor esté obligado á hacer pleyto homenage en manos de un Caballero Hijodalgo ántes de tomar posesion de ellos; y en este caso ha de prometerse con juramento observar ó cumplir exâctamente todas las condiciones con que el mayorazgo está fundado sin alterarlas, tergiversarlas, interpretarlas, ni oponerse á ellas con pretexto alguno, aunque tenga causa legítima para ello, pena de incurrir en las impuestas por derecho contra los que no cumplen el pleyto homenage.

Homenage en jura de Soberano.

4 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Antonio de tal Conde de, &c. dixo: ha llegado á su noticia que el Rey nuestro Señor (que Dios guarde) ha mandado celebrar cortes y convocar á las ciudades y villas que tienen voto, á los Grandes y Títulos de Castilla para jurar por Príncipe de Asturias al Serenísimo Señor Don F. de Borbon, hijo primogénito de S. M. y mediante á que no puede concurrir personalmente por los achaques habituales que padece, á tan debido como solemne acto, cumpliendo desde luego en la forma posible con la obligacion en que está constituido = Otorga por sí, y por sus hijos,

herederos y sucesores que reconoce al expresado Serenísimo Señor Don F. de Borbon hijo primogénito de S. M. por Príncipe de Asturias, y como tal por inmediato sucesor á estos reynos de Castilla, Leon, Aragon, &c. y demas agregados y pertenecientes á ellos, y para despues de los dias de la vida de S. M. que Dios dilate muchos años, por Rey y legítimo Señor de estos estados: á cuya conseqüencia desde ahora para entónces le rinde la obediencia, reverencia, fidelidad y vasallage que como buen súbdito y leal vasallo está obigado á rendir y guardar á su Príncipe, Rey y Señor natural: promete cumplir con la mayor puntualidad todas las órdenes que le dé, y quanto sea de su Real servicio: jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma legal, y por los Santos Evangelios que estan en un misal abierto en que puso sus manos, no oponerse á ello con ningun pretexto ni motivo; y si lo hiciese, quiere incurrir en las penas impuestas por nuestras leyes contra los traydores é infractores de los juramentos, y castigado como tal. Por tanto, para mayor seguridad de lo que promete, en la forma que mas haya lugar en derecho, hace fé y pleyto homenage una, dos, tres veces y las demas que se requieran, en manos del Señor Don Antonio de tal, Caballero Hijodalgo (*se expresará su empleo ó dignidad*) segun fuero de estos reynos, de observar exácta é inviolablemente todo lo que ha prometido y jurado sin faltar en cosa alguna ni en lo demas que como Caballero Hijodalgo está obligado á practicar en servicio de su Rey y Señor natural; y si contraviniese á esto, se dá desde ahora por incurso en las referidas penas, y en las demas en que incurren los transgresores de los pleytos homenages hechos á su Príncipe Soberano: en cuya atencion el expresado Señor Don Antonio aceptó dicho juramento y pleyto homenage en nombre del Serenísimo Señor Don F. Príncipe de Asturias y legítimo sucesor de estos reynos, despues de lo qual ámbos otorgantes pidieron testimonio de todo lo expuesto; y yo el infrascripto Escribano doy fé de haberlo presenciado y de que conozco á los Señores otorgantes que lo firman siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

5 Las copias de las escrituras de pleyto homenage sin embargo de no ser otra cosa que un juramento y promesa de fidelidad en que se interesa el honor, se sacarán en papel del sello segundo.

CAPÍTULO XXX.

Del acto para dar hábito militar.

§. I.

1 La compañía de hombres nobles destinados para la defensa de la patria se llamaba antiguamente *caballería*, y en latin se llama *militia* que quiere decir compañía de hombres duros, fuertes y escogidos para superar y tolerar trabajos por el bien del estado. Tomó posesion este nombre del número *mil*, porque se escogia de mil uno para armarle Caballero, y así como el que anda á caballo, va mas condecorado que el de á pie y que el que cabalga en otra bestia, así tambien los escogidos para Caballeros son mas honrados que los demas, y por esto se les dió el nombre de caballería, y no solamente por andar á caballo. (*a*)

2 De las virtudes, circunstancias y propiedades que deben adornar á los Caballeros, tratan varias leyes del tit. 21 Part. 2 á que me remito, y solo diré que ninguno que no sea Caballero, puede armar Caballero á otro. (*b*) En España el Rey como Gran Maestre de la insigne Orden del Toyson, de la Real y distinguida de Cárlos Tercero, y de las quatro ménos insignes, que son las de Santiago, Calatrava, Alcántara y Montesa, y tambien la Reyna y no otro pueden armar Caballeros sin las ceremonias que previenen las leyes de Partida; (*c*) pero lo que regularmente se practica es cometer el Rey el acto á Comendador de la órden librando para ello su Real provision. Quien haya de serlo de qualquiera de las seis, debe probar hidalguía y limpieza de sangre.

3 Antes que se estableciesen, segun hoy lo estan, las quatro Ordenes Militares ó de caballería, se elegian para Caballeros hombres esforzados y animosos, quales eran carpinteros, herreros, pedreros, carniceros y otros que por estar acostumbrados al trabajo corporal, pudiesen tolerar los grandes que se padecen en la guerra, y combatiesen sin pie-

(*a*) Ley 1 tit. 21 P. 2. (*b*) Ley 11 tit. 21 P. 2. (*c*) Ley 6 tit. 1 lib. 6 Rec.

dad contra los enemigos de la religion y de la patria. Pero por haber bastardeado y degenerado algunos siendo infieles y cobardes, se les excluyó con sus hijos y nietos del honor de la caballería, y los estatutos de las Ordenes substituyeron sugetos de mejor crianza y mas pundonor natural que intitularon de buen linage: (a) de modo que aunque los pretendientes á los hábitos fuesen nobles, valientes, leales, beneméritos y virtuosos, les obstaba para su obtencion el oficio de sus progenitores. Con los artesanos ó menestrales parificaban y excluian del goce de esta distincion civil los estatutos de las Ordenes á los hijos de los Escribanos, de cuya exclusion nunca he podido penetrar el motivo ni fundamento. No se puede atribuir á infidelidad ó cobardía, puesto que no iban á la guerra; como ni tampoco al exercicio de escribir, porque es liberal y decente, y si fuera incompatible y un obstáculo legítimo para obtener la condecoracion de individuos de las Ordenes, no estarian cruzados muchos que viven de él por el sueldo ó salario que les dan. Si miramos el fin ú objeto del oficio, es la fé pública, la verdad y la justicia: si las qualidades que deben acreditar para ser admitidos á su uso, son las mas apreciables que se pueden apetecer; y los hábitos se establecieron para premiar la virtud y mérito personal de los sugetos, que es á lo que se debe atender, como Dios lo hace y nos manda, y no á su cuna ó nacimiento solamente que es lo accidental, ni al oficio ó exercicio de sus mayores, aun quando en lo político y civil esté conceptuado por cosa alta ó baxa, porque esto es aereo y un poco de humo, y la verdadera nobleza y distincion son la virtud y buen proceder; y si miramos á que ha habido y hay algunos malos, tampoco debe servir esto de impedimento, porque en todos estados, clases y profesiones los hay, como lo experimentamos, y su iniquidad no debe perjudicar á los buenos. Me persuado provendria dicha exclusion de que en lo antiguo los que llamaban Escribanos, no eran mas que unos fieles de fechos elegidos por los pueblos para que por cierto salario anual que les daban, los sirviesen en escribir y extender los acuerdos y otras cosas tocantes á los concejos, sin te-

(a) Ley 2 tit. 21 P. 2.

ner otra autoridad ni hacer ningun estudio ni pruebas para ser electos, por lo qual aunque no son esclavos, los llaman las leyes (*a*) como siervos ó sirvientes de los mismos pueblos; y de que por esta razon han confundido estos con los que son miembros de justicia y de la república, y tales que su autoridad corrobora lo que mandan los Jueces y contratan los particulares: que tienen título, aprobacion y autoridad pública y Real como Notarios Reales: que no pueden estar asalariados, (*b*) y deben ser libres, legítimos y hábiles, y hacer constar para ser admitidos á sus oficios las demas apreciables circunstancias que nuestras leyes ordenan, y se han especificado en el prólogo, por depositarse en ellos la fé pública, y depender en mucha parte de su buen ó mal proceder la vida, el honor y los intereses de los demas ciudadanos. Semejante equivocacion dió motivo á que un Capitan hijo de un Escribano de Cámara y de nacimiento ilustre, se quejase á S. M. quien hecho cargo de la injusticia y agrávio que se le hacia, y procurando abolir y extirpar el ciego fanatismo, la alucinacion y preocupacion con que en esta y otras materias han estado infatuados algunos de nuestros mayores, y aun hoy lo estan muchos mentecatos y vanos, dignos del mayor desprecio; comunicó al Real Consejo de las Ordenes el decreto y declaracion siguiente: "He tenido presente lo que el Consejo me consultó en 23 de diciembre del año próximo en razon del motivo que habia tenido para no publicar la aprobacion de las informaciones de un hijo de Escribano de Cámara de la Chancillería de Granada. Tambien he visto lo que el Consejo me hizo presente en consulta de 28 de mayo de este año, proponiendo las dudas que se le habian ofrecido acerca de mi resolucion á su citada anterior consulta. Y usando de mi soberana autoridad temporal, de las facultades que me ha concedido la santidad del Papa reynante Pio Sexto para este caso y declaracion, y de las demas que me competen como á Gran Maestre de las Ordenes Militares: declaro que no obsta, ni debe obstar para la obtencion de los hábitos de dichas Ordenes, sin embargo de quanto enuncian y expresan sus estatutos, la calidad de Es-

(*a*) Ley 17 al fin tit. 2 P. 3 y 7 al fin tit. 11 P 5. (*b*) Ley 8 tit. 25 lib. 4 R.

cribanos, sea de la clase que fuere, en los padres ó ascendientes del pretendiente, y mucho ménos la de Escribano de Cámara de mis consejos, chancillerías y demas tribunales superiores por la confianza y distincion de sus empleos, y por lo que conviene honrar la fé pública en todos, para que no se desdeñe la nobleza de unos oficios de que en mucha parte dependen el honor, la vida y los intereses de los vasallos. Y así es mi voluntad que proceda el Consejo á la aprobacion absoluta de los procesos de pruebas de los sugetos en quienes concurran las expresadas circunstancias, siempre que se hallen adornados de las demas de limpieza y nobleza que se requieren: que publique la aprobacion de las pruebas del Capitan Don Felipe Villavicencio; y que se le expida el título ó despacho correspondiente en la forma regular y de estilo, no haciéndose mencion en él del empleo de su padre que hasta ahora se ha tenido por defecto, sin embargo de no hallarse literalmente expresado en los estatutos de las Ordenes Militares. Tendráse entendido en el Consejo de las Ordenes para su cumplimiento. En San Ildefonso 7 de octubre de 1785." De los requisitos y ceremonias para armar Caballeros trata la ley 14 tit. 21 P. 2, y de ellas se instruirá el Escribano por el acto que extenderé.

§. FINAL.

De las escrituras correspondientes á este capítulo.

ACTO PARA DAR HÁBITO MILITAR.

4 Estando en la iglesia del convento de tal órden de caballería de esta ciudad de tal á tantos de tal mes y año por ante mí el Escribano y testigos que se nombrarán, Don Antonio de tal vecino de tal parte requirió al Señor Don Francisco de tal Comendador de dicha órden con una Real cédula y provision firmada de S. M., y refrendada de D. F. su Secretario, su data en el Real sitio de tal á tantos de tal mes de este año, cuyo contenido á la letra es el siguiente. (*En §. aparte la provision.*)

Y habiendo visto la Real provision inserta el expresado Señor Comendador á quien viene cometida, la tomó en

sus manos, besó y puso sobre su cabeza descubierta, y enterado de quanto contiene, dixo: que la obedece con el respeto debido como carta de su Rey y Señor natural, y que está pronto á cumplir quanto se le manda en ella; é incontinente se acercaron los dos y otros caballeros de la misma órden que estaban presentes, al altar mayor de dicha iglesia, de los quales dicho Don Antonio eligió por padrinos á Don Pedro y Don Jayme de tal, y cumpliendo el Señor Comendador con lo prevenido en la citada Real cédula armó Caballero al mencionado Don Antonio segun la costumbre de estos reynos en la forma siguiente: mandó á sus padrinos que le ciñesen la espada y le calzasen cada uno una espuela dorada, y habiéndolo hecho, sacó el expresado Don Antonio la espada de la vayna, y entónces le preguntó tres veces el Señor Comendador: *Si queria ser Caballero*, y respondió: *sí quiero*. Despues le recibió juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz, y por los Santos Evangelios que estaban en un misal abierto, sobre los quales puso sus manos, y baxo de él prometió morir por la defensa de nuestra Santa Fé Católica, por la de su Rey y Señor natural, y por la de su patria; y en vista de esta promesa el dicho Señor Comendador tomó la espada del referido Don Antonio, le tocó con ella en la cabeza diciendo tres veces: *Dios os haga buen Caballero, y dexe cumplir lo que habeis prometido y jurado*; y se la puso en la cinta. Luego los Caballeros padrinos y otros de la misma órden que presenciaron el acto, se pusieron sus mantos de sarga blanca con la cruz de su hábito, y el Señor Comendador puso otro igual á dicho Don Antonio, á quien estando este hincado de rodillas sobre una almohada de terçiopelo carmesí le manifestó un libro abierto en que estan escritos los estatutos de su órden, y le hizo varias amonestaciones sobre su observancia; y habiendo ofrecido cumplirlo todo inviolablemente le echó su bendicion, y el expresado Don Antonio le pidió por testimonio y firma con el Señor Comendador, á quienes, doy fé, conozco, siendo testigos F. F. y F. &c. (*El acto para dar hábito militar se ha de escribir en papel del sello primero.*)

5 Lo que se ha dicho acerca del papel sellado que se re-

quiere en las copias de todas las escrituras extendidas en esta obra, se ha de entender del primer pliego, pues en el intermedio ha de ser comun, á ménos que sean muy dilatadas y voluminosas, en cuyo caso, como no caben en un quadernillo, se han de finalizar en otro pliego del mismo sello que el primero, ha de signarlas en él el Escribano, y colocarle al principio ó medio del último quadernillo, segun el parage en donde se ha de poner el signo y firma; pero si caben en un quadernillo, aunque sea algo abultado, puede signar en papel blanco, y basta el primer pliego sellado que los abrace á todos. En los protocolos no ha de haber papel comun sino todo sellado del sello quarto mayor y pliegos enteros, y baxo de un sello no puede ni debe extenderse mas que un instrumento, aunque quepa en una plana. Al pie ó márgen del protocolo debe dar fé el Escribano, expresando en qué papel dió la copia ó copias, y tambien en la subscripcion de ellas, bien que en esta es superfluo; y no cumpliéndolo todo así, incurre en la pena de cien mil maravedís y privacion de oficio por la primera vez, y por la segunda, en la de los falsarios; mas en los testimonios por concuerda, ó traslados que saque de las copias originales, basta el primer pliego del sello quarto, como se practica, aunque lo mas seguro es que se den en el que corresponde á la calidad y cantidad del contrato por la razon expresada en la nota puesta al fin del cap. 23, y si fueren voluminosos, se observará lo prevenido arriba. Sin esta solemnidad léjos de hacer fé judicial ni extrajudicialmente los instrumentos, ni de adquirir en su virtud derecho alguno los interesados en ellos, pierden el que podian tener, é incurre en otras penas pecuniarias el Escribano segun la ley 45 tit. 25 lib. 4 R.

CAPÍTULO XXXI Y FINAL.

De los instrumentos públicos y de las prohibiciones á los Escribanos.

§. I.

De los instrumentos públicos.

1 Este vocablo ó palabra *Escribano* se deriva de la latina *Scriba* que en lo antiguo se entendia á veces por el Prefecto ó Gobernador de una plaza de armas que pasaba revista á las tropas de su guarnicion, y á veces por un sugeto de gran confianza destinado á escribir las cosas secretas é importantes al estado. Segun las sagradas letras los *Escribas* eran hombres muy sabios, y los Doctores y Maestros de la ley mòsayca ó escrita; (*a*) y segun nuestro derecho Real es hombre que sabe escribir, como lo dice una ley de Partida (*b*) que distingue dos clases de Escribanos: una de los que escriben y sellan las cartas y privilegios Reales, á quienes llama de la corte del Rey; y otra (que es de la que voy á tratar) de los Escribanos públicos de las ciudades, villas y lugares del reyno. (*c*) Estos son los que no solo saben escribir, sino tambien los que exercen el arte de escribanía que es oficio honorífico con autoridad pública y Real concedida por el Soberano, para que en juicio y fuera de él sea creido lo que testifiquen. Tambien se les llama *Secretarios* y *Notarios*: Secretarios, porque su oficio les obliga á guardar secreto en todo lo concerniente á él, y á la utilidad del Rey y su reyno, que esto quiere decir la palabra *Secretario*, por lo que con propiedad se les da este título; (*d*) y Notarios, por las notas, ó minutas que toman de lo que las partes tratan á su presencia para ordenar los instrumentos con ar-

(*a*) Matt. cap. 12 v. 35. Marc. cap. 12 v. 28. Calm. in Diction. Biblic. (*b*) La 1 tit. 19 P. 3 al princip. *Escribano tanto quiere decir como omē que es sabidor de escrevir.* (*c*) Leyes del tit. 19 P. 3 y 3 tit. 8 lib. 1 del Fuero Real. (*d*) Leyes 8 tit. 9 P. 2, y 2 y 5 tit. 19 P. 3.

reglo á su convenio y á derecho. (*a*) El oficio de Notario era entre los Romanos de la mayor confianza y honor, y venia á ser un Secretario que notaba ó escribia todo quanto hablaban los Padres conscriptos, ó recitaban los Abogados en el senado; lo qual hacian con tal velocidad que admiraba á los mismos Romanos; (*b*) y en el título se da tambien á los Escribanos el nombre de Notarios de los reynos, ó Reales.

2 Así como á los Escribanos públicos se dan tres nombres, así tambien se dan al instrumento otros tres que son los de, *auténtico*, *público y privado*. El auténtico es el que firman y sellan el Rey, los Arzobispos, Obispos, Prelados, Duques, Condes, Marqueses, Maestres de las Ordenes Militares y otros grandes Señores, y los Cabildos, Universidades y Concejos. Se llama así, porque está corroborado por el mismo que le hizo, y contiene hecho suyo privativo, y porque por él y no por un tercero tiene autoridad cierta é indubitada; (*c*) pues esta palabra auténtico es adjetivo, y trae su etimología de la griega *autentes* y de la latina *autenta* que significa autor de alguna cosa. Tambien se llama auténtico lo que está comprobado por la autoridad de muchos, (*d*) lo que se halla en archivo público y lo demas que refiere Gregorio López. (*e*) Este instrumento prueba contra el que le mandó sellar, si le reconoce, mas no á su favor. (*f*) El instrumento público es el que autorizan los Escribanos de los pueblos, y contiene hechos y cosas agenas que pasan á su presencia; y ámbos hacen fé y plena probanza en quanto á su contenido, (*g*) como asimismo el que autoriza el Escribano de cabildo ó concejo, (que es propiamente fiel de fechos, si es nombrado por este y no tiene título Real) en las cosas concernientes á él; (*h*) bien que hoy á entrambos llaman vulgarmente auténticos. Del privado se tratará en la segunda parte. (*i*)

3 Para que haga fé el instrumento público otorgado en estos reynos de Castilla, han de concurrir en él, á mas

(*a*) Ley 9 tit. 19 P. 3. (*b*) Ausonio en el epigrama 138. (*c*) Covarr. Pract. Quæst. cap. 19 n. 1. (*d*) Rubiños in Diccionar. litt. A ante U. (*e*) Glos. 1 de la ley 1 tit. 18 P. 3. (*f*) Véase la ley 114 tit. 18 P. 3 y sus diez glosas primeras. (*g*) Leyes 1 y 114 tit. 18 P. 3. (*h*) Ley única. tit. 16 lib. 4 R. (*i*) Lib. 3 cap. 1 §. 2.

de otras circunstancias dichas repetidas veces, las siguientes. La primera es que se otorgue ante el Escribano de Número del pueblo y no ante los Escribanos Reales, porque se le defraudan sus derechos, sino es que sea para su protocolo con su consentimiento, ó por su ausencia, ó impedimento, ó donde no hay Numerario, ó en la corte y chancillerías, (y lo propio milita en los Sitios Reales, pues donde está el Rey es y se llama corte) ó en aquellas cosas para que se les dipute y estan permitidas, (*a*) de que haré mencion adelante. La segunda es que se haga en registro ó protocolo de pliego entero del sello quarto, (sea suelto cada pliego, segun se estila en esta corte, ó metido uno en otro por quadernos, pues la ley no dice mas que pliego entero) y que saquen de él las copias literal y fielmente en el papel sellado que nuestras leyes prescriben para cada contrato ó instrumento segun su calidad y cantidad. (*b*) La tercera es que al principio ó fin del instrumento (puesto que la ley no distingue) se expresen el dia, mes, año y lugar ó pueblo en que se otorga, los nombres y apellidos de los contrayentes, y de los testigos que presencien su otorgamiento ó publicacion, y la vecindad de unos y otros; pero no es preciso que se especifique el lugar, sitio, ó parage del pueblo, porque la ley no lo manda, y ántes bien habla disyuntivamente con decir: *ó el lugar, ó casa donde se otorgan*; aunque lo que abunda no daña. La quarta es que le firmen los otorgantes, y si no saben, ó no pueden, uno de los testigos instrumentales á ruego suyo y no otro, diciendo al fin del mismo instrumento que un testigo firmará por ellos á causa de no saber, ó no poder, y expresando el motivo de su imposibilidad; pero aunque los otorgantes sean muchos y ninguno sepa firmar, no es necesario que cada testigo firme por cada uno, porque la ley no lo manda, y basta que uno firme por todos, excepto en el testamento y codicilo cerrados, segun se practica. La quinta es que ántes de las firmas se saquen y salven las enmiendas, adiciones, testaduras y entrerenglonaduras que tenga, como lo manda la ley, pa-

(*a*) Leyes 26 tit. 6 lib. 3, 1 tit. 25 lib. 4 y 34 tit. 18 lib. 6 R. (*b*) Leyes 13, 44 y 45 tit. 25 lib. 4 R.

ra evitar toda sospecha de fraude, pues no haciéndose así se le debe hacer cargo al Escribano en la visita. La sexta es que firme el instrumento, ó le autorice, y selle ó signe el Escribano, y dé fé de que conoce al otorgante; y no conociéndole, que depongan con juramento de su conocimiento dos de los testigos instrumentales expresando ser el mismo que se dice, y de aquel nombre y apellido sin fraude; y que firmen tambien el instrumento por esta razon: (*a*) á los quales, ó por lo ménos á uno debe conocer y en este caso dar fé de su conocimiento; pues quando conoce al otorgante, no necesita darla de ellos ni conocerlos, porque la ley no lo manda. Exceptúase el caso en que la persona á cuyo favor se formaliza el instrumento, se da por satisfecha del conocimiento del otro contrayente, y le firma igualmente, ó un testigo por él sino sabe; pues la fé del conocimiento se estableció en beneficio suyo con la mira de evitar engaños y perjuicios, y así se practica; bien que aunque falten la fé y la deposicion de los testigos, ó la dispensa de esto del otorgante, no se anulará el instrumento, y solo podrá imponerse pena arbitraria y pecuniaria al Escribano, por no cumplir con la ley, pues esta no le invalida, ni le impone ninguna, aunque basta que se lo prohiba para que no lo haga. (*b*) Pero le advierto que sino conoce á ninguno de los otorgantes, no ha de suponer ni afirmar que tienen los nombres que dicen tener, sino decir que expresaron llamarse así, lo qual es muy diverso, y de esta suerte no se le podrá argüir de que dió á entender que los conocia. Lo mismo ha de practicar en el exámen de testigos, quando no los conoce. Tambien se le puede exigir pena arbitraria y mucho mayor por no autorizar el instrumento, pues por este defecto y omision no es, ni se le tiene por público sino por privado, ni de él se puede dar copia que pruebe en juicio; y si el Escribano ha muerto, necesitan probar su contenido por otro medio los interesados, á quienes este punible descuido ó malicia ocasiona gravísimos daños que deben resarcirles los herederos del Escribano. La séptima es que este signe todas las escrituras, porque el sig-

(*a*) Leyes 54 y 114 tit. 18 P. 3, y 13, 14 y 45 tit. 25 lib. 4 R. (*b*) Cur. Philip. part. 1 §. 17 n. 30.

no ó sello es el carácter Real que las corrobora. Y la octava circunstancia es que el instrumento no esté roto ó cancelado en parte substancial, como son los nombres y apellidos de los otorgantes, del Escribano y de los testigos, las firmas, signo, cosa, cantidad, plazos, pactos, fecha y lugar de su otorgamiento; pues si lo está así, ó en abreviatura, y no puede tomarse el verdadero sentido de su contesto, ó aun quando se entienda, si está enmendado, ó testado, y no salvado sin sospecha ántes de las firmas, ó se ha puesto nombre, cantidad ó fecha por guarismo, ó con letras iniciales, v. gr. A por Alonso, C por ciento, no hará fé. (*a*) Esta forma y solemnidad debe observar exâcta y puntualmente el Escribano para que no se le haga cargo, quando se le visite, ni el instrumento se anule con perjuicio de los contrayentes, quienes no la pueden remitir ni renunciar, porque á todos está prohibido inmutar y alterar lo dispuesto por derecho; (*b*) bien que si el instrumento contiene diversos capítulos, y alguno de ellos está viciado, no se viciarán por él los demas, porque en lo divisible no se vicia lo útil por lo inútil; y quando alguno está obscuro y confuso, si por otro se puede percibir su verdadero sentido, deberá observarse. (*c*)

4 Por lo tocante á si el instrumento se podrá extender en latin, francés, ó en otro idioma fuera del castellano, punto que no he visto tratado en ninguna ley ni autor, soy de parecer que el protocolo ha de extenderse en el idioma vulgar, aunque el Escribano posea el de los otorgantes; pues como instrumento público que se otorga ante testigos, debe leerse ante estos así para deponer de su contenido en caso de duda, como para obviar siniestras ó infundadas interpretaciones; y aun quando los testigos posean el propio idioma, deberá hacerse lo mismo, porque de lo contrario se le hará traducir al Escribano al tiempo de la visita. Ademas un instrumento público como tal debe estar escrito en el idioma que usa el comun del pueblo ó provincia en que se formaliza, y así no obstante que los Jueces literatos y los Abogados poseen el latin, hacen que los instrumentos lati-

(*a*) Leyes 111 tit. 18, y 7 y 12 tit. 19 P. 3, y 3 y 13 tit. 25 lib. 4 Rec. Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 2 §. 1 lim. 8 nn. 60 y 61. (*b*) Ley 32 tit. 9 P. 6. (*c*) Góm. ley 45 de Toro n. 14. Escob. de Puritat. part. 1 q. 15 §. 1 nn. 20 y 21. Parlad. lim. 8 cit. n. 63.

nos se traduzcan al vulgar, como diariamente lo vemos. Lo propio se ha de observar con los documentos que se insertan en los instrumentos, para evitar el gasto de traducirlos á costa del Escribano, si los Visitadores no los entienden; bien que aquel puede sacar copia testimoniada traducida para ponerla en ellos, si posee el idioma y no hay traductor público que lo haga. Pero en órden á las copias no hay inconveniente en que el Escribano las dé traducidas en otro idioma que entienda, porque como los instrumentos estan otorgados debidamente, y el Escribano en la copia no hace mas que dar fé de que concuerda con el protocolo, sin que haya necesidad de testigos que lo depongan, por ser acto privativo suyo, se ha de estar á su fé, miéntras no se pruebe lo contrario, así como en los protestos de cambios que se copian en el idioma en que se hallan, no hay mas testigos ni solemnidad que la fé del Escribano, por ser unos meros testimonios que no requieren otra.

5 En quanto á los testigos que deben presenciar el otorgamiento de los contratos para evitar toda sospecha de falsedad, y corroborarlos juntamente con la fé del Escribano, dice una ley de Partida (*a*) que concurran tres, ó dos Escribanos por ellos, y que escriban sus nombres en el instrumento, que es lo mismo que firmarle; pero tocante á que sean Escribanos públicos, solo se practica en Sevilla, y no todos los testigos firman el instrumento, aunque el otorgante no sepa, ó no pueda escribir, y solo uno en este caso firma por él con arreglo á la ley recopilada que es posterior á las de Partida, lo qual está recibido en los tribunales, sin que por ello se objete el menor óbice á la fé del Escribano ni al contrato. Y aunque segun otras leyes posteriores de Partida (*b*) son suficientes dos, lo mejor es que se hallen tres presentes, como se practica, y sobre todo se estará á la costumbre de la provincia; si bien lo que abunda no daña, y de consiguiente por hallarse presentes mas testigos y firmar todos el instrumento no se anulará. (*c*)

6 Estos testigos deben ser precisamente varones hábiles para testificar, y no locos, ciegos, mudos, sordos del todo,

(*a*) La 54 tit. 18 P. 3. (*b*) Las 111, 114 y 119 tit. 18 P. 3. (*c*) Véase á Covar. pract. quæst. cap. 20 n. 4.

ni otros con defecto legal. Tambien han de ser mayores de 14 años, ó por lo ménos han de haber entrado en ellos, (a) y siendo menores de esta edad no los debe admitir el Escribano. La muger, aunque puede ser testigo en todo excepto en testamento ú otra última disposicion, (b) no se la admite por tal en los contratos. Pero no es preciso que los testigos sean vecinos del pueblo en que se otorga el instrumento, porque ninguna ley lo manda sino hablando de los que han de serlo en el testamento nuncupativo, ni concurren para ello los motivos que para este; bien que debe expresarse de donde lo son, para que testifiquen acerca de él, si se dudase de su otorgamiento. Los Religiosos profesos pueden ser testigos de qualquier instrumento, disposicion testamentaria y acto civil, porque ninguna ley Real, civil, ni canónica se lo prohibe: lo qual se entiende aun en el caso de que no tengan licencia de sus Prelados, pues para lo que la necesitan, es para testar, tratar y deponer en juicio lo que pasó ante ellos, mas no para presenciar como testigos los instrumentos; y la licencia para aquello ha de estar firmada de su Superior, sellada con el sello de su religion, y refrendada de su Secretario, ó dada ante Escribano por instrumento público, é insertarse en el que se otorgue en su virtud para documentarle, sin cuyos requisitos no debe admitirla el Escribano, porque no es auténtica ni de consiguiente merece crédito.

7 No hace fé el instrumento que autoriza el Escribano excomulgado públicamente. (c). Tampoco la hace el que se otorga ante un Escribano á favor suyo ó de su muger, padre, madre, hijo, hermano, yerno, suegro y de otros parientes hasta el quarto grado, porque es sospechoso; pero el que se otorga ante él contra ellos ó contra sí mismo, la hace, (d) como tambien el que autoriza como apoderado de alguno á favor de otro, observando en su extension y otorgamiento la solemnidad y formalidad prescriptas por derecho sin faltar cosa alguna, y haciendo protocolo: en cuyo irrefragable supuesto puede otorgar su testamento y codicilo, ventas, trueques, donaciones, obligaciones y demas

(a) Ley 9 tit. 16 P. 3. (b) Leyes 17 tit. 16 P. 3, y 1 y 9 tit. 1 P. 6. (c) Ley 117 del Estilo. Parlad. lib. 2 Rer. quot. cap. 20 n. 24. (d) Parlad. lug. cit. n. 23. Greg. Lóp. ley 3 tit. 19 P. 3 glos. 6. Pareja de Edition. instrum. tit. 5 resolut. 1 n. 17.

contratos á favor de un tercero, y como apoderado substituir el poder, y formalizar los instrumentos para los que se le conceda facultad en él sin necesidad de valerse de otro Escribano. La razon es, porque en este residen dos personalidades compatibles, una pública y otra privada, y aunque son realmente distintas, puede usar de ámbas en un propio acto, no siendo á favor suyo ni de los expresados, al modo que puede hacer de Juez y Escribano con comision, segun se practica.

8 Tampoco hace fé ni trae aparejada execucion el que no está signado por el Escribano ante quien se otorga, aunque le firme, porque el signo es el sello ó carácter Real que le corrobora y da autoridad pública, y es de esencia del instrumento para que la haga y sea creido; en cuya atencion está mandado que los Escribanos signen cada año los registros que hicieren en él, pena de suspension de oficio por uno y diez mil maravedís. (*a*) Confirma esto mismo el título que se les expide, en el que dice S. M. "Y mando que todos los poderes, ventas, censos, compromisos, transacciones, testamentos, codicilos, obligaciones y otras qualesquiera escrituras que ante vos pasaren y se otorgaren, á que fueredes presente, y en que fuere puesto el dia, mes, año y lugar donde se otorgaren, y los testigos que á ello se hallaren presentes, y vuestro signo tal como este que yo os doy, de que mando useis como tal mi Escribano, valgan, y hagan fé judicial y extrajudicialmente, &c." Mas los fieles de fechos que eligen los concejos, como no tienen título ni autoridad Real, no pueden signar como tales; (*b*) y los Escribanos de Cámara del Consejo, chancillerías y audiencias Reales certifican, y no dan fé, ni signan los despachos ni certificaciones.

9 El Escribano que tomó la nota, razon ó minuta del instrumento, no debe cometer ni delegar en otro su extension ni complemento, (*b*) ni tampoco confiar á su amanuense la toma de ella, sino tomarla por sí para cerciorarse de la voluntad y convenio de los contrayentes, y extenderle con arreglo á ella.

(*a*) Leyes 54 tit. 18 P. 3, y 12 y 13 tit. 25 lib. 4 R. Parlad. lib. y cap. cit. nn. 21 y sig. y cap. fin. part. 1 cap. 12 limit. 2 nn. 21, 22 y 23. (*b*) Ley 3 tit. 19 P. 3 y su glos. 7. (*c*) Covarr. Pract. quest. cap. 21 n. 1.

10 Nunca debe el Escribano variar de signo, ni mudar la forma de la firma que echó al tiempo de su aprobacion, sin expresa facultad Real, porque no es suyo sino del Rey que se le dió, y en virtud de cuya concesion exerce autoridad pública. De lo contrario debe ser reprehendido y resarcir á los interesados los daños que se les causen; pues el instrumento no merece fé, por no poderse comprobar en caso de dudarse, si es ó no suyo, ni se reputará por público sino por privado.

11 Aunque el Escribano tenga título honorario de Secretario del Rey, debe signar los instrumentos y testimonios que pasen ante él como Escribano, porque como mero Secretario carece de facultades para autorizar instrumentos públicos. (*a*) Debe advertirse esto con tanto mas motivo que es demasiada la necedad y vanidad de los que sabiéndolo ó debiendo saberlo, y mandándoseles en el título que los signen, los firman solamente desdeñándose al parecer de usar del sello que el Rey les dió, y no de exercer el oficio á que está anexo el mismo sello y autoridad que les concedió, ni de percibir sus emolumentos. Así pues, en lo que autoricen como Escribanos, han de usar del signo y dar fé, y en lo que autoricen como Secretarios, han de certificar y firmar, no dando lugar á que los instrumentos no sean creidos por la falta del signo.

12 Al instrumento público, llamado así, porque se otorga ante quien tiene autoridad pública, y ante testigos, no en secreto, le dividen los Jurisconsultos en tres clases, en *protocolo*, *ó registro*, *copia original y traslado*. El protocolo es la escritura matriz, original, ó primera en que el Escribano nota brevemente la substancia del acto ó contrato, para poderla extender despues con arreglo á derecho y al convenio de los contrayentes, (*b*) segun se practicaba en lo antiguo. Se llama *protocolo* de la voz griega *protos* que significa *primero*, y de la latina *collum*, ó *collatio*, de las quales se compone, como si se dixera: primera colacion, abreviatura, union, ó cumulacion de letras en la carta

(*a*) Leyes 54 y 55 tit. 18 P. 3 y su glosa. (*b*) Spigell. y Calvin. in Legic. juridico verb. Protocollum.

ó instrumento. (*a*) Tambien se llama protocolo el libro en que se escribe la primera matriz ó escritura original de los instrumentos que piden las partes. (*b*)

13 El *registro* segun una ley de Partida (*c*) es el libro en que se extienden los instrumentos, protocolos y privilegios para renovar, comprobar, ó confrontar las copias que se sacan de ellos en caso de perderse, romperse ó dudarse de su contenido; pero hoy se usa indistinta y promiscuamente de las palabras protocolo y registro entendiéndose por una misma cosa; y no solo se llama así el libro que comprehende las escrituras de un año, dos ó mas, sino tambien cada una de estas en particular. Antiguamente se otorgaban por las meras notas, razones ó minutas que tomaban los Escribanos y firmaban las partes, y despues ellos extendian y daban las copias con arreglo á lo substancial del contrato, segun se previene en la ley 9 tit. 19 P. 3; mas originándose de esto dudas, pleytos y perjuicios, para evitarlos abolió justamente este modo de escriturar la Reyna Doña Isabél en la ley 13 tit. 25 lib. 4 Recop. la qual prescribe la forma de ordenar y otorgar los instrumentos y dar sus copias, y está en observancia.

14 El protocolo ó registro es la matriz de donde se sacan todas las copias ó traslados que piden las partes, y por él se disuelven las dudas que ocurren en ellos, (*d*) para cuyo fin se introduxo y no para otro alguno. Debe estar siempre en poder del Escribano ante quien pasó, (*e*) quien ha de custodiarle y signarle al fin del año, poniendo asimismo en él fé ó nota de si ha dado copia de su contenido, segun lo ordena la ley 54 al fin tit. 18 P. 3. En caso de duda mas se debe estar al registro que al trasunto, ó copia; (*f*) pero presentado en juicio no hará fé, porque no se estableció para esto, y porque carece del signo ó ca-

(*a*) Mascard. de Probation. conclus. 4 nn. 1 y 5. Thusc. litt. P. conclus. 945 n. 1. (*b*) Thusc. lug. cit. n. 3. (*c*) La 8 tit. 19 P. 3. (*d*) Leyes 8 y 9 tit. 19 P. 3, y 12, 13 y 16 tit. 25 lib. 4 R. (*e*) Cap. 1, 2 y últim. de Fide instrum. Molin. de Hispan. primog. lib. 3. cap. 13 n. 44. Parej. de Edition. instrum. lib. 1 resol. 3 §. 3. (*f*) Marcard. conclus. 4 n. 1 y conclus. 125 n. 2. Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 1 §. 12 lib. 2 nn. 14, 15, 16 y 17.

rácter Real que le corrobore, y debe contener todo instrumento público para ser creido en los tribunales.

15 El instrumento conocido entre los jurisconsultos por *original*, aunque el que con propiedad se debe llamar así es el protocolo ó registro, es la primera copia que saca literal y fielmente de este el Escribano que le hizo y autorizó, la qual debe estar subscripta por él segun dicha ley 54 y no dada *por concuerda*, como algunos practican por ignorancia, para que no se dude que es la original y primera, ni se le objete el defecto de la subscripcion como forma ordenada por la ley, si en su virtud se pide execucion, pues he visto objetarlo, estimarse en juicio y convertirse este en ordinario. Se llama *copia original*, porque es sacada de la matriz, porque es el orígen de todos los exemplares, trasuntos ó traslados que se pueden sacar de ella, y porque es dada, subscripta y autorizada por el Escribano que hizo, perfeccionó y autorizó el protocolo; y faltando alguno de estos indispensables requisitos no es, ni se le debe llamar copia original; pero conteniéndolos hace plena fé en juicio, trae aparejada execucion y no debe redargüirse de falsa civilmente, porque es prueba acabada ó perfecta, (*a*) qual no la hace la deposicion de testigos, que no impide se pruebe lo contrario por otros testigos ú otro medio; (*b*) bien que puede redargüirse absoluta y criminalmente, si en realidad es falsa y suplantada, de lo qual se tratará mas difusamente en la segunda parte. (*c*) Mas no hace fé judicialmente la primera copia que se saque del registro, aunque esté autorizada por otro ó por muchos, ni la pluralidad de signos le da mayor vigor, porque como no tienen todos mas que una autoridad, y el Escribano no puede hacer válido lo que el derecho estima nulo, es lo mismo que si uno solo la autorizara: lo qual se ha de decir tambien, aun quando la dé su heredero sucesor en su oficio, excepto que se coteje ó compruebe, ó que para darla intervenga mandato de Juez con citacion de parte, si es de los que la requieren; y sin embargo de que habiéndose entregado á su heredero los protocolos y papeles con inter-

(*a*) Leyes 10 ff. de Probat y 31 Cod. de Donationib. (*b*) Begnud. Biblioth. ver. Probatio n. 7. (*c*) Lib. 3 cap. 1 §. 7.

vencion de la Justicia, no necesita dicho mandato para darla, como no sea de las que le está prohibido dar y expresaré en el núm. 18, no hará fé en juicio, sino se comprueba con citacion contraria, y el registro anual no está foliado y signado á su final por el Escribano ante quien se otorgó el instrumento; (a) bien es verdad que si ninguna de dichas copias se redarguye de falsa por la parte contra quien se producen, no es necesaria su comprobacion, porque es visto aprobarlas y no dudar de su veracidad.

16 El *traslado* ó *exemplar* llamado vulgarmente *testimonio por concuerda*, es el que por exhibicion se saca de la copia original, ó de la que hace veces de tal, aunque no sea la primera. Este traslado, trasunto, ó exemplar estando autorizado por el Escribano ante quien pasó el instrumento, hará fé, porque milita la propia razon para ser creido que si se sacara del protocolo, (b) sin embargo de que siendo dado por exhibicion no se deberá llamar original ni traerá aparejada execucion. Pero si lo está por otro Escribano, ya le saque del protocolo, ya por exhibicion de la copia original, no hace fé regularmente en juicio sino contra quien le produce, ni en su virtud se debe despachar execucion, porque no la trae aparejada, y si se despacha, es nula. Tampoco puede darse por él la posesion de la herencia ó mayorazgo, aunque el Escribano que le sacó afirme estar sin sospecha el original, y no hubiese al tiempo de sacarse ningun contrario conocido á quien citar; sino es que se dé con autoridad judicial y citacion personal de la parte contraria, ó por edictos solemnes si á ninguna se conoce, ó que precedida dicha citacion se compruebe con el protocolo, ó de consentimiento de ámbas partes, en cuyo caso perjudicará á ellas y á sus sucesores. (c)

17 Estan persuadidos algunos Escribanos de que pueden dar á las partes quantas copias les pidan de todas las escrituras que pasan ante ellos, sin ser necesario mandato de

(a) Leyes 55 tit. 18 P. 3, y 12 y 24 tit. 25 lib. 4 R. Cov. Pract. quæst. cap. 21 nn 3 y 4. Salg. de Retent. part. 2 cap. 20 n. 60. (b) Cov. lug. cit. n. 2 vers. Quid si fiat. Mol. lib. 3 de Primogen. cap. 13 nn. 44, &c. y 49. (c) Cov. lug. cit. n. 5.

Juez: otros creen que sin este solo pueden dar la primera; y otros piensan que en pasando el año de su otorgamiento no pueden poner subscripcion en ellas sino *concuerda*; y para que no ignoren lo que les está permitido y prohibido, debo decir que de las escrituras de poder, venta, cambio, donacion, testamento, poder para testar, codicilo, compañía, redencion de censo ó gravámen, cartas de pago, renuncias, lastos, esperas, adopcion, emancipacion, contratos de obra y demas en cuya virtud no tiene accion el acreedor á pedir tantas quantas veces parezcan, ni puede resultar perjuicio á la otra parte, puede y debe el Escribano ante quien pasaron, dar á los verdaderos interesados y no á los que no lo sean, todas las copias que quieran y le pidan, sin que se necesite para ello mandato de Juez (*a*) ni citar á la otra parte, y sin que quien la pretende tenga que probar habérsele perdido la primera, (*b*) sea dentro ó fuera del año de su otorgamiento, ya porque ningun derecho se lo prohibe, y ya porque las leyes hablan indistinta y absolutamente sin prefinir ni limitar tiempo; si bien dándolas en diverso año deberá añadir en la subscripcion la fecha de aquel en que las da, aunque ninguna se haya sacado del registro; y todas serán y deberán llamarse *originales*, y harán veces de tales, porque se han sacado de la matriz, y las ha autorizado quien hizo el protocolo y tuvo facultad para darlas por sí sin decreto judicial; y porque en dar fé de haberse hallado presente á su otorgamiento no falta á la verdad, por haber sido así y tener en su poder el protocolo en donde consta. Pero ni el que le suceda en su oficio y papeles, ni otro alguno debe darlas sin que preceda auto de Juez á pedimento de parte interesada, haya dado ó no copia el que las hizo y ante quien se otorgaron.

18 Si la escritura es de aquellas en cuya virtud se puede pedir la deuda tantas quantas veces parezca la original, como la obligacion de dar, pagar, ó hacer alguna cosa, las de imposicion de censo, arrendamiento, &c. ó la que puede perjudicar á la otra parte, no debe dar por sí ó

(*a*) Así lo dispone clara y expresamente la ley 10 t. 19 P. 3. (*b*) Greg. Lóp. ley 10 cit. glos. 2.

de propia autoridad el Escribano ante quien se otorgaron, ni otro alguno mas copia que la primera, sea ó no en el año en que se otorga, aunque el acreedor ó interesado la solicite con pretesto de habérsele perdido ú otro qualquiera, pena de perder el oficio y de pagar á la parte que la otorgó, ó á quien la represente, el perjuicio que se le haya seguido; y dicha copia será la única que deba llamarse original y se estime por tal, porque no pudiendo el Escribano dar mas que esta, no puede suceder que haya otras originales, y así debe poner en el protocolo la nota de haberla dado, para que conste y no se le olvide. Mas sin embargo deberá darse segunda precediendo lo siguiente. Ha de acudir el acreedor al Juez ordinario del pueblo en donde está otorgada, afirmando con juramento que la copia original se perdió, ó quemó sin culpa ni malicia suya: que ignora su paradero, si se ha perdido, y que no se ha reintegrado de su crédito: en cuya atencion obligándose baxo del mismo juramento á exhibirla al Escribano ante quien pasó, si la hallare, para que la rompa y cancele, y á no usar nunca de ella, pretenderá que mande darle otra copia. En vista de esta solicitud debe mandar el Juez que se cite ó haga saber al deudor, y si este confiesa el débito ó dentro de tercero dia no dice nada en contrario, deferirá á ella, y el Escribano dará la copia á continuacion del pedimento, auto y citacion, y no separadamente. Si el deudor comparece, alega que pagó la deuda, y contradice por lo mismo la dacion de la escritura, le ha de conceder el Juez término suficiente para que lo pruebe, y no acreditándolo en él mandará que se dé la copia; así como se denegará, si justifica que se le remitió la deuda, ó que por haberla satisfecho, se le entregó la escritura y existe en su poder. Y si el Juez despues de citado y oido el deudor manda dar segunda copia, debe el Escribano en cumplimiento de su obligacion poner nota en el protocolo con relacion de todo, para que conste en lo sucesivo haberse dado, para que el acreedor no pueda cobrar dos veces su crédito, si parece la primera, y para evitar pleytos y perjuicios al deudor. (*a*) Ademas si el Juez por no ser Letra-

(*a*) Leyes 10 verb. Mas si la carta, y 11 t. 9 P. 3, y 17 t. 25 lib. 4 R.

do, ó aunque lo sea, (pues muchos no lo son mas que en el nombre) la mandare dar sin preceder lo expuesto, ha de hacerle presente el Escribano la prohibicion de las leyes. De los demas instrumentos no necesita poner mas nota que de haber dado la copia original con expresion del sello del papel, aunque los interesados le pidan muchas, porque no traen ningun perjuicio. Tocante á la subscripcion, en todas las que saque del protocolo que hizo y autorizó, sea en el año en que se otorgaron, ó en otro, debe ponerla y dar fé de haber presenciado su otorgamiento, como lo manda la ley 54 tit. 18 P. 3, porque todas son originales, no hay prohibicion legal, y la fé es verdadera; mas no, si es traslado de la copia original, pues entónces la ha de dar de que está conforme, ó concuerda con esta, á la que se debe remitir y no al protocolo; y lo mismo procede, si es traslado de otro traslado ó exemplar.

19 Y si la escritura se deteriora ó rompe de modo que no puede leerse tan bien como quando se sacó, se observará lo que manda la ley 12 tit. 19 Part. 3, cuyo contenido es este. "Dañanse á las vegadas las cartas que son fechas por mano de Escrivanos públicos, por ocasion, ó por mala guarda, de manera que non se pueden bien leer como de primero, é por ende decimos, que quando alguno demandare al Escrivano quel renueve tal carta como esta, si fallare, que non es raida en lugar sospechoso, nin desfecha de guisa (*de modo*) que non se pueda leer, nin rozada, nin rota, de manera que non alcance la rotura á la letra, si fuere de debda, deve ser emplazado aquel contra quien fue fecha, ante el Juzgador, que venga, si quiere decir alguna cosa contra lo que pide su contendor. E si non quisiere contradecir que la carta sea renovada, ó dixere que la ha pagado, ó que es quito (*libre*) de aquella debda, é no lo pudiere probar, debe el Juzgador mandar al Escrivano que la renueve en la manera que fallare en el registro, onde aquella carta fue primeramente sacada. Mas si la carta fuere de donadio, ó de compra, ó de cambio, ó de otra razon que fuesse de tal natura, que maguer (*aunque*) pareciesen muchas cartas de una forma, non podrian facer daño á otro, solo que la carta non sea rota fasta las letras, ó non sea cancelada, ó raida en logar sospechoso, assi

como en los nomes de aquellos que ficieron el pleyto, (*pacto*) ó de los testigos, ó del Escrivano, ó en la quantía del precio ó el nome de la cosa, ó en el dia, ó en el mes, ó en la era, ó en lugar en que fue fecha la carta, bien la puede facer de nuevo el Escrivano por sí sin mandato del Juzgador, concertándola (*cotejándola*) con el registro onde fue primeramente sacada. E aun decimos, que tal carta como esta solamente que se pueda leer, é aver verdaderamente la intencion de lo que fue escrito en ella, que debe ser creida en juicio, maguer non fuesse renovada. Otrosí decimos, que si la rotura, ó la canceladura de la carta fuesse en algunos de los lugares sobredichos, non deve ser creida en juicio, nin renovada, fueras ende si aquel que la mostrare, pudiere probar que por ocasion, ó por fuerza, ó sin su grado otro ficiera aquella rotura, ó canceladura. Cá en tal caso como este non le deve empecer (*perjudicar*), ante decimos, que provando lo que dice, quel deve valer tambien como si non fuese cancelada, nin rota, é devengela renovar sin embargo ninguno, si la demandare, concertándola, ó sacándola del registro onde fue primeramente sacada. Pero el Escrivano público que la renovare, debe decir en el lugar de la carta, ó (*donde*) escriviere él su nombre, la razon porque la ovo de renovar."

20 Quando el Escribano ha muerto, y no parece en su protocolo la escritura matriz, por haberla perdido, ú otro motivo, y el interesado en ella tiene la copia original, puede presentarla al Juez pretendiendo que comprobados su signo y firma, se mande protocolizar y se den los traslados conducentes, en los quales interponga su autoridad, y á mayor abundamiento que se reciba informacion de su otorgamiento con los testigos instrumentales, si viven, y de la legalidad y descuido del Escribano ante quien pasó: en cuya vista deferirá el Juez á su pretension, servirá de registro la copia original, siendo de buena fama el Escribano que la autorizó, se protocolizarán y unirán á ella los autos obrados, y de todo se darán copias á los interesados. Y no es de omitir que segun el auto 21 tit. 9 lib. 3 R. qualquiera copia de censo, venta ú otro contrato semejante, autorizada y sacada del registro, ha de tenerse por ori-

ginal en caso de perderse el protocolo, y así se observa. (a)

21 No debe ponerse ningun reparo en que las copias esten escritas de varias manos ó letras, porque á mas de que ninguna ley lo prohibe, ni manda que hayan de ir precisamente de una sola, se salva y desvanece qualquiera sospecha con decir el Escribano al pie quantas hojas van de una letra y quantas de otra, y con rubricarlas todas, como se acostumbra y debe practicar; pues quien las da vigor y autoridad, no es el amanuense que las escribe, sino el que las firma y autoriza; y lo mismo digo de los protocolos y otros instrumentos ó testimonios. Si la copia es voluminosa, debe escribirse en quadernos iguales, y en el primero y último han de ponerse pliegos sellados de un mismo sello, segun sea la cantidad y calidad del instrumento, siendo en su intermedio comun, de modo que el signo y firma se pongan en el segundo sellado, y todos los pliegos de los quadernos de ellas han de ir metidos unos dentro de otros y no sueltos. Finalmente si baxo de una firma estan comprehendidas diversas partidas de bautismo, casamiento, muerte ú otras cosas que no tengan conexion entre sí, y el Escribano saca testimonio á la letra de alguna, debe sacar tambien la firma, porque esta corrobora, y se ha puesto para todas y para cada una en particular: como por exemplo si en un libro de bautismos en el que hay muchas partidas, hubiese solo una firma al pie de todas, por acostumbrar hacerlo así el Cura, segun lo he visto; pero debe relacionar lo que resulte del libro en quanto al estilo del que firma: todo lo qual tendrá presente el Escribano principiante para no errar.

§. FINAL.

De las prohibiciones á los Escribanos.

22 Dos cosas debe saber y tener presente el Escribano: la una es lo que ha de hacer y cómo, para que no sea

(a) Véase á Covar. Pract. quæst. cap. 19 n. 3.

nulo, ni cause perjuicio á los otorgantes, ni tampoco se le tenga por ignorante; y la otra es lo que no debe hacer, por estarle prohibido, para no incurrir en pena, porque si la ley no se lo prohibe, aunque el contrato se anule por algun pacto ilegal de los contrayentes, ó por otro motivo, no se le podrá hacer cargo. El Escribano cumple con dar fé *de que así lo otorgan*, y ellos han de ver lo que hacen ó aconsejarse de Letrado que las dirija. Así pues, habiendo tratado extensamente del primer punto tocante á testamentos, contratos y otras materias en los capítulos anteriores de esta obra, paso á tratar del segundo no ménos importante, para que el Escribano no alegue ignorancia y evite el perjuicio que se le pueda causar.

23 Los Escribanos de Cámara del Consejo no pueden recibir por fiadores de los Jueces de comision á sus compañeros, ni á los Relatores y Procuradores del Consejo, ni tampoco á los Oficiales que los Jueces llevaren consigo á las comisiones. (*a*)

24 Los Escribanos de las iglesias ó Notarios no pueden usar sus oficios entre legos en materias temporales pena de perder la mitad de sus bienes y de ser desterrados de estos reynos; (*b*) ni los del Número y Consejo han de llevar salario de iglesias, monasterios, ni de persona alguna pena de privacion de oficio. (*c*)

25 Los Escribanos ante quienes pasan los procesos de que se apela el ayuntamiento, deben entregarlos originales y no por compulsa dentro de los dos primeros dias que se dan para sentenciarlos, á los Jueces que han de conocer del negocio; (*d*) y quando los Escribanos entregan algun proceso por apelacion, ó remision, ha de ser íntegro y no diminuto pena de perder el oficio y de pagar el interes á la parte, pues se le puede seguir daño de no ir entero todo el pleyto. Ademas sin mandato del Juez no deben dar auto alguno de él ni por consiguiente copia legalizada de tal auto, y dándole con su mandato deben

(*a*) Ley 39 t. 15 y auto 28 t. 19 lib. 2 R. (*b*) Ley 19 t. 25 lib. 4 Rec. (*c*) Ley 8 t. 25 lib. 4 R. (*d*) Leyes 7, 17, 18 y 19 t. 16, y 9, 32 y 43 t. 25 lib. 4 R.

decir que se sacó y que los otros autos quedan en su poder. (a)

26 Todos los Escribanos deben signar anualmente y tener en custodia segura los registros de escrituras que pasan ante ellos pena de diez mil maravedís y suspension de oficio por un año. (b) Tambien deben poner á continuacion de la última testimonio de los folios que comprehende el protocolo y dar fé de que no pasaron ante ellos para sus registros otras algunas. Asimismo deben extender todo el contenido de ellas en pliegos enteros del sello quarto mayor y en idioma castellano, expresando claramente, no con abreviaturas, ni palabras equívocas ni ambiguas, ni por guarismo el dia, mes y año, el pueblo ó lugar en que se otorgan, los otorgantes, testigos, condiciones, pactos y renuncias de los contrayentes. Sus copias no han de contener mas que el protocolo, excepto la subscripcion, signo y firma del Escribano, ni este ha de poder darlas, aunque tome en minúta, nota, ó memorial la razon del contenido de la escritura, como se hacia antiguamente, sin que esten extendidas primero en el protocolo y corregidas á presencia de las partes, si quisieren asistir á ello. La subscripcion de las copias debe hacerse en la forma que prescribe la ley 54 tit. 18 P. 3 inserta en la segunda parte, (c) para que se estimen y tengan por originales. El protocolo debe estar enquadernado, bien custodiado y foliado, pena de nulidad de la escritura, de privacion de oficio al Escribano, de no poder obtener otro y de pagar el daño á los interesados. (d) Si no conoce á los otorgantes, no ha de hacer la escritura, á ménos que presenten dos testigos que digan que los conocen, de lo qual y de la vecindad de estos ha de hacer mencion en ella sentando sus nombres; pues de lo contrario se le puede imponer pena pecuniaria. (e)

27 No pueden los Escribanos ser Abogados de las partes ni favorecerlas en los pleytos que penden ante ellos, (f) ni tratar en oficio de regatonería pena de perder el de Escribano. (g) Tampoco pueden los de Cámara de los consejos y au-

(a) Ley 16 t. 25 lib. 4 R. (b) Ley 12 t. 25 lib. 4 R. (c) Lib. 3 cap. 2 n. 28. (d) Leyes 9 t. 19 P. 3, y 13, 16 y 24, y auto 26 cap. 1 t. 25 lib. 4 R. Otero de Officialib. Reipub. p. 2 cap. 10. Pariador. lib. 2 Rer. quot. cap. 20. (e) Ley 14 t. 25 lib. 4 R. (f) Ley 30 t. 16 lib. 2 R. (g) Ley 20 tit. 3 lib. 7 R.

diencias, ni los de la corte de los juzgados de dichos consejos (que hoy llaman de Provincia y Comisiones) ni los del Número, ni los criados de unos ni otros ser agentes en pleyto alguno, (a) ya porque con este motivo no se distraigan de sus obligaciones, y ya porque con su poder pueden ocasionar muchos perjuicios á las partes contrarias. (b) Pero á los Escribanos Reales no está prohibido ser agentes en pleytos y negocios en que no actuan, porque no tienen el poder y valimiento que los referidos, ni pueden causar perjuicio á las partes como ellos, ni hacer mas oficio en dichos negocios y pleytos que el de un mero apoderado ó agente mas instruido que otros para saber seguirlos y evitar á sus principales muchos daños que por ignorancia les causan los que no lo son, y así se practica en esta corte. Ademas sus ocupaciones no son tantas que se imposibiliten de desempeñarlas.

28 Los del Número y Concejo no pueden ser fiadores ni abonadores de Rentas reales, propios y carnicerías en el lugar en que exercen sus oficios, ni arrendarlas por sí ni por interpósita persona pena de privacion de ellos, y de perder la quarta parte de sus bienes, lo qual deben jurar al tiempo que son recibidos á su exercicio; (c) y por carga de sus oficios tampoco pueden llevar derechos de las escrituras y procesos que autorizaren tocantes al concejo su parte, á no ser que sentenciado el pleyto quiera el concejo traslado del proceso, pues en este caso debe pagarles los legítimos. (d)

29 Ningun Escribano puede tener en su poder por via de depósito ni en otra forma dinero perteneciente á penas de cámara, gastos de justicia ú obras pias, pena de pagar lo que recibiere con el quatro tanto, aunque la partida esté sentada en los libros; (e) ni tampoco puede ser Tesorero de rentas Reales en el lugar en que usare su oficio pena de perderle y de cincuenta mil maravedís. (f) Los depósitos de dinero y de otras cosas que las Justicias mandaren hacer, no han de hacerse en el Escribano de la causa que diere motivo á ellos, pena de pagar diez mil maravedís para los propios del

(a) Leyes 30 t. 4 y 36 t. 20 lib. 2 R. (b) Ley 8 t. 5 P. 3. (c) Ley 3 tit. 5 lib. 7 R. (d) Ley 30 t. 6 lib. 3 R. (e) Leyes 18 cap. 24 t. 26 lib. 8 y 23 tit. 16 lib. 9 R. (f) Ley 8 t. 5 P. 3.

pueblo el Juez que lo mandáre, y otros tantos el Escribano que le recibiere. (a)

30 Los Escribanos no pueden autorizar escrituras en que una ó mas personas pongan bienes en cabeza de otro en perjuicio de la Real hacienda, en fraude de las leyes, de la administracion de Justicia, ó con engaño de tercero; y de las hechas deben dar noticia á las Justicias dentro de 15 dias pena de privacion de oficio y otras. (b)

31 Los Escribanos Reales deben decir en la subscripcion de donde son vecinos, y no han de usar de su oficio pena de perderle, sin haber presentado el título en el ayuntamiento, por cuya presentacion no se les han de llevar derechos. (c) No pueden actuar ni autorizar contratos, ni testamentos ó últimas voluntades en los pueblos en que hay Escribano del Número pena de privacion de oficio, de pagar veinte mil maravedis y de nulidad del instrumento, cuya prohibicion se les impone por las razones expuestas en la segunda parte; (d) y solo pueden dar fé de los autos extrajudiciales y tambien de los judiciales siendo elegidos por los Corregidores para recibir quejas y las primeras informaciones de los delitos, á fin de mandar prender á los que resulten reos, con tal que entreguen luego los autos al Escribano del Número ó Crímen, si le hubiere; (e) pero en las aldeas donde no residen Escribanos Numerarios, y en la corte y chancillerías les está permitido autorizar todos los referidos instrumentos, y aunque residan, podrán actuar con los Alcaldes de Sacas y Hermandad, Jueces de comision y Pesquisidores, y asimismo autorizar las obligaciones y autos que dimanan de estos negocios, y las pertenecientes á las rentas Reales, caso que no haya propetario ó Teniente. (f) Es verdad que los Escribanos numerarios de esta villa compraron á S. M. el privilegio, despachado en 9 de junio de 1636 y mandado observar por los tribunales de esta corte, de que los Escribanos Reales no puedan autorizar escrituras de fundaciones de mayorazgos, vínculos, patronatos, memorias, aniversarios, de censos,

(a) Leyes 13 t. 9 lib. 3 y 28 t. 25 lib. 4 R. (b) Leyes 1 y 2 t. 13 lib. 5 R. (c) Ley 22 t. 25 lib. 4 R. (d) Lib. 3 cap. 2 n. 29. (e) Ley 1 t. 25 lib. 4 R. (f) Leyes 26 t. 6 lib. 3, 1 t. 25 lib. 4 y 31 t. 18 lib. 6 R.

perpetuos y al quitar, ventas de ellos y de casas, villas, jurisdicciones, tierras, montes, dehesas, alcabalas y juros, de capitulaciones matrimoniales y dotes, instituyéndose en estas vínculos ó mayorazgos, pena de ser habidos por falsarios y de nulidad de los instrumentos; mas por el no uso de él en todo lo que comprehende, le han perdido y de consiguiente las autorizan los Escribanos Reales asegurando la alcabala en los contratos que la causan y protocolizando en los de los numerarios las escrituras, ó dexándolas en sus registros, segun cada uno quiere, y ni se dan por nulas, ni se les impone pena, mayormente quando por haber hoy archivo general en donde se custodian sus protocolos, no hay ningun riesgo de que se pierdan. Ademas los títulos que les expiden que son privilegios posteriores, no se lo prohiben, y así es visto permitírselo y derogar el de los Escribanos numerarios. Finalmente de autorizarlas los Escribanos Reales se sigue mucho beneficio á los otorgantes y aun á la Real hacienda, como se verá en el número inmediato.

32 Tampoco segun unas leyes de la Recop. (*a*) pueden otorgarse ante los Escribanos Reales, aunque sea en la corte y chancillerías, escrituras de venta y permuta de bienes raíces, de imposiciones de censos, ni de otros contratos que causan alcabala, pena de privacion de oficio y de pagar esta con el quatro tanto, pues deben pasar ante los del Número de las ciudades, villas y lugares en cuya jurisdiccion están las heredades que se venden, truecan y acensúan; y en caso de no haber Escribano público en ellos, ante el Realengo mas cercano del mismo partido, quien debe dar en cada mes copia signada y firmada de las referidas escrituras á los arrendadores, fieles y cobradores de rentas Reales con juramento de no haber pasado ante él otra alguna, y testimonio, siempre que estos se le pidan; debiendo pagar, si se prueba haber ocultado ó dexado de incluir en el testimonio mensual alguna partida, lo que importe la alcabala de ella con el quatro tanto. Mas no obstante, se otorgan en esta corte ante los Escribanos Reales todas las escrituras expresadas, y despues las protocolizan en los oficios de Número ó Provincia que les

(*a*) Las 1 tit. 25 lib. 4 y 10 t. 17 lib. 9.

parece, ó en sus registros; pues con el motivo del perjuicio que se causaba á los arrendadores de observarse el privilegio, por ciertas causas que expusiéron, mandaron el Señor D. Pedro Colon de Larreategui del Supremo Consejo y Cámara, y otros Señores Jueces privativos de este negocio que los Escribanos Reales, y los del Número y Provincia no diesen copias de las escrituras que causan alcabala, sin que se les hiciese constar por carta de pago de los arrendadores estar satisfecha: cuya providencia prueba que no solo pueden autorizarlas, sino tambien dar las copias despues de satisfecha la alcabala, y así se observa hoy por haber archivo general de protocolos y por las demas razones expuestas; de manera que no obstante los esfuerzos que han hecho los Escribanos de Número y Provincia, no han podido conseguir que se imponga á los Escribanos Reales que se domicilian en esta corte, la prohibicion en sus títulos, que es el único medio de impedir su otorgamiento ante ellos. A esto se agrega que los Escribanos numerarios de esta villa no tienen cargas concegiles como los de los demas pueblos, y así no se les perjudica como á estos.

33 Los Escribanos no deben llevar derechos á los monasterios de Religiosos del Carmen, Santo Domingo, San Francisco y San Agustin reformados en la Observancia, ni á los de Monjas de qualquiera órden que lo esten, ni á los hospitales de estos reynos, por los procesos y autos que pasaren ante ellos, ni á los Procuradores Fiscales, ni á sus apoderados en las causas fiscales, ni de execuciones que se hicieren por los bienes ó maravedís que se aplicaren al fisco, (*a*) ni tampoco á los que probaren ser pobres; y si estos estan presos, no se les debe detener en las cárceles, ni tomar su ropa, ni apremiar á que den fiador para la paga de derechos, ni ha de hacerse esta de la limosna que se da y está destinada para su manutencion en la cárcel. (*b*)

34 En los lugares en que hay copia de Escribanos, ninguno de estos puede admitir demanda que ponga ante él su hermano, ó primo hermano, ni las Justicias permitir que

(*a*) Leyes 12 t. 2 lib. 1 y 12 t. 13 lib. 2 R. (*b*) Leyes 20, 21, 22 y 23 tit. 12 lib. 1, y 2 al fin t. 18 lib. 4 R.

actuen en el pleyto como Procuradores ó Abogados el padre, hijo, yerno, hermano ó cuñado del Escribano ante quien pende la causa. (a) Y si en las civiles ó criminales se interpone apelacion, deben los Escribanos en los testimonios de esta hacer relacion puntual de la demanda, cantidad, reconvencion, si la hubiere, y sentencia dada pena de suspension de oficio por dos meses. (b)

35 Todo Escribano debe exáminar por sí mismo los testigos y no por sus criados ni sirvientes, sin que esté presente á ello otra persona alguna; y en caso de tener justo impedimento, si el pleyto se principió ante él, podrá nombrar otro Escribano de la propia audiencia que lo haga, y no habiéndose principiado debe nombrarle la Justicia. (c)

36 Ningun Escribano debe tomar á su cargo por sí ni por interpósita persona el buscar dinero para que los concejos, universidades y personas particulares impongan censos, llevándoles interes con título de correduría ni otro alguno: (d) tampoco los del Número y Ayuntamiento pueden usar de estos oficios en caso de tenerlos arrendados pena de perderlos; y los propietarios que deben servirlos por sí mismos sin poder arrendarlos ni darlos en confianza, no perteneciendo á muger ó menor por justos títulos, no pueden ser admitidos á su uso sin que hagan constar tener de patrimonio la tercera parte del valor del oficio baxo de igual pena. (e)

37 Los Escribanos deben dar á las partes copias de las escrituras que pasaren ante ellos, dentro de los dos dias siguientes á el en que se las pidieren, si contienen dos pliegos, y excediendo de ellos, dentro de ocho pena de pagarles el interes y daño que les cause la dilacion, y de cien maravedís mas por cada dia que tardaren en darlas. Pero hasta que se las pidan, no están obligados á ello, y si las piden, aunque sea años despues de su otorgamiento, pueden subscribirlas como originales expresando el dia y año en que las sacan. Deben asimismo poner al pie de las escrituras y al már-

(a) Ley 7 t. 25 lib. 4 R. (b) Ley 10 t. 18 lib. 4 R. (c) Ley 29 t. 25 lib. 4 R. (d) Ley 42 tit. 25 lib. 4 R. (e) Leyes 41 y 42 tit. 20 lib. 2 R.

gen del protocolo, qué dia se sacaron y en qué papel con expresion del sello, dando fé de esto, pena por la primera vez de cien mil maravedís y privacion de oficio, y por la segunda de incurrir en las impuestas contra los falsarios; (a) sin que baste decir que las diéron en el sello correspondiente, pues han de especificar quál es; y siempre que alguna de las partes lo pida, se ha de poner y depositar un traslado autorizado de la escritura en el archivo de la ciudad, villa ó lugar, con tal que el Escribano ante quien se otorgue, la ponga, y se tome la razon dentro de tercero dia, expresándose en la escritura que la parte lo pidió. (b) Y si la escritura pertenece á ámbas partes, puede dar á cada una su copia, ó á la una, aunque la otra no la pida; (c) mas en la subscripcion de cada copia deberá expresar para quien es, y en el protocolo notar á quien la dió, por si es tal que á una de las partes no se deba dar mas que una, como en la venta en que el comprador se obliga á pagar á plazos, ó constituye censo reservativo del precio de lo vendido.

38 Deben tambien poner fé con su signo y firma de los derechos que han llevado y llevaren, en el reverso ó espaldas de los procesos y escrituras que dieren firmadas á las partes, y de que no han cobrado mas por sí ni interpósita persona, pena de volver el exceso á los del Real arancel con el quatro tanto y de incurrir en las establecidas contra los falsarios. Ademas deben dar á las partes recibo ó carta de pago de lo que importen los derechos, y sentar lo que llevaren las Justicias, las quales no han de firmar mandamiento, escritura ni carta alguna en que no vayan puestos; y quando los Escribanos no los llevaren, lo han de sentar de su mano en el proceso ó escritura. (d)

39 Los Escribanos que salieren á hacer execuciones ó diligencias á otros pueblos fuera del de su residencia, deben entregar los papeles originales al propietario de la causa, luego que las concluyan, ó se retiren, pues de lo

(a) Leyes 15 y 45 tit. 25 lib. 4 R. (b) Ley 34 tit. 25 lib. 4 R. (c) Ley 17 tit. 25 lib. 4 R. (d) Leyes 19 tit. 5 lib. 2, 29 al fin tit. 6 lib. 3, y 6, 35, 36 y 41 tit. 25 lib. 4 R.

contrario se les hará cargo particular de ello; (a) y aunque hagan en un dia muchas execuciones, no pueden llevar mas derechos que por un camino y dia de ocupacion. (b) Tambien deben entregar á los Receptores de penas de Cámara los mandamientos, sentencias ó executorias en que haya condenacion de ellas para que soliciten su cobranza. (c)

40 A los Escribanos de Ayuntamiento y no á otro corresponde dar á los arrieros los testimonios firmados por la Justicia del trigo y demas semillas que compraren, ó enviaren sus dueños á vender á otra parte, para que por ellos se les arregle su acarreo conforme al número de fanegas y distancia de leguas. (d) Estas han de entenderse comunes y vulgares, no legales, y así se debe juzgar como lo manda la ley, (e) en todos los tribunales y pleytos que ocurran. Asimismo como las Justicias de oficio, precedida la informacion necesaria, deben hacer constar individualmente qué valor han tenido los granos en los mercados de sus respectivos pueblos, el Escribano de Ayuntamiento ó Concejo ha de tenerle siempre de manifiesto para dar las certificaciones que le pidan de sus precios. (f)

41 Tienen obligacion los Escribanos de Ayuntamiento de dar parte al Señor Fiscal del Consejo, si han intervenido precio, dádivas ó promesas en los oficios que se han de dar ó elegir por votos en el mismo ayuntamiento, ó si se admitió á su uso á los electos sin haber hecho el juramento de no haberlos obtenido por estos medios, pena de perder el oficio. (g) Asimismo la tienen de hacer dos libros á costa de los concejos, uno de papel de marca mayor en que han de escribir todas las cartas, cédulas y ordenanzas Reales enviadas á las ciudades, villas y lugares, y otro en pergamino donde han de sentar á la letra todos los privilegios de sus lugares y tierras, y las sentencias dadas á su favor no solo en razon de sus términos sino tambien de otras cosas tocantes al bien comun, con una tabla al principio en que se mencionen los privilegios y sentencias, pena de cinco mil maravedís por cada vez. Tambien deben sen-

(a) Ley 37 tit. 4 lib. 3 R. (b) Ley 28 tit. 21 lib. 4 R. (c) Ley 1 tit 14 lib. 2 R. (d) Ley 5 cap. 5 tit. 25 lib. 5 R. (e) La 8 tit. 25 lib. 5 R. (f) Ley 14 tit. 25 lib. 5 R. (g) Leyes 7 y 8 tit. 2 lib. 7 R.

tar en el libro del concejo los padrones de lo cierto de las monedas que se mandaren repartir, y ninguno otro Escribano puede tener ni recibir estos padrones, á ménos que tenga facultad especial y Real provision para ello, pena de perder el oficio y otras. (a)

42 Pueden los Escribanos dar fé y testimonio de todo quanto pase ante ellos, pidiéndole la persona interesada, y porque la memoria es muy frágil, han de hacerlo dentro de los tres dias siguientes, aunque haya de ser con respuesta de Juez ó de la otra parte, y no la den, pena de indemnizar á la parte el perjuicio que se le siga: y de cien maravedís por cada dia que le retardasen: (b) lo qual se entiende extendiendo el testimonio en el mismo dia y entregándole á la parte dentro de tres segun sentir de Acevedo en la ley citada y de otros, con el qual me conformo. Pero me ocurre la duda de si el Escribano podrá dar testimonio de conversacion que pase ante él, pues veo que se multa freqüentemente á los que le dan sin auto de Juez, y que aunque el interesado acuda á este para que mande darle, no defiere á ello sino tan solo á que el Escribano declare como testigo. Lo cierto es, que habiendo buscado cuidadosamente ley prohibitiva no la he hallado, y sí que pueden dar fé de ello, como lo prueban la citada ley 15, la 4 tit. 1 lib. 1 R. que dice: que los de concejo no tienen voz ni voto en él, y solamente deben usar sus oficios para dar fé de lo que pase ante ellos; y otras que omito: que de no permitírseles darle puede seguirse perjuicio á las partes, por no tener tal vez otra justificacion para probar su intencion, y no hacer igual prueba su dicho como testigos que su testimonio; y que por lo mismo siendo el Escribano de buena vida, fama é integridad, y dando el testimonio dentro del término legal, se le debe creer y no multar. Una cosa es que en las causas criminales no le den, porque no es razon que sirvan de instrumento para acalorar, y fomentar discordias y enconos, (aunque á veces conviene, para que se castigue á los reos) y otra, que se les multe porque le dan, quando

(a) Leyes 25 y 26 tit. 25 lib. 4 R. (b) Ley 15 tit. 25 lib. 4 R.

léjos de haber prohibicion les impone pena dicha ley 15, si tardan mas de los tres dias en darle. Es verdad que el multarlos provendrá tal vez de que algunos proceden con ligereza en dar testimonio voluntario de todo en qualquier tiempo que se les pida; pero á estos se debe castigar no por darle sino por darle fuera del término prefinido por la ley. Por tanto, no pudiendo yo conciliar lo que sobre este punto mandan las leyes con lo que decretan los Jueces, por ser diametralmente opuesto, aconsejo al Escribano que no dé testimonio de cosa alguna sin tener á que remitirse, ni tampoco de conversacion ó dicho de alguno, aunque en el acto se le pida la parte, como el Juez no se lo mande, y de esta suerte evitará que se le multe, pues la razon cede al poder y contra este no la hay. (*No se hace mencion de otras muchas prohibiciones á los Escribanos, por haberse hablado de ellas donde correspondia.*)

NOTA.

En el tomo último de esta obra se pone un índice general alfabético de toda ella, que tambien se vende suelto para quienes tengan exemplares de la primera edicion.

FIN DE LA PRIMERA PARTE.

FEBRERO REFORMADO

Y ANOTADO,

Ó LIBRERÍA DE ESCRIBANOS

QUE COMPUSO

DON JOSEPH FEBRERO

Escribano Real y del Colegio de la Corte,

Y HA REFORMADO EN SU LENGUAGE, ESTILO, MÉTODO Y MUCHAS DE SUS DOCTRINAS ILUSTRÁNDOLA, Y ENRIQUECIÉNDOLA CON VARIAS NOTAS Y ADICIONES PARA QUE SE HAN TENIDO PRESENTES LAS REALES ÓRDENES MODERNAS,

EL LIC. D. JOSEPH MÁRCOS GUTIERREZ:

OBRA NO SOLO NECESARIA Á LOS ESCRIBANOS SINO TAMBIEN UTILÍSIMA Á TODOS LOS JUECES, ABOGADOS, PROCURADORES, AGENTES DE NEGOCIOS Y Á TODA CLASE DE PERSONAS.

PARTE II.

De inventarios, tasaciones y particiones de bienes, y de los juicios ordinario, executivo y de concurso de acreedores.

Á estos juicios ha añadido el Reformador una Práctica Criminal de España para complemento de la obra principal que no trata de materia tan necesaria é importante.

TOMO III.

TERCERA EDICION.

CON PRIVILEGIO.

MADRID

En la Imprenta de la Administracion del Real Arbitrio de Beneficencia año de 1806.

Esta obra se vende en la librería de Castillo, enfrente de S. Felipe el Real.

Ca tenemos, que todos los de nuestro señorío deven saber estas nuestras leyes. (*Ley* 31 *tit.* 14 *P.* 5.) I deve la lei ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, y que ninguno por ella resciba engaño. (*Ley* 1 *tit.* 1 *lib.* 2 *de la Recop.*)

La mucha aceptacion que mereció del público la Primera Parte de nuestro Febrero nos hacia esperar que esta Segunda tendria tambien una favorable acogida, como en efecto la ha tenido. La reforma y mejora son unas mismas en ámbas á excepcion del método que ha tenido poca variacion en esta, ya por ser mucho ménos defectuoso que el de la Primera, y ya porque el haber adoptado otro mejor hubiera causado un trastorno grande y sumamente molesto con poca utilidad de los lectores.

En el tratado de particiones hemos tenido un considerable y muy fastidioso trabajo que hacer para dexar solamente lo útil y dar á todas las doctrinas la posible claridad. Nada en la Librería de Escribanos nos ha parecido tan embrollado ni tan confuso: en ninguna parte de ella se encuentra tanto fárrago ni tanta mezcla de cosas vanas é inútiles. Figúrasenos Febrero quando componia dicho tratado, metido en un inextricable laberinto de que no acertaba á salir; y en el mismo, siempre expuestas á tropezar y confundirse, podremos figurarnos casi á todas las personas que hayan querido aprovecharse de un tratado tan necesario é importante. Pero al presente no solo, si no nos engañamos, parecerá bien inteligible á todos, sino asimismo tan completo que crean inútil ó casi inútil la lectura de Ayora, Valasco, Morquecho y demas autores que han tratado de particiones. El estudio que nuestra reforma nos ha obligado á hacer de

sus obras, y un cotejo imparcial que hemos hecho entre ellas y la que vamos á presentar al público, nos han demostrado, ya que el uso de las primeras apénas podrá servir mas que para fastidiarse, equivocarse y errar en materia tan intrincada; y ya que será muy pobre de talento é instruccion el Letrado que no pueda decidir con la segunda todos los casos respectivos á particiones.

En esta Segunda Parte así como en la Primera hemos puesto varias notas, bien para ilustrar diferentes doctrinas, bien para corregir los errores ó equivocaciones en que incurrió el autor. Entre estas notas merecerán, segun creemos, particular aprecio las que en órden al juicio ordinario nos han suministrado las Instituciones Prácticas del Señor Conde de la Cañada, Gobernador que fue del Consejo. Por haber tratado Febrero de dicho juicio con mucha extension parecia que nada habia dexado que desear; pero habiendo leido nosotros cuidadosa y prolixamente la citada obra, y aprovechándonos de las luces y noticias de un Magistrado tan práctico é instruido en nuestra legislacion, hemos añadido todas las especies útiles que no se hallan en Febrero, las quales son tanto mas apreciables que á cada paso se ofrece hacer uso de ellas en la práctica.

Asimismo como en esta Segunda Parte que trata de los juicios, se echaba de ménos uno tan necesario é importante qual lo es el criminal, hemos suplido tan notable falta con la exáctitud, extension y acierto que han permitido nuestras fuerzas, poniendo fin á esta obra con una Práctica Criminal, ó Instituciones Criminales de España: empresa tanto mas ardua y útil

que quantos escritos de esta materia se han publicado en nuestra península, distan mucho de desempeñar bien su objeto, mayormente teniéndose en consideracion las costumbres, luces, variaciones y práctica del dia tocantes á nuestra legislacion criminal. No podia ocultarse á ningun Jurisconsulto ilustrado quan grato presente seria para la nacion, que tanto le deseaba, un juicio criminal metódico, razonado y filosófico, donde entre otras cosas se pusiesen de manifiesto los innumerables y funestos errores de nuestros criminalistas.

Parece que los Escribanos hacen mayor uso y estudio de la Primera Parte del Febrero que de la Segunda, por no creer esta igualmente precisa para desempeñar su ministerio; mas yo no alcanzo en qué se funden. Tan indispensable es en los Escribanos saber la teórica y práctica de los juicios ordinario, executivo, &c. para extender todas las diligencias que en estos se ofrezcan, como estar bien instruidos en testamentos y contratos para otorgar las escrituras correspondientes á ellos. Tocante á las particiones ¿qué materia es mas necesaria, mas importante, mas comun y freqüente entre toda clase de personas? Y ademas los Escribanos como que pueden llamarse los Letrados de las muchas poblaciones que no los tienen, se han de ver incesantemente precisados á exercer en ellas el oficio de partidores.

Algunas personas que aun no habian visto á los principios la Primera Parte del Febrero Reformado, hubieron de creer que seria un compendio de la Librería de Escribanos; y si fue así, padecieron un notable engaño. Nunca podia ocurrírsenos el compendiar una

obra que reformada, corregida y aclarada, como cree el público se ha hecho, debe y puede sin mucho trabajo ni emplear demasiado tiempo estudiarla enteramente todo Escribano, ó persona que haya de serlo, sino para encomendar á la memoria todas sus doctrinas, sí para aprender lo mas necesario é importante, y consultarla sobre los casos que se le han de ofrecer diariamente: siendo indudable que para desempeñar los Escribanos dignamente sus deberes necesitan saber mucha jurisprudencia, segun hemos dicho en nuestro prólogo de la Primera Parte. Un compendio del Febrero apénas puede servir mas que para fomentar la inaplicacion de muchos que aspiran á ser Escribanos, ó que ya lo sean, y para que persuadidos de que saben mucho por haber aprendido los palillos de su oficio, omitan el estudio de la obra principal que les es tan preciso, estando siempre expuestos á cometer atentados y absurdos; con especialidad si el compendio es tan diminuto que por lo mismo puede hacer caer en muchos errores: si está dispuesto en preguntas y respuestas como los catecismos de doctrina christiana para niños que apénas pueden hablar: si todos sus diálogos son áridos y carecen de todas las gracias propias de semejante especie de escritos: y en fin si es tal que qualquiera jóven que estudie para Escribano, pueda componerle fácilmente al mismo tiempo que vaya leyendo el Febrero, si quiere dedicarse á este trabajo.

ÍNDICE

De los libros, capítulos y párrafos de esta Segunda Parte.

LIBRO PRIMERO.

Del inventario y tasacion de bienes, y particion de los del que murió testado ó abintestato, entre su viuda y herederos.

CAPÍTULO PRIMERO.

§ I. *Qué es inventario, ante qué personas, como, donde, de quales bienes y dentro de qué término debe hacerse, y contra quien prueba ó no.*

§ II. *Qué personas estan obligadas á hacer inventario solemne, con cuyo motivo se trata extensamente de tutelas y curadorías: si haciéndole ó no el heredero deberá pagar las deudas hereditarias y legados, aunque la herencia no alcance para todos; y si por hacerle es visto haberla aceptado.*

§ III. *Se habla de la tasacion de los bienes inventariados, de las personas que han de hacerla y de los remedios que competen á los herederos, en caso que aquellas discuerden, ó hagan una injusta valuacion.*

§ IV. *En qué pena incurre el heredero que oculta los bienes del difunto en perjuicio de los acreedores, coherederos y legatarios, y como ha de procederse en el juicio de ocultacion.*

§ FINAL. *Del modo de extender el inventario y tasacion de bienes del difunto.*

CAPÍTULO II.

§ I. *Qué es division, quien puede pretenderla y ante quien: en quanto tiempo prescribe el derecho de pedirla: como ha de hacerse entre herederos presentes y ausentes, y de qué forma debe proceder el Juez en ella.*

§ II. *De los partidores, de su oficio y facultades, y de las reglas que deben observar para hacer con justicia la particion y las adjudicaciones.*

§ III. *Se habla del modo de dividir las cosas individuas y entre ellas de la jurisdiccion*

y el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí.

§ IV. *Como se ha de dividir la finca enfitéutica.*

CAPÍTULO III.

§ I. *Como y por qué órden se han de baxar del caudal inventariado la dote y los demas bienes que la muger llevó al matrimonio ó heredó durante este; y qual habiendo dos ó mas dotes, se ha de baxar primero, haya ó no gananciales.*

§ II. *De donde deben deducirse el capital del marido y los bienes que heredó ó le donaron durante el matrimonio.*

§ III. *Qué deudas se han de baxar del cuerpo del caudal inventariado por muerte del testador: como se han de deducir los derechos del inventario, tasacion y demas que ocurran hasta finalizarse la particion; y si al heredero que defendió la herencia ó mejoró los bienes de ella, deberán satisfacerse los gastos que hizo.*

CAPÍTULO IV.

§ I. *Quales son los bienes gananciales y como han de dividirse entre los hijos de dos ó mas matrimonios.*

§ II. *Quando no se comunican los bienes gananciales á los cónyuges, ó estos los pierden.*

§ III. *Como han de dividirse las mejoras que hicieron los cónyuges en sus bienes libres ó vinculados.*

§ IV. *Como se han de partir los bienes adquiridos durante la comunion, quando por muerte de uno de los consortes poseyó el otro mucho tiempo los bienes de todos.*

§ V. *Se trata de si se han de pagar á los hijos de los bienes gananciales ó de los patrimoniales la dote ó capital que sus padres ó el padre solo les dan ú ofrecen constante el matrimonio, ó durante la comunion; como tambien de si por muerte de uno de estos deben colacionar aquellos todo lo percibido, ó solamente la mitad al hacerse la particion.*

CAPÍTULO V.

§ I. *Como se han de dividir y á quien pertenecen los frutos de la finca vendida por el testador y no entregada al comprador.*

§ II. *Se especifica como han de partirse los frutos de la finca enfitéutica en caso que el enfitéusis de nominacion haya de volver al señor del dominio directo por muerte del enfitéuta.*

§ III. *Como han de dividirse los frutos y pensiones de beneficios eclesiásticos entre los herederos del Beneficiado y el sucesor.*

§ IV. *De la division de los frutos pendientes del mayorazgo entre el sucesor y los herederos del último poseedor.*

§ V. *Se habla de la particion de los frutos pendientes en los bienes de los cónyuges disuelto el matrimonio, ya sean libres ó vinculados, y ya sean llevados á este ó adquiridos durante él por uno de los dos ó por ámbos.*

CAPÍTULO VI.

§ I. *Como y de donde se han de deducir las arras, ó las joyas y vestidos que el novio da ú ofrece á la novia.*

§ II. *Se expresa, si los herederos del marido tienen obligacion de dar alimentos á su viuda, mientras se hace la particion, y de donde deben deducirse.*

§ III. *De donde han de baxarse el luto de la viuda y herederos del difunto, el verdadero ó dinario de aquella y el lecho quotidiano que toca al consorte viudo.*

CAPÍTULO VII.

§ I. *Quantas especies hay de usufructo: en qué conviene y se diferencia del legado anual, y si el usufructuario debe pagar ó no las deudas del testador y las cargas de los bienes que usufructúa.*

§ II. *Se especifica si el usufructuario está obligado á dar fianza para gozar el usufructo y como debe darla: quando tendrá lugar en aquel el derecho de acrecer, y por qué causas se extingue.*

§ III. *Como se han de dividir los frutos que el usufructuario dexa percibidos ó pendientes, y á quien corresponden.*

LIBRO SEGUNDO.

De la particion de los bienes del que murió testado ó abintestato entre sus herederos legítimos y extraños, haya ó no mejora.

CAPÍTULO PRIMERO.

§ I. *Se explica de quantas maneras puede hacerse la division: si el padre podrá hacerla y revocarla, y señalar á sus hijos la legítima: qué ha de practicar el Juez quando no la hizo: si los hijos pueden pedir se les supla la legítima, quando los bienes paternos se aumentaron: y si tiene lugar en ella el derecho de acrecer.*

§ II. *De qué parte de sus bienes puede disponer el testador por su alma, ó á favor de quien quisiere en perjuicio de sus descendientes legítimos, y de donde se deben deducir los gastos de su funeral y misas.*

§ III. *Qué puede dexar el testador á sus descendientes ilegítimos, tenga ó no descendientes ó ascendientes legítimos.*

§ IV. *En qué bienes sucederán á sus padres los hijos legitimados por el subseqüente matrimonio ó por el Soberano, y los prohijados.*

CAPÍTULO II.

§ I. *Se especifica como pueden los ascendientes mejorar á sus descendientes legítimos, consignarles la mejora y agravar á los mejorados, y asimismo como se ha de deducir.*

§ II. *Si los ascendientes pueden revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus ascendientes legítimos, y quando se entiende revocada.*

§ III. *Se trata de si los ascendientes que prometen mejorar, ó no mejorar á sus descendientes legítimos, deben cumplir su promesa: de si el mejorado puede repudiar la herencia y aceptar la mejora; y de si habiéndose mejorado á dos ó mas en contrato ó última voluntad repudiare uno su parte, ó no pudiese percibirla se acrecerá á los demas.*

§ IV. *Como han de dividirse los frutos de la mejora y donacion hecha en contrato ó últi-*

ma voluntad: quando pertenecen al mejorado ó donatario, esten ó no pendientes en la finca consignada; y si aquel debe restituirlos en caso de revocar la mejora el testador.

CAPÍTULO III.

§ I. *Qué es colacion, qué se requiere para que tenga lugar, y entre quales personas debe hacerse.*

§ II. *Qué bienes han de colacionar los descendientes legítimos, y qué debe observar el partidor en quanto á estimar los colacionados por legítima ó mejora en caso de duda.*

§ III. *Se expresa de quantos modos puede hacerse la colacion: á quien compete el derecho de hacerla y pedirla: qué tiempo ha de atenderse para ver si la donacion es inoficiosa: por qué precio se han de colacionar los bienes donados, y si el que los colaciona deberá restituir sus frutos repudiando la herencia.*

§ IV. *Se trata de si de los bienes que los descendientes recibieron en vida de sus ascendientes y han de colacionar por su fallecimiento, como asimismo de la quarta marital deberán deducirse las mejoras hechas y entregadas ó no á ellos mismos ó á otros mejorados, ántes ó despues de la tradicion de los bienes colacionados.*

CAPÍTULO IV.

§ I. *En qué bienes sucederán los ascendientes por testamento á sus descendientes legítimos, y si la colacion tendrá lugar entre aquellos.*

§ II. *De qué parte de sus bienes pueden disponer los descendientes en perjuicio de sus ascendientes legítimos; y si se han de sacar de ella los gastos de su funeral, misas y legados.*

§ III. *Trátase de la sucesion en los bienes troncales en los pueblos donde se observa por algun fuero ó costumbre.*

CAPÍTULO V.

§ I. *Se explica en qué casos los viudos que teniendo hijos ó descendientes legítimos se vuelven á casar, tienen obligacion de reservarles lo que hubieren de ellos, ó del cónyuge muerto.*

§ II. *Se especifica en quales no estarán obligados á hacerles la reservacion.*

CAPÍTULO VI.

§ I. *Se habla de las especies que hay de legados, y de las cosas que pueden ó no legarse.*

§ II. *Qué condiciones puede imponer el testador en los legados; quando estará obligado el*

legatario á cumplirlas y percibirá la manda; y si se entienden repetidas en el substituto.

§ III. *Trátase de la revocacion expresa y tácita de los legados, y se dice de donde se deben deducir, dexe el testador herederos legítimos ó extraños.*

§ IV. *Si tiene ó no lugar el derecho de acrecer en los legados ó fideicomisos particulares.*

§ V. *Si los legados que haga el testador á su muger, á sus acreedores y tutor que nombre, se han de compensar con la dote, bienes parafernales, arras y gananciales que tocan á la primera, con lo que debe á los segundos y con la décima que corresponde al tercero.*

§ VI. *Como se han de dividir los frutos que el testador dexa pendientes en la cosa legada, y los que produzca desde su muerte hasta la entrega hecha al legatario; y si revocándose el legado debe restituir los que percibió.*

CAPÍTULO VII.

§ I. *Como han de suceder los descendientes á sus ascendientes legítimos, é ilegítimos, y á sus parientes muriendo intestados.*

§ II. *Como han de heredar los ascendientes legítimos á sus descendientes que murieron abintestato.*

§ III. *Como deben suceder los parientes transversales á los que fallecieron intestados: qué han de distribuir aquellos, y los ascendientes y descendientes por el alma del difunto; y si los instituidos en testamento se graduarán en caso de duda por la regla del abintestato.*

CAPÍTULO VIII.

§ ÚNICO. *Quienes se llaman herederos extraños: de quántas maneras los puede instituir el testador, y si siendo muchos los instituidos le heredarán todos igualmente y á un propio tiempo, ó por el órden sucesivo.*

CAPÍTULO IX.

§ I. *Por qué causas se pueden impugnar y rescindir las particiones de bienes de difunto.*

§ II. *Quando habrá lugar á la eviccion de los bienes quitados en juicio á alguno de los herederos á quien se adjudicaron, ó al legatario.*

CAPÍTULO X Y ÚLTIMO.

§ ÚNICO. *Se extienden dos particiones para instruccion del partidor y dos escrituras de ellas.*

LIBRO TERCERO.

De los juicios ordinario, executivo y de concurso de acreedores.

CAPÍTULO PRIMERO.

§ I. *Divídese el juicio y se expresa en qué dias puede hacerse, y quales personas pueden ó no comparecer en él.*

§ II. *De la demanda y cláusulas que debe tener: si se puede mudar, ampliar y enmendar: qué ha de mirar el actor para ponerla: á qué Juez debe acudir: qué juramentos se hacen en los juicios, &c.*

§ III. *De la citacion ó emplazamiento con la demanda, y de los modos de hacerse.*

§ IV. *De las varias clases de excepciones que el reo puede oponer en juicio, y del término que se le concede para ello.*

§ V. *De la contestacion de la demanda y de sus efectos: como y dentro de qué término ha de hacerse.*

§ VI. *De la reconvencion y sus efectos: dentro de qué término y ante qué Jueces se debe hacer; y en quales causas tiene ó no lugar.*

§ VII. *De las varias especies de prueba que pueden hacerse en juicio.*

§ VIII. *Del término de prueba siendo mayores los litigantes: como se cuenta: desde quando corre; y si podrá suspenderse y practicarse otra cosa durante él.*

§ IX. *De la publicacion de probanzas y restitucion del término probatario que compete á los menores y demas que gozan del mismo beneficio.*

§ X. *De las tachas de los testigos, del tiempo y forma de ponerlas, y del término para probarlas; como tambien de las alegaciones en derecho.*

§ XI. *De la conclusion de la causa para difinitiva, y de si conclusa podrán hacerse probanzas.*

§ XII. *De la recusacion de los Jueces superiores é inferiores, y subalternos de los tribunales: de las causas por qué puede hacerse y del modo de hacerla.*

§ XIII. *De la sentencia difinitiva y de los requisitos que exige para su validacion: de si el Juez podrá revocarla ó re-*

formarla, y del término para apelar de ella.

§ XIV. *De la nulidad de las sentencias y del término en que se debe pedir.*

§ FINAL. *Del modo de extender las diligencias que ocurren en el juicio civil ordinario.*

CAPÍTULO II.

§ I. *Qué es juicio executivo y qué cosas traen ó no aparejada execucion.*

§ II. *Quien puede pedir execucion y ser executado: quantas clases hay de bienes y en quales se puede ó no trabar; y si el acreedor que intentó la via ordinaria podrá dexarla y pasar á la executiva.*

§ III. *Como se ha de pedir, despachar y trabar la execucion: con qué órden y en qué dias podrá hacerse, qué personas pueden ó no ser presas por deudas y deben afianzar de saneamiento: por quanto tiempo han de darse los pregones á los bienes embargados; y quando y como se ha de citar de remate al reo executado.*

§ IV. *De la oposicion del executado y de las excepciones que se le deben ó no admitir: del término en que las ha de probar para impedir la execucion; y de si el Juez requerido podrá conocer de ellas y determinarlas.*

§ V. *De la sentencia, fianzas y remate de los bienes executados.*

§ VI. *Del tercero opositor á la via executiva.*

§ VII. *Quando deberá el executado ser condenado en costas y pagar décima de la execucion.*

§ FINAL. *Como se extienden las diligencias de la via executiva hallándose presente el deudor.*

CAPÍTULO III.

§ I. *Del primer género de concurso llamado cesion de bienes: quien puede hacerle ó no: qué requisitos son necesarios para que se tenga por bien hecho, y como se ha de substanciar y seguir.*

§ II. *De la ocurrencia ó pleyto de acreedores, de sus clases, hipotecas y prelacion.*

§ III. *De la espera de acreedores, á quienes, por qué personas y por quanto tiempo se puede conceder.*

§ IV. *Como y á qué deudores pueden los acreedores remitir sus deudas.*

§ FINAL. *Del modo de ordenar las diligencias del concurso de acreedores y de la cesion de bienes.* (El índice del juicio criminal se pondrá en él mismo.)

PARTE SEGUNDA.

LIBRO PRIMERO.

De inventarios y tasaciones de bienes, y de la particion de los del que murió testado ó intestado entre su viuda y herederos.

CAPITULO PRIMERO.

Del inventario y tasacion de bienes de difunto, de la pena en que incurre el heredero que oculta algunos de la herencia, y de como se ha de proceder en el juicio de ocultacion.

§. I.

Qué es inventario, ante qué personas, como, donde, de quales bienes y dentro de qué término debe hacerse y contra quien prueba, ó no.

1 Para distribuir con justicia y con arreglo á la voluntad de un difunto, ó á lo dispuesto por las leyes los bienes que haya dexado, es indispensable inventariarlos, pues el inventario es el principio y basa de toda particion, y sin él no puede practicarse esta con la pureza que corresponde. (*a*)

2 El inventario, cuya voz latina se deriva del supino *inventum* del verbo *invenio* que significa hallar, no es otra cosa que un instrumento en que se escriben y sientan los bienes de alguno por muerte suya, por embargo, ú otro motivo, (*b*) y se introduxo por quatro razones: la primera y principal para que los herederos no ocultasen los bie-

(*a*) Ayor. part. 1 cap. 1 n. 16. Valasc. de Partit. cap. 8 nn. 1 y 2.
(*b*) Leyes 99 y 100 tit. 18 P. 3 y 5 tit. 6 P. 6.

nes hereditarios, especialmente los muebles: la segunda, para que no estuviesen obligados á mas de lo que importase la herencia: la tercera, para que no dudando en vista de él á quanto ascendia el caudal del difunto, no pidiesen término para admitirla ó dimitirla; y la quarta, para probar las alegaciones negativas que de otro modo se juzgan improbables. (a)

3 Se divide el inventario en *solemne* y *simple*: el solemne es el que se hace observando todas las solemnidades prescriptas por derecho, (b) y el simple el que se formaliza haciendo solamente una descripcion, ó nómina de bienes sin observar con rigor dichas solemnidades; bien que convienen en el fin, que es el de que se sepa qué bienes, de qué clase, precio, peso y medida hay y se administran, y se han de dividir y entregar.

4 Se ha de hacer el inventario en el lugar del domicilio del difunto y ante su Juez, aunque todos sus bienes no esten en un solo pueblo; pues una vez incoado y radicado el juicio debe el Juez á instancia del heredero expedir requisitoria á las Justicias en cuyo territorio se hallen, para que los inventarien y tasen, y le remitan despues originales las diligencias obradas para unirlas á las principiadas en su juzgado, (c) lo qual procede aun quando fellezca fuera de su domicilio, (d) porque este acaso no puede privar á su Juez de conocer de su testamentaría como competente.

5 En Real órden de 19 de junio de 1764 se declaró que el conocimiento de los testamentos, inventarios y particiones de bienes de los militares difuntos toca á sus Jueces, y el de los que se hagan ú ocurran sobre bienes y herencias que les dexan personas á quienes no compete el fuero militar, y pleytos sobre ellas, y las de sus criados que mueren fuera de campaña, á la Justicia ordinaria y no á la militar, como lo dispone tambien el *art.* 14

(a) Cap. 11 y 12 de Probation. Hermosill. ley 9 tit. 1 Part. 5 glos. 5 n. 9. (b) Leyes últim. Cod. de Jure deliberand. y 24 Cod. de Administrat. tutor. (c) Guid. de Form. invent. h. 25. Cancer. part. 3. Var. cap. 2 n. 133. (d) Pegas ad Ordin. lib. 1 tit. 87 §. 4 n. 21 y 29.

trat. 8 *tit.* 11 de las ordenanzas del exército, cuyo tenor dice: "La Justicia ordinaria ha de conocer en los inventarios y pleytos que ocurrieren sobre herencias que se dexaren á los militares por personas extrañas de la jurisdiccion militar, ó les pertenecieren por testamento, ó abintestato, aunque fueren de sus padres, ó hermanos; y tambien conocerá en los inventarios y herencia por muerte de qualquiera criado militar acaecida fuera de campaña."

6 Tambien debe conocer la Justicia ordinaria de las testamentarías de los factores de la provision de víveres del exército, entregados que sean los efectos de la provision, segun está declarado en Real cédula de 8 de marzo de 1785 con motivo de la competencia formada entre el Comandante de las armas de la villa de Estepona, su Corregidor y el Intendente de Andalucía sobre conocimiento de la testamentaría del factor Don Antonio Uriondo. Dicha Real cédula dice: "Con noticia que tuve de esta competencia, y tomado sobre ella los informes y noticias convenientes, he venido en declarar que el conocimiento y exámen de dichos autos corresponde notoriamente al expresado Corregidor de Estepona, á quien mando se le devuelvan, para que los continúe conforme á derecho, una vez que se hallan entregados los efectos de la provision, con cuyo respecto deberia gozar el fuero de Hacienda segun las últimas reglas dadas para la provision. Y conformándome, para evitar en adelante semejantes conflictos jurisdiccionales, y que se desautorice á los Magistrados, con lo que se me propuso al propio tiempo, tuve á bien ordenar que la expresada declaracion sirva de regla en este y demas casos ocurrentes."

7 Si el difunto tenia dos domicilios sujetos á un solo Soberano, pertenece la formacion del inventario al Juez del pueblo en que fallezca, porque este es competente no solo por razon del domicilio, sino tambien de su muerte. (*a*) Pero si teniendo dos domicilios muere fuera de

(*a*) Pegas ad Rubr. ordinam. lib. 1 tit. 56 n. 7.

ellos, debe conocer del inventario, y continuarle el Juez de los dos que le prevenga, (a) sino es que la desigualdad del domicilio sea muy considerable, en cuyo caso pertenece hacerle al del en donde vivia la mayor parte del año. (b)

8 Si el lego instituye varios herederos, y uno ó mas de ellos son Clérigos, se debe hacer el inventario ante el Juez secular, por cuyo mandato han de ser estos citados como los legos, pues esta citacion no lo es propiamente, sino un mero aviso para que como interesados en parte de la herencia comparezcan, si quieren, á usar de su derecho: ni tampoco arguye superioridad, y así ni le apremia á ello, ni por no comparecer incurre en contumacia, ni se anula el acto. (c) (1) Asimismo en la sucesion del lego al Clérigo, sea por institucion, ó abintestato, como tambien en la apertura y publicacion de su testamento, é insinuacion de la donacion que haga el segundo al primero, se ha de proceder ante el Juez secular, porque la qualidad eclesiástica como personal dura únicamente en los bienes del Clérigo, miéntras vive, y espira con su persona, perdiendo la herencia por su adicion ú aceptacion el nombre del que la dexó, y tomando el del aceptante. (d)

(a) Oliva de foro ecclesiæ part. 3 quæst. 33. (b) Oliva lug. cit. q. 28. (c) Covarr. Pract. cap. 31. Salg. Labyr. credit. part. 1 cap. 2 n. 49. Cur. Philip. ilustr. part. 1 §. 5 n. 28.

(1) Como el Juez secular ante quien se forma el inventario, tiene facultades para hacer se practiquen todas las diligencias que conduzcan á él, y de consiguiente las de citar al Clérigo como uno de los herederos, para que no pueda quejarse, ni alegar nulidad por no habérsele citado; creo que esta citacion lo es propia y verdadera, mayormente quando si para la formacion del inventario es necesaria alguna diligencia del Clérigo, podrá compelerle á ella el Juez secular por los medios legales, pues de otra suerte se quedaria sin evacuar el acto y serian ilusorias dichas facultades; y á vista de esto y de que sobre el particular de que hablamos, las personas eclesiásticas *deben*, segun se explica la Real cédula inserta en el n. 10, *acudir ante las Justicias ordinarias*, tienen estas sobre aquellas en el presente caso como en otros cierta especie de superioridad.

(d) Salg. lug. cit. Carlev. de Judic. tit. 1 disp. 2 q. 5 n. 337. Lasart. de Decim. cap. 19 n. 44. Cur. Philip. lug. cit. n. 26.

9 Y si el testador y su heredero son Clérigos, ó el Clérigo lo es del lego, la publicacion y apertura del testamento cerrado, así como la insinuacion de la donacion que haga el secular al eclesiástico, se deben hacer ante el Juez secular como competente, (a) segun se ha dicho en la Prim. Part. (b) del mismo modo que la tutela legítima, y curaduría de la persona y bienes de menores legos que se confiere al Clérigo su pariente, la ha de discernir el Juez secular, (c) y por consiguiente se ha de dar la cuenta de ella ante él, aunque la de menores Clérigos que se encarga al lego, ha de discernirla el Juez eclesiástico, y él mismo ha de aprobar la cuenta; (d) pero quando el Clérigo sucede al lego, ó á otro Clérigo por testamento ó abintestato como pariente mas propinquo, ó quando es instituido lugar pio, se ha de hacer el inventário ante el eclesiástico, (e) porque en estos casos se trata de interes de Clérigo y cosa eclesiástica, y por la aceptacion de la herencia se constituyen suyos los bienes perdiendo el nombre del sugeto de quien fueron.

10 Mas sin embargo de esto que es conforme al dictámen de nuestros AA. fundados en la razon expuesta, (aunque algunos dudando de su opinion dicen que se ha de estar á la costumbre del pueblo) se halla resuelto en Real cédula de 13 de junio de 1775 que los Jueces eclesiásticos no conozcan de nulidad de testamentos é inventarios, seqüestros, ni administracion de bienes, aunque se hayan otorgado por eclesiásticos y algunos de los herederos ó legatarios sean comunidades ó personas eclesiásticas; y para que nadie dexe de usar de su derecho, é introducir los recursos competentes de fuerza en conocer y proceder, si se entrometiesen los Jueces eclesiásticos en

(a) Leyes 15 tit. 4 lib. 5 R. y 9 tit. 4 P. 5. Covarr. Pract. cap. 8. Carley. lug. cit. n. 332. (b) Cap. 1 n. 220, y cap. 12 n. 5. (c) Leyes 45 tit. 6 P. 1 verb. E como quier, y 14 verb. Mas los otros Clérigos tit. 16 P. 6. (d) Gregor. Lóp. ley 1 glos. 1 tit. 16 P. 6. Gutierr. lib. 2 Pract. q. 49 n. 5. Cur. Philip. part. 1 §. 5 n. 30. (e) Gutierr. q. 49 nn. 1 y 2. Acev. ley 15 tit. 4 lib. 5 Recop. nn. 4 y 5. Carley. lug. cit. n. 337.

su conocimiento, á causa tal vez de ignorar esta decision, ni sea molestado y sacado de su fuero, tengo por útil y aun preciso insertarla aquí. "EL REY. A vos, &c. sabed: Que por Don Juan Bautista Nardiz vecino de la villa de Berméo en el señorío de Vizcaya se me representó que Doña María Ana y Doña María Antonia Nardiz hermanas, la primera casada con Don Joseph de Lorra Síndico del convento de San Francisco de la referida villa, y la segunda que vivia en su compañía en estado honesto, otorgaron con el expresado D. Joseph á influxo del Guardian del mencionado convento y de otro Religioso que era Confesor de la Doña María Ana, testamento con fecha de 20 de marzo de 1721, en el que dispusieron de todos sus bienes á favor del convento con título de fundacion de misas rezadas, y que nombrasen administrador de los referidos bienes el Guardian y Discretos del convento, teniendo aquel un voto, y estos otro: que los causantes de Nardiz noticiosos de lo que pasaba, luego que falleció la Doña María Antonia, acudieron ante la Justicia ordinaria de la expresada villa de Berméo, pidiendo se declarasen nulas sus disposiciones y la de Doña María Ana, y se les declarase por herederos abintestato; pero el administrador Don Juan Bautista de Arteaga recurrió al Ordinario eclesiástico de Calahorra y consiguió que inhibiese á la Justicia Real, y aunque llevados allí los autos declinaron la jurisdiccion ordinaria, substanciado el artículo se declaró Juez competente, é introducida la fuerza en la Real chancillería de Valladolid declaró que no la hacia el Juez eclesiástico en conocer y proceder en dicha causa, lo qual ha sido orígen de los graves perjuicios é inexplicables dispendios que despues se han seguido á la familia del referido Nardiz que por necesidad se sujetó á la jurisdiccion eclesiástica: Que sin embargo de que probaron en la primera instancia no solo las persecuciones de los Frayles de aquel convento, Guardian y Confesor sino las amenazas y malos tratamientos que Don Joseph de Lorra hizo á su muger para obligarla á hacer aquella disposicion, como tambien las sugestiones que intervinieron para que accediese á ella su hermana Doña María Anto-

nia, la qual vivió miserablemente baxo la opresion de los Frayles que la aterraban con el juramento que tenia hecho de no revocar el testamento, á lo que habia manifestado sus deseos; el Ordinario eclesiástico habia declarado válidas las disposiciones: y que llevados los autos al tribunal de la nunciatura despues de diferentes sentencias dadas en ellos revocatorias unas de otras, últimamente habia recaido executoria de tres conformes declarando válidas dichas disposiciones; y exponiendo por menor la resistencia de estas con lo dispuesto en las leyes del reyno y autos acordados, la injusticia de dichas determinaciones segun lo que resulta justificado en autos, y la nulidad del auto de fuerza de la Real chancillería que ha sido el motivo de tantos perjuicios, y con que ha quedado arruinada esta familia: me suplicó fuese servido mandar que el mi Consejo hiciese traer los autos que se hallaban en la secretaría de breves de la nunciatura, y resultando por ellos que es negocio que toca á la jurisdicion Real, emplazar á las partes, y con su audiencia se determinen en él por los mismos autos, coadyuvando el derecho de dicho Don Juan Bautista Nardiz el mi Fiscal, atendiendo á las dilaciones y mayores gastos que se ocasionarian de remitirlo á la Justicia ordinaria donde tuvieron su principio, ó á la chancillería; y habiendo sido servido de remitir al mi Consejo la citada representacion, para que me consultase sobre su contenido y súplica quanto se le ofreciese y pareciese: vista en él con los antecedentes que se citan, y se mandaron entregar *ad effectum videndi*, teniendo presente lo expuesto sobre todo por el mi Fiscal, en consulta de 22 de marzo de este año, me hizo presente su parecer, y por mi Real deliberacion á ella que fue publicada en él, y mandada cumplir en 11 de mayo próximo antecedente, entre otras cosas he venido en declarar: que el conocimiento de la nulidad ó validacion de los testamentos y codicilos otorgados á nombre de Don Joseph de Lorra y su muger Doña María Ana de Nardiz, y de Doña María Antonia su hermana, corresponde á la Justicia Real, y que se retengan los autos en el mi Consejo en donde toca su conoci-

miento, por ser las citadas disposiciones notoriamente contra el auto acordado 3 tit. 10 lib. 5 de la Recop. y para execucion de lo demas resuelto he acordado expedir esta mi cédula: Por la qual os hago la mas seria advertencia para que en adelante no permitais que los tribunales eclesiásticos tomen semejantes conocimientos de nulidad de testamentos, inventario, seqüestro y administracion de bienes, ni en iguales juicios reales en que todos son actores, aunque se hayan otorgado por personas eclesiásticas, y algunos de los herederos ó legatarios sean comunidades ó personas eclesiásticas, pues todos como verdaderos actores al todo ó parte de la herencia, que siempre se compone de bienes temporales y profanos, deben acudir ante las Justicias Reales ordinarias, por ser ademas de las razones expuestas la testamentifaccion activa civil sujeta á las leyes Reales sin diferencia de testadores, y un instrumento público que tiene en las leyes prescripta la forma de su otorgamiento; y mando que los recursos de esta naturaleza se pasen á mis Fiscales residentes en esa audiencia para que defiendan la jurisdicion Real con el zelo y doctrina que deben por sus empleos, dando cuenta al mi Consejo de los casos en que la vieren atropellada; y quiero que esta mi Real cédula se lea en el acuerdo pleno con la asistencia precisa del Regente y de los Fiscales, y se coloque en el archivo; repitiendo su lectura en el primer dia de tribunal del mes de enero de cada año, para que no se olvide su puntual observancia, por lo mucho que importa excusar á los vasallos el ser fatigados con sacarlos á litigar de sus propios Jueces, á cuyo fin dareis las órdenes y providencias que convengan." Esta Real cédula con referencia de las remitidas á las chancillerías y audiencias se renovó y publicó por otra de 15 de noviembre de 1781, que en lo dispositivo está conforme con aquellas.

11 Por el inventario se presume que todos los bienes contenidos en él fueron de aquel por cuya muerte se hizo, (a) aunque esto procede solamente contra el que los

(a) Cirilac. controv. 25 n. 6.

puso, ó mandó poner, contra el qual prueba de tal suerte, que aun quando él, ó su heredero alegue ser suyos algunos de los inventariados, no será oido, porque se juzga que el que le formó los donó al sugeto á cuyo favor le formalizó. (*a*) Ademas por el hecho de inventariarlos es visto confesar haber sido de aquel en cuyo nombre los inventarió, y no puede ir contra su propia confesion, (*b*) pues esta siendo hecha con cierta ciencia induce donacion. (*c*)

12 Pero lo expuesto se limita en cinco casos: el primero, quando el que puso sus cosas en el inventario, porque se hallaban entre las del difunto, protestó incontinente que eran suyas: (*d*) el segundo, quando los bienes suyos que inventarió, son inmuebles, pues no es de creer que los hubiese donado; ó quando se acredita lo contrario por vista ocular que supera á otras pruebas: (*e*) el tercero, quando implora el beneficio de la restitucion, por haberlos inventariado inconsiderada é imprudentemente: (*f*) el quarto, quando consta haber errado en la formacion del inventario, y hubo causa justa para haber cometido el error, pues debe ser restituido, como si fuera menor, porque la presuncion, aunque sea de derecho, admite prueba en contrario; (*g*) y el quinto, quando con instrumentos legítimos y vista ocular justifica no ser tantos los bienes quantos los inventariados, y que por lo mismo se deben separar del inventario. (*h*) (1)

13 Contra tercero jamas prueba, y así siempre que haga constar que son suyos algunos de los bienes contenidos en el inventario, se le deben entregar, porque como

(*a*) Morquech. de divis. bon. lib. y cap. 1 n. 4. (*b*) Ley fin. Cod. arbitrium tutelæ. (*c*) Leyes 53 ff. de Regul. jur. 28 ff. de Adquirend. posses. y 10 Cod. de Juris, et facti ignorant. (*d*) Guerreir. de Invent. lib. 1 cap. 4 n. 11. (*e*) Morquech. lug. cit. n. 42. Guerreir. lug. cit. nn. 13 y 14. (*f*) Guerreir. lug. cit. n. 16. (*g*) Valasc. consult. 52 n. 11. Gutierr. de Tutel. part. 2 cap. 1 n. 103. (*h*) Ciriac. lug. cit. n. 5. Gutierr. lug. cit.

(1) Finalmente son tantos los casos, limitaciones, ó excepciones que la regla general casi viene á reducirse á cero. (*Conclusion de este n.* 12.)

no presenció su formacion, ni fue citado para ella, no le debe perjudicar la confesion voluntaria y errónea, ó maliciosa que hizo el heredero, ó el que la formalizó; (a) al modo que los libros de cuenta y razon que alguno tiene en su poder, hacen fé contra él, y no contra tercero. (b)

14 En órden á si el heredero, ó el que formó el inventario, podrá contravenir ó reclamar la declaracion del difunto, en la que al tiempo de morir afirmó dexaba tales bienes, ó si esta declaracion induce prueba contra ellos, de modo que no se les permita alegar que el testador padeció equivocacion; se ha de distinguir de casos. Si el heredero reclama en virtud del derecho que le compete por su propia persona, v. gr. por haber enagenado alguna cosa suya el difunto, puede impugnar legítimamente dicha declaracion: (c) si lo hace en virtud del que le compete por la del difunto, no puede, aunque algunos (d) afirman que en ámbos casos está obligado indistintamente á su observancia en quanto lo permita lo que lucre de la herencia: si hizo, ó declaró alguna cosa segun y conforme á derecho, tiene igual obligacion, á ménos que pruebe haberlo hecho ó declarado con error manifiesto; (e) y si fue contra derecho, puede impugnarlo, como el mismo difunto podria hacerlo. (f).

15 Para que el inventario solemne de bienes de difunto sea válido, y produzca los 68 efectos (1) que recopila Guerreiro (g) y omito por la brevedad, han de concurrir en

(a) Valasc. lug. cit. nn. 12, 14 y 15. Cancer. part. 3. Var. cap. 2 n. 7. (b) Ley fin. tit. 18 P. 3. Escobar de Ratiocin. cap. 11. Vela dissert. 38 nn. 5 y 27. (c) Ley fin. Cód. de Eviction. (d) Valasc. consult. 52 cit. n. 44. Guerreir. de Inventar. lib. 1 cap. 4 nn. 34, 35 y 36. (e) Gutier. de Gavel. part. 2 cap. 1 n. 103 y otros. (f) Surd. consil. 237 n. 21 lib. 2. Nogueról allegat. 19 nn. 29, 98 y 107, y allegat. 28 n. 70.

(1) ¡Alabo la paciencia del tal Guerreiro! No he hallado este autor, aunque he hecho diligencias en su busca, pues deseaba ver por curiosidad qué tales eran sus mas de cinco docenas y media de efectos, entre los quales habrá sin duda algunos muy extraños y singulares.

(g) De Inventar. lib. 4 cap. fin.

él varios requisitos. El primero es que se cite poniéndose en la citacion el dia, mes, año y hora, no solamente á los herederos sino tambien á los legatarios y acreedores ciertos, á cada uno particular ó singularmente en sus personas, pudiendo ser habidos, por si quieren presenciar su formacion: estando ausentes en parage de donde puedan venir, por requisitoria, é ignorándose su paradero, por edictos ó proclamas; (a) pero hoy no se practica regularmente en estos reynos de Castilla esta disposicion legal en quanto á citar á los acreedores y legatarios, ya porque está en su arbitrio redargüir de diminuto el inventario, siempre que averiguen haberse omitido incluir en él algunos bienes; (b) y ya porque como habiendo bienes que partir, ántes que se haga la division, se deducen, segun debe hacerse, los créditos contra el caudal, por no haber ni llamarse herencia sino el residuo, no se les puede causar perjuicio, en cuya atencion se cita únicamente á la viuda y herederos, entre quienes se ha de hacer la particion.

16 El segundo requisito es que se haga ante Juez y Escribano, aunque de necesidad no se requiere la presencia del primero y basta la del segundo, (c) porque ninguna ley nuestra lo manda, ni las 99 y 100 t. 18 P. 3 que prescriben la forma de extender el inventario los herederos y el tutor, ni la 5 t. 6 P. 6 hablan de semejante cosa; por lo que conociendo el Consejo que á mas de no ser del caso la presencia del Juez, se originaban dispendios inútiles, y perjuicios á los menores y ausentes: que en el de querer ocultar algunos bienes el heredero presente, ó el tutor nadie se lo puede impedir, por mas que el Juez se desvele en precaver la ocultacion: que los menores y ausentes pueden usar despues de su derecho, si la acreditan; y que la asistencia del Juez ningun vigor da al inventario, y ántes bien causa desfalco á los interesados, por mas que la hidrópica codicia de algunos

(a) Ley 5 tit. 6 P. 6. (b) Parlad. lib. 4 Ref. q. p. 4 cap. fin. §. 1 n. 8. Guerrer. de Invent. lib. 1 cap. 6 n. 25. (c) Valasc. de Partit. cap. 8 n. 7. Ayor. de Partit. p. 1 cap. 2 n. 4.

quiera aparentar que es conveniente para evitar el extravío de los bienes, mandó sabia y justísimamente en el cap. 5 del arancel dado á los Tenientes de Corregidor de esta villa en 11 de abril de 1768 lo siguiente. " Los Tenientes solo asistan á inventarios y tasaciones de bienes de testamentarías en los casos que haya que recontar dinero, ó inventariar bienes y alhajas preciosas, para lo qual se considera que bastan dos dias; y en estos casos solo puedan llevar treinta reales por mañana y otros tantos por la tarde. En los demas inventarios, tasas y almonedas no es necesaria la asistencia del Juez, pues basta la de los interesados; y siéndolo menores, ó ausentes, la de sus tutores, curadores y defensores por ellos." Este capítulo exônera á los interesados del crecido gravámen de derechos superfluos del Juez, y se debe observar en todo el reyno, porque quando el Soberano manda á algun Juez una cosa, es visto mandarla á todos los de sus dominios en igual caso y circunstancias; mayormente si el testador ordena que no asista, y que solo el tutor, testamentario, ó personas que elige, lo hagan extrajudicialmente á presencia de Escribano y testigos; pues puede mandarlo así, como tambien que formalicen la tasacion y particion de sus bienes. (1) Esta práctica se observa co-

(1) Sobre este punto debo insertar aqui la Real cédula de 4 de noviembre de 1791. = Don Cárlos, &c. Sabed: Que con el fin de evitar que el caudal de los pupilos y huerfanos se disipe en diligencias judiciales y en costas que por lo comun causaban los llamados Padres generales de menores y defensores de ausentes, cuyos oficios por gravosos se han consumido en muchos pueblos del reyno, adoptó el mi Consejo el medio de conceder permiso á los testadores que lo han solicitado, para que luego que fallezcan, formen los aprecios, cuentas y particiones de sus bienes los albaceas, tutores ó testamentarios que señalan como sugetos imparciales, integros y de su total confianza, cumpliendo despues dichos testamentarios con presentar las diligencias ante la Justicia del pueblo para su aprobacion y que se protocolicen en los oficios del juzgado del Juez ante quien se presentan. Consiguiente á estas providencias, y habiéndose promovido expediente en mi chancilleria de Granada sobre la particion de los bienes que quedaron por fallecimiento de un vecino de la ciudad de Córdoba, declaró aquel tribunal que el Contador de cuentas y particiones en ella no debia intervenir en la de la disputa; y de sus resultas el dueño de estos oficios Don Damian de Castro y Garcia, vecino de la misma ciudad, me re-

mo justa en Aragon y Valencia, segun afirma Colon; (a) pero esto se entiende no pretendiendo algun acreedor que se haga inventario judicial, porque si lo pretende, deberá intervenir el Juez con los nombrados por el testador, y satisfechos el acreedor, ó acreedores, cesará, y los comisionados evacuarán por sí solos entre sus herederos lo que el testador les ordenó, sin que el Juez deba impedírselo, por haberse acabado la jurisdiccion que le prorogaron los acreedores.

17 El tercer requisito es que se inventarien todos los bienes del difunto, por manera que en el inventario se deben poner por clases separadas y por menor todos los bienes libres, muebles, raices y semovientes que el difunto haya dexado, y le pertenezcan no solo en el pueblo de su domicilio y fallecimiento, sino tambien en otro qualesquiera de dentro, y fuera del reyno ó provincia con distincion y separacion de cada cosa, especie y cantidad, é individuales señales de peso, medida, hechura, color, calidad, sexô, edad, linderos y demas correspondientes, segun sean los bienes; pues siendo obscuro por faltar esta especificacion, es nulo, mediante á que no puede servir para el fin á que se dirige, (b) y así no aprovecha al que no le formaliza con la claridad, pureza y rectitud que debe (c) Y sin embargo de que algunos inven-

presentó que por estas disposiciones se hallaba despojado de la formacion de cuentas y particiones entre menores que le pertenecia por su titulo: con cuya atencion solicitó entre otras cosas me sirviese declarar no debian obstar dichas providencias al exercicio, uso y facultades de su titulo. Esta representacion la mandé remitir al mi Consejo para que me expusiese su parecer; y visto en él y consultado el asunto con mi Real Persona he venido en declarar no haber lugar á las pretensiones de Don Damian de Castro y Garcia, y quiero que esta providencia sea extensiva y sirva de regla general para iguales casos en que los Contadores de cuentas y particiones á pretexto de las facultades concedidas en sus titulos soliciten privar á los testadores de las que tienen para nombrar partidores ó contadores que dividan las herencias entre sus hijos menores: cuya libertad debe conservarse á los testadores, pues lo contrario seria de mucho perjuicio á la causa pública. Por tanto, os mando, &c.

(a) Instruccion de Escribanos tom. 2 lib. 3 cap. 3. (b) Guerreir. de Inventar. lib. 1 cap. 9 nn. 1 y 2, cap. 10 n. 6 y cap. 11 nn. 2, 3 y 4 (c) Guerreir. dich. cap. 9 n. cit.

tarian indistintamente por piezas los que se hallan en cada una, no debe observarse este método, por ser confuso para hacer la division y saber á quanto ascienden los de cada clase, en cuya atencion los de cada una se han de poner juntos, aunque esten en diversos lugares y piezas, como se practica en esta corte.

18. En igual forma se han de inventariar los censos, efectos, juros, derechos y acciones libres, y los instrumentos, libros y papeles concernientes á la herencia, que deben quedar depositados en poder de quien hizo el inventario, para que no padezcan extravío, ni los interesados en ellos experimenten perjuicio. (a)

19. Tambien se deben inventariar las deudas puras, condicionales, ó á dia cierto que el testador tenia á su favor, ó contra sí, y asimismo el débito del mismo heredero; (b) pues haciendo el inventario con la pureza legal tiene derecho á cobrarle como los demas acreedores sus créditos; mas no está obligado á poner en él los gastos que hizo en su entierro, ni otros que sean justos, y si se dudase de ellos, puede probarlos por su juramento, testigos ú otro medio legal. (c) En dichas deudas se incluye lo que las hermandades que tenia el difunto, debian darle por socorros, lutos, enfermedad y otras cosas segun sus constituciones, y satisfacieron á sus herederos ó viuda; porque todo es caudal suyo anticipado en vida, y así es divisible entre todos, y no toca al legatario del quinto ni á otro en particular. Algunos dicen que de las deudas á favor no se debe hacer inventario, sino es que consten por instrumentos ú otras pruebas legítimas, (d) ni tampoco de las deudas en contra, excepto que sean líquidas, porque siguen la naturaleza de la obligacion y requieren mayor conocimiento, el qual no toca al juicio de particion que es suma-

(a) Boler. de Decoct. t. 3 q. 1 nn. 8 y 9. (b) Guerreiro cap. 10 cit. nnm. 7, 19, 20, 53, 54 y 127. (c) Ley 8 t. 6 P. 6 y su glos. 1. (d) Gutierr. de Tutel. p. 2 cap. 1 nn. 90 y 91. Ayor. de Partit. pt. 1. cap. 2 n. 4.

rio; (a) pero sin embargo no se sigue esta opinion, y unas y otras se ponen por via de declaracion con su respectiva qualidad al fin del inventario, haya, ó no instrumento que las acredite: las primeras, porque de omitirse se da lugar á ocultacion, y no se puede intentar su cobro por ignorarse, ni aprovechan á los partícipes en la herencia; y las segundas, para deducirse de esta, caso que se verifiquen, ántes de proceder á la division, y no causar á los acreedores el perjuicio de tener que dirigir su accion por su importe á prorata contra cada heredero despues de hecha. Ademas de esto la ley 100 t. 18 P. 3 que trae la forma de ordenar el inventario, no solo habla indistintamente, sino que da á entender, que se debe practicar así. " E primeramente otorgó, é vino conociendo que habia fallado en los bienes de su padre el finado, tantas cosas muebles, é tantas raices, é tantas debdas quel devian, ó quel devia, nombrando todas estas cosas quantas son, é quales. E otrosí quien son los debdores, é quantas son las cartas de las debdas, é por qual Escrivano fueron fechas." Pero si alguno de los interesados negare el débito, bastará su negativa para impedir su deduccion, aunque el que formalizó el inventario, le haya confesado. (b)

20 Igualmente se deben inventariar las cosas litigiosas con esta qualidad: pero no han de dividirse hasta que se declare, si pertenecen ó no á la herencia. (c) Asimismo se han de inventariar las agenas que al tiempo de la muerte del testador se encuentran entre las de este, téngalas en depósito, comodato, ó prenda, para que no se pierdan, ni extravien, ni se haga fraude á sus dueños, (d) á no ser que estos repugnen que se inventarien, (e) en cuyo caso si piden que se les entreguen, y los herederos no niegan que sean suyas, basta que justifiquen

(a) Fragos. de Regimin. reipublic. p. 3 lib. 5 disp. 8 §. 8 n. 59. Guerreir. de Divis. lib. 6 cap. 4 nn. 4, &c. y 9. (b) Surd. consil. 5 nn. 22, &c. y 30. Guerreir. dich. cap. 23 n. 7 y de Inventar. c. 10 cit. n. 23. (c) Guerreir. dich. cap. 10 nn. 13, 66 y 67. (d) Cancer. p. 3 Var. cap. 2 n. 43. Castill. de Tert. cap. 30 nn. 29 y 30. (e) Boler. de Decoction. debitor. tit. 5 q. 31 n. 14.

sumariamente serlo, y si lo confiesan, porque les consta, no hay para que hacer la justificacion; pero si alguno de ellos lo niega, es preciso que en via ordinaria acrediten pertenecerles. (a)

21 En los propios términos deben inventariarse los frutos de los bienes libres y vinculados del testador, sean naturales como trigo, vino, aceyte y otros semejantes, para cuya produccion es necesaria ó no la industria humana, sean civiles como réditos, pensiones, alquileres, arrendamientos de tierras, viñas y olivares, censos, juros, efectos y oficios; y esten pendientes en las mismas fincas, ó se hayan vencido hasta el dia de su muerte. Tambien se han de inventariar las mejoras hechas en los bienes libres, pues todo aumenta su herencia; (b) y en quanto á las de los vinculados respecto no tocar parte alguna de ellas á la muger, hijos, ni herederos del poseedor difunto segun la ley 46 de Toro, (c) tengo por inútil que se inventarien; pero los frutos naturales y civiles que no quedaron pendientes ni vencidos, y produxeron los bienes privativos del muerto, ó del vivo, miéntras se evacuó la particion, no se han de inventariar despues, ni partir con este ni con los herederos de aquel, porque son propios del dueño de las fincas, censos y efectos que los rindieron; (d) excepto en los casos en que continue tácitamente la sociedad conyugal, los quales se expresarán en el lug. cit.

22 Los vestidos de la muger é hijos del difunto se deben poner asimismo en el inventario, excepto los quotidianos, aunque si su padre, ó marido les hubiesen dado para este uso los preciosos, como suelen hacer los Magnates y ricos, ó en el pueblo hubiere costumbre de que entre estas personas se tengan los adornos y vestidos preciosos de la muger é hijos del difunto por quotidianos, no se inventariarán y ántes bien se estimarán como donados por este en parte de los alimentos á que

(a) Mendez de Castr. in Prax. part. 1 lib. 3 n. 57. Guerreir. lug. cit. nn. 15 y 16. (b) Guerreir. lug. cit. nn. 79 y 80. (c) Véase el cap. 4 §. 3 de este lib. (d) Ayor. part. 1 cap. 6 n. 10.

estaba obligado, y los harán suyos: (a) lo qual se practica en esta corte con los vestidos y joyas que las Grandes compran con lo que se les dá con título de alfileres, ó gastos de cámara, pues son suyos privativamente, porque se pacta así en las capitulaciones, y hay tal costumbre. (b)

23 El lecho quotidiano se debe inventariar con distincion y especificacion de las cosas de que se compone; pues aunque sino hay acreedores, no se ha de dividir, porque toca al viudo ó viuda, como diré mas adelante, sirve su descripcion para su restitucion específica en el estado en que se halle, si se vuelve á casar, segun tambien expondré; y en caso de haberlos, para que no se dude, si es el festivo, ó quotidiano, ó si le ha de llevar, ó no el viudo ó viuda en perjuicio de ellos. (c) Si se omite inventariarle, no se debe abonar al viudo, porque es visto haberse quedado con él y carece de accion para que se le abonen dos.

24 Los bienes legados específicamente se deben inventariar y tasar, aunque el legatario lo resista, no dudándose que son de la herencia, para ver si caben, ó no en el tercio, ó quinto en caso de ser ascendientes, ó descendientes legítimos los herederos. (d)

25 Ultimamente se han de inventariar los bienes dotales, parafernales y hereditarios de la muger que se hallen entre los de su difunto marido, no para dividirlos entre los herederos de éste sino para entregarlos á su tiempo á su viuda; (e) pues se presume que todos los que dexa el testador, son suyos, miéntras no se pruebe lo contrario, (f) y así se deben inventariar como tales, haciéndose despues en el juicio de division la separacion y repartimiento correspondientes: todo lo qual se observa

(a) Surd. de Alim. tit. 4 quæst. 2 n. 20. Guerreir. cap. 10 cit. nn. 94, 104 y 105. (b) Véase acerca del vestido ordinario de la viuda el n. 47 cap. 6 de este lib. (c) Ayor. part. 1 cap 3 n. 40. Guerreir. cap. 10 cit. nn. 109 y 110. (d) Ayor. part. 1 cap. 3 n. 36 al fin. Valasc. de Parv. cap. 8 n. 51 vers. Si vero hæres. (e) Guerreir. lug. cit. n. 117. (f) Guerreir. de Invent. lib. 1 cap. 4 nn. 5 y 6.

en esta corte, y ha de observarse como justo y arreglado. (a)

26 El Escribano no ha de proceder en este inventario por inquisicion ni apremio como en el de la via executiva y causa criminal, que es propiamente embargo dirigido á asegurar el débito, pena y costas, sino que debe estar á la manifestacion voluntaria del que hace el inventario; pues si se verificase ocultacion, toca á los interesados usar de la accion que les concede el derecho para no ser perjudicados; y todos los bienes se han de depositar en quien quieran aquellos por su cuenta y riesgo, ó en quien formaliza el inventario, porque aunque ni la ley 99 que trata del que hace el curador de los bienes de su menor, ni la 100 tit. 18 P. 3 que expresa el modo de hacer el de los bienes del difunto, ni otra alguna manda que se depositen, se ha introducido esta costumbre para precaver su extravío; bien que si el heredero está ausente, y el difunto no ha comisionado á nadie su custodia, la debe encargar el Juez á persona abonada para impedir su ocultacion, y entregárselos á su dueño, quando venga, ó á quien le represente.

27 Se ha de añadir al inventario el importe del daño que uno de los herederos causó en algunas cosas de la herencia, y el de las que tomó, ó substraxo de esta despues de la muerte del testador, si lo confiesa, ó por otro medio legal se acredita sumariamente, y se le ha de adjudicar en vacío, ó entrada por salida, como si efectivamente se le entregára por el precio que valian ántes de deteriorarlas; y si lo niega, se inventariarán no obstante como cosa dudosa y aplicarán proporcionalmente á cada uno en la particion, para que perciba su parte, caso que aquel sea condenado en el juicio plenario. Pero si el heredero hizo el daño ántes de fallecer el testador, no se ha de inventariar ni hacer mérito de él en el juicio divisorio sino usar de su derecho los coherederos en el correspondiente,

(a) Sobre si se debe inventariar y partir el dinero del caudal comun de marido y muger puesto en el fondo vitalicio en cabeza del viudo ó viuda ó de alguno de sus hijos, ó por la vida de otro, véase el cap. 15 de la 1 part. n. 12 al fin.

porque exîge mas prolijo exámen é investigacion; y si es condenado el heredero á su resarcimiento, se repartirá despues su importe entre todos en la forma expuesta, (a) sin que por esto se suspenda la particion de los bienes efectivos.

28 Contienden muchas veces los herederos sobre si se han de inventariar y dividir algunos bienes que se hallan entre los de la herencia, y lo que se debe practicar, es lo siguiente. Si por su confesion, por sumaria informacion que el Juez reciba de oficio, ó por sentencia consta que son agenos, ó de mayorazgo, sujetos á restitucion, no se deben inventariar ni adjudicar en la particion al que afirma que son suyos, porque á este no pertenece el juicio de division, por no ser heredero ni tener derecho á la herencia, y así han de separarse de esta y entregarse luego á su dueño. (b) Si lo niegan, y no consta entónces lo contrario por otro medio, se ha de reservar su derecho al pretendiente para otro juicio, porque requiere mas pleno conocimiento é indagacion, en cuya atencion se inventariarán y dividirán con la calidad de restituirlos los herederos al que dice ser su dueño, si por tal se le declarase. (c) Y si no consta incontinente, si tocan, ó no á la herencia, porque unos herederos afirman y otros niegan pertenecerle, se han de distinguir tres casos. El primero es quando los bienes se encuentran entre los del difunto, y este los poseia como libres, en el qual no solo se han de inventariar sino tambien dividir, porque segun estan, se conceptuan, y por la poderosa razon legal de la posesion en que estaba el difunto, que induce á su favor la presuncion de ser suyos; pero á los que lo contradicen, se reservará su derecho, para que sobre su propiedad le deduzcan en via ordinaria, por exîgir mayor inspeccion y conocimiento. (d) El segundo es, quando no se duda haberlos poseido el difunto, sino solamente si los poseia como libres, vinculados, ó sujetos á restitucion, por afir-

(a) Ayor. part. 1 cap. 3 n. 37. Valasc. cap. 8 cit. n. 56. (b) Ayor. lug. cit. n. 36. Valasc. lug. cit. n. 51. (c) DD. ley 3 §. 12 ff. ad Exhibendum. (d) Valasc. n. 54 cit. vers. Si vero non poterit. Ayor. dicho n. 36. Guerreir. dicho cap. 10 nn. 89 y 90.

mar algunos de los herederos una cosa y otros otra, en cuyo caso se ha de recurrir á conjeturas, y si por algunas se prueba estar vinculados, concurriendo con ellas la fama de haberlos poseido el difunto en este concepto, se han de inventariar, mas no estimar ni dividir hasta que con previo y maduro exámen se decida la duda (*a*). Y el tercer caso es, quando de ningun modo aparece breve y sumariamente, si los bienes sobre que se controvierte, son agenos, ó del difunto, y entónces no se deben inventariar ni dividir, por prevalecer la pretension del que afirma no ser de este. (*b*)

29 El quarto requisito para la validacion del inventario solemne es, que se pongan en él como forma substancial el dia, mes, año y lugar en que se empieza y concluye del mismo modo que en qualquiera instrumento público; pues de lo contrario no vale. (*c*) Pero así como en los instrumentos no necesita el Escribano poner con individualidad la casa, pieza, ni hora en que se otorgan, pues basta hacer mencion del pueblo con el dia, mes, año y otorgantes, así tampoco en los inventarios es necesario que ponga las piezas en que se hallan los bienes muebles que cada dia se sientan; y solo será conveniente expresar la hora en que se principia y concluye en cada uno para que se sepa las que se emplean á fin de regular las dietas ó salarios; como tambien será muy útil mencionarla en los instrumentos quando un deudor otorga muchas obligaciones en un dia á favor de diversos sugetos ante un mismo Escribano, para graduarlos por el tiempo en caso de ocurrencia, ó concurso. Antes del año de 1383 en que Don Juan el primero mandó se contasen los años desde el dia del nacimiento de J. C. se contaban por eras, ó por la era de César que principia 38 años ántes de la Christiana que seguimos, como lo verá el Escribano en instrumentos anteriores á dicho año.

(*a*) Guerreir. n. 92. (*b*) Valasc. n. 53. Guerreir. n. 93. (*c*) Roland. de Inventar. p. 3 cap. 17 y 18. Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 6 nn. 1 y 2.

30 El quinto requisito del inventario es que presencien su formacion tres testigos, en quienes concurran tres circunstancias: la primera es que sean varones de buena fama y vecinos del pueblo en que se formaliza. (*a*) La segunda es que conozcan al heredero, ó al que hace el inventario, como se echa de ver en la ley 5 tit. 6 P. 6. "Estonce devese fazer tal escrito ante tres testigos, que sean omes de buena fama, é atales que conozcan á los herederos." Y la tercera es que vean lo que se inventaria, y oigan y entiendan lo que se escribe y sienta, y no lo uno sin lo otro, por lo que el ciego no puede ser testigo en el inventario, (*b*) ni tampoco el sordo total, sea de nacimiento, ó por enfermedad.

31 Pero se duda, si valdrá el inventario, ó instrumento, quando los testigos le impugnen, para cuya resolucion se distinguen cinco casos: el primero, quando todos le desaprueban, y entónces no vale, ni hace fé: (*c*) el segundo, quando uno, ó dos le reprueban, y tres ó mas le aprueban, en cuyo caso es válido así el inventario como el instrumento, excepto que los primeros depongan que el contrato contenido en este no se hizo en el tiempo y lugar que se menciona, porque los contrayentes, ó alguno de ellos se hallaban en cierto pueblo tan distante que era moralmente imposible haberse hallado allí: (*d*) el tercero, quando en igual número le aprueban unos testigos y le reprueban otros, en el qual caso debe prevalecer la deposicion de aquellos, porque en duda se ha de estar por la validacion del acto, (*e*) y mas crédito se da á los testigos instrumentales que afirman que á los que niegan: el quarto, quando el testigo que reprueba el instrumento, fué puesto en él sin que se requiriese por necesidad, ó precepto legal, y entónces este basta para enervar ó destruir

(*a*) Ley 100 t. 18 P. 3 cerca del fin. (*b*) Guerreir. de Inventar. lib. 2 cap. 6 nn. 1 &c. y 14. (*c*) Cald. de Emption. et vendition. cap. 6 n. 4 y consil. 24 nn. 20 y sigg. Valasc. consult. 93. Guerreir. cap. 6 cit. n. 34. (*d*) Parej. de Instrum. edition. tom. 1 tit. 1 resol. 3 §. 3 n. 15. Cald. dict. cap. 6 nn. 4 y 8. Guerreir. lug. cit. nn. 35 y 36. (*e*) Cald. lug. cit. n. 5.

su fé, si los demas no deponen de positivo por él; (a) y el quinto, quando algunos de los testigos instrumentales dicen que no se acuerdan, si presenciaron ó no su celebracion, en cuyo caso no se debilita su fé, porque nada afirman contra él. (b)

32 El sexto requisito es segun unas leyes de Partida (c) que quien hace el inventario, le subscriba, ó firme, y si no sabe, un Escribano por él; mas lo que se practica, es que el heredero ó el que hace el inventario firme todos los dias con los interesados presentes el inventario y tasacion de los bienes, depositense, ó no en él; y si no sabe escribir, firma por él y por los demas que tampoco saben, un testigo á su ruego como en qualquiera instrumento, autorizando el Escribano de la comision el acto, sin que (esten ó no presentes los legatarios, ó todos los herederos) intervenga mas Escribano, con lo qual queda firme el inventario; y así no se observa la disposicion de las leyes citadas, por ser esto imposible en lugares, en que no hay mas que un Escribano, ó ninguno, y dicha práctica como inmemorial é inconcusa tiene fuerza de ley.

33 El séptimo requisito es que se empiece y concluya el inventario dentro del término legal. El heredero está obligado á principiarle dentro de los 30 dias siguientes á él en que sepa que está instituido, y concluirle dentro de tres meses (inclusos los 30 dias) si en el distrito del pueblo del fallecimiento del testador se hallan los bienes de la herencia; pues hallándose algunos en otra jurisdiccion, se le puede conceder un año á mas de los tres meses, (d) cuyo término como señalado por la ley es perentorio, no le puede prorogar el Juez, y corre al enfermo é impedido; (e) si bien algunos afirman que si hubiese causa grave y justo impe-

(a) Valasc. consult. 93 cit. Cald. lug. cit. n. 6. Guerreir. de Invent. lib. 2 cap. 6 n. 40. (b) Guerreir. lug. cit. nn. 42 y 43. Cald. ilich. n. 5. Valasc. cons. 183 n. 29. Véase el n. 364 del juicio ordinario. (c) Las 100 citadas al fin y 5 t. 6 P. 6. (d) Ley 5 citada. (e) Valasc. cons. 502 n. 9 Ciriac. controvers. 501.

dimento, podrá prorogarle. En esta corte se suele empezar regularmente dentro del novenario, mas por principiarse fuera de él no se invalida, si se comienza y concluye en el término legal, como lo he visto practicar, practicado de ámbos modos, y confirmado por no ser contra ley sino ántes bien conforme á ella.

34 Para que corra el término expresado, es preciso que el heredero acepte la herencia, (*a*) por lo que si pide al Juez nueve meses para deliberar, si la ha de aceptar ó repudiar, ó al Soberano un año, que es el término que le pueden conceder (*b*) para este efecto, no le corre en su intermedio hasta que acepte, excepto que por dolo difiera su aceptacion y espire el tiempo de aceptar, en cuyo caso correrá y le perjudicará, si dentro de él no le formaliza. (*c*)

35 Pero lo que se practica para evitar dilaciones y perjuicios es aceptar el heredero la herencia con beneficio de inventario, con lo qual no necesita pedir ni gastar tiempo en deliberar, si la ha de aceptar ó repudiar, ni queda obligado á mas de lo que alcanza la herencia, por deudas ni legados, si hace el inventario en el término y con la pureza que prescribe el derecho.

36 Los herederos pueden ser reconvenidos como tales por los acreedores del difunto pasados nueve dias despues de su muerte; pero ni dentro de estos, ni miéntras se formaliza el inventario, deben inquietarlos los legatarios ni fideicomisarios, (*d*) lo qual se observa; bien que á los acreedores no se paga, ni debe pagar hasta que se finalizan el inventario y tasacion, excepto que se conozca que hay para todos y para heredar, porque de lo contrario podrán ser perjudicados los privilegiados, si á los que no lo son se paga ántes.

37 El octavo y último requisito es que quien ha hecho el inventario jure haberle formalizado bien y fielmente

(*a*) Valasc. lug. cit. n. 6. Conciol. de Hærede solvente debita defuncti art. 1 n. 406. (*b*) Ley 2 tit. 6 P. 6. (*c*) Roland. de Inventar. part. 3 q. 12 n. 1. (*d*) Leyes fin. t. 13 P. 1, 7. t. 6 P. 6 y 13 t. 9 Part. 7.

sin omitir cosa alguna á sabiendas, y que proteste agregar á él otros qualesquiera bienes y efectos que aparezcan pertenecer á la herencia, incontinente que llegue á su noticia, segun se practica y debe hacer; pero este juramento no es esencial en el inventario, pues solo se manda que quien le haga diga en él que es verdadero, y se ha formalizado con exáctitud y legalidad, (*a*) por manera que el juramento únicamente sirve para excluir la presuncion de que ha ocultado algo, y para que el que alega la ocultacion, tenga el gravámen de probarla, como que le incumbe, porque se funda en afirmativa probable. La protesta es para no incurrir en la pena impuesta á los que no le hacen con pureza, de que trataré en el §. 4 de este capítulo.

§. II.

Qué personas estan, ó no obligadas á hacer inventario solemne, con cuyo motivo se trata extensamente de tutelas y curadurías: quándo el heredero deberá pagar las deudas y legados del difunto, aunque sus bienes no alcancen para todo; y si por la formacion de dicho inventario es visto haber aceptado ó no la herencia.

38 Regularmente hablando deben hacer inventario solemne cinco clases de personas, que son: el *heredero*, sea simple y absolutamente instituido, ó *fiduciario*, que es el gravado á restituir á otro la herencia á cierto tiempo, pues debe dar cuenta á este que se llama heredero *fideicomisario*: el *tutor* y *curador*, *el administrador de bienes agenos*, el *Prelado eclesiástico* y el *fisco*; (*b*) y en una palabra todos los que tienen que dar cuenta de bienes que se les entregan para su custodia y administracion. De cada uno se tratará separadamente.

39 El heredero está obligado á pagar las deudas que

(*a*) Leyes 100 al fin tit. 18 P. 3 y 5 cerca del fin tit. 6 P. 6. (*b*) Ayor. de Part. part. 1 cap. 2 n. 9. Guerrein. de Inventar. lib. 2 cap. 9 n. 1. Góm. lib. 1. Var. cap. 5 n. 10 y Ayllon. n. 12.

el difunto dexó contra sus bienes, ya porque representa su persona y se transfieren en él todas las acciones que competian al difunto contra otros, así como en otros contra él; y ya porque aceptando el heredero la herencia se dice que quasi contrae con los acreedores y legatarios; pero si hace el inventario en los términos ya dichos, solo está obligado á lo que alcancen los bienes de la herencia; (a) y aunque pague primero las mandas que las deudas, no deben reconvenirle los acreedores ántes que á los legatarios sino á estos primero, y por lo que falte á él, hasta en lo que importe la herencia: (b) procediendo lo mismo si paga á los acreedores que acudan primeramente á cobrar sus créditos ignorando que hay otros mas privilegiados que ellos; (c) y no haciéndole en la forma expuesta, si la acepta, ó como heredero entra en ella, tiene obligacion, regularmente hablando, de satisfacer todas las deudas y legados, aunque los bienes del difunto no cubran su total importe: (d) lo qual se entiende, ya sea legítimo, ó extraño, varon, ó hembra, instituido solo, ó con otros, mayor, ó menor, y ya suceda por testamento, abintestato, ó contra testamento. (e) Y el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario, puede deducir de ella las expensas que hizo en defenderla contra los que intentaban ser coherederos, ántes que pague las deudas del testador, si obtuvo excluirlos de ella. (f)

40 La proposicion sentada en el número inmediato se limita en varios casos, de los quales expresaremos ocho. El primero es quando el heredero goza del privilegio de no deber ser reconvenido en mas de su posibilidad; pues entónces no estará obligado por deudas ni legados á mas de lo que importe la herencia. (g) El

(a) Leyes 5 y 7 tit. 6 P. 6. (b) Dicha ley 7 verb. Pero decimos. (c) Greg. Lóp. dicha ley 7 glos. 9. (d) Ley 10 tit. 6 P. 6. (e) Valasco consult. 52 cit. nn. 5 y 36. Guerreir. de Inventar. lib. 2 cap. 11 n. 18. (f) Gait. de Credit. cap. 4 q. 11 nn. 1571 y 1924. Gracian. discept. for. cap. 257 n. 30. (g) Mostaz. de caus. piis lib. 4 cap. 11 lib. 7 cap. 5 nn. 1 &c. y 58, y c. 6 nn. 1 &c. y 71. Guerreir. dich. cap. 11 n. 86.

segundo es quando el testador mandó al heredero que pagase de sus bienes los legados, porque puede imponer á los legatarios las leyes y condiciones que quiera, y remitir á su heredero en perjuicio de ellos la formacion del inventario. (*a*) El tercero es quando fue inducido el heredero á aceptar la herencia por dolo de los acreedores y legatarios. (*b*) El quarto es quando los acreedores y legatarios confiesan no haber mas bienes en la herencia; pues aunque la ley quiere que el heredero que la acepta sin beneficio de inventario, se halle obligado á mas de lo que ella alcance, fundada en la presuncion que por este hecho resulta contra él, de haber substraido parte de ellos, y prohibe la prueba en contrario; no repele la confesion que hace la parte, porque esta no es propiamente prueba sino relevacion de ella. (*c*) El quinto es quando fue violentado á la adicion de la herencia, pues por la violencia no debe sentir comodidad ni incomodidad. (*d*) El sexto es quando en la aceptacion se padeció error ó equivocacion, porque el que yerra ó ignora, no se juzga que hace acto que induzca aceptacion; pues el error excluye el consentimiento, (*e*) sin este ninguna disposicion es estable (*f*) y lo que se hace con aquel, es lo mismo que sino se hiciera. (*g*) (1) El séptimo es quando la obligacion del difunto es nula por todos respectos, porque en este caso así como el difunto puede dexar de cumplirla, del mismo modo y con superior razon su heredero. (*h*) Y el octavo

(*a*) Surd. de Alim. privil. 13 n. 4. Guerreir. lug. cit. n. 93. (*b*) Surd. consil. 15 n. 17. (*c*) Pacian. de Probat. lib. 1. cap. 11. Menoch. de Arb. cas. 484 n. 5. (*d*) Góm. lib. 1. Var. cap. 5 n. 3 y en él Ayllon. (*e*) Surd. consil. 150 n. 42. (*f*) Ley 2 ff. de Obligation. et action. (*g*) Guzm. de Veritat. verit. 17 nn. 1 y sig. Valasc. consult. 83 n. 26.

(1) Esta limitacion por sí sola casi ó sin casi destruye la regla general. ¿Qué acto, qué instrumento, qué obligacion tendria subsistencia, si el error, ó la ignorancia con que se escude el obligado, es suficiente para invalidarlos? En vez de ser indulgentes con el error y la ignorancia, ¿no convendria mas castigarlos para que hubiese ménos del uno y de la otra? Así como á la sombra de una indiscreta y criminal compasion crecen y se propagan los delitos, así tambien la necia indulgencia con el error y la ignorancia aumenta el número de los errados é ignorantes.

(*h*) Guerreir. dich. cap. 11 n. 118.

es quando el heredero es *menor*, no tiene padre ni curador, y fue leso en la adicion de la herencia sin beneficio de inventario; pues probada la lesion, y pedida la restitucion por entero, se le debe conceder y volver al estado que tenia ántes de su aceptacion, citando y oyendo á los acreedores, y no de otra suerte. (*a*)

41 La segunda clase de personas que estan obligadas á hacer inventario solemne, son el tutor y curador, y siendo muy conveniente saber, quáles se llaman así, á quienes y por quienes se han de dar, quántas clases hay de ellos, y de tutelas y curadurías, quando y por qué causas se acaban estas, qué excusas pueden eximir de su admision á los nombrados, á qué estan obligados, y qué premio se les debe dar por evacuar fiel y exactamente su encargo; para que se tome una mediana tintura de estos siete particulares, ó puntos que tienen conexion con este capítulo, son frequentes en la práctica de los tribunales, y no estan tratados en castellano con la claridad y extension que exigen, paso á explicarlos por su órden con la claridad y brevedad posible; pero ántes de entrar en su discusion debo hacer tres suposiciones. Primera. El *estado* en los hombres no es otra cosa que *la condicion ó la manera en que viven ó estan*. (*b*) La variedad de sus condiciones proviene ó de la naturaleza, ó de la voluntad de ellos mismos, por lo que su estado es natural, ó civil. Segun el natural, del qual trato, pueden estar nacidos, ó por nacer, y á estos que se llaman *postumos* ó postreros en el nacer, conceden las leyes por razon de humanidad los remedios posesorios, los de tenuta y restitucion por entero, y las demas prerogativas que á los nacidos, por manera que les aprovecha como á estos todo lo que se hace en su favor; (*c*) y aunque hasta que nacen, no son tenidos por hombres ni herederos de sus padres, ni se los debe la legítima, ni pueden pedir su parte de herencia, podrán no

(*a*) Ley 7 tit. 19 P. 6. Cirias contror. 264. Cancer. parv. 1. Var. cap. 2 n. 71. (*b*) Ley 1 tit. 23 P. 4. (*c*) Ley 2 tit. 23 P. 4. Lara Compend. vitæ hom. cap. 1 n. 4, cap. 2 n. 4.

obstante ser instituidos herederos, y substituidos y nombrados substitutos de otros, y se les puede dar tutor, nazcan varones, hembras, ó hermofroditas, porque en todo esto se entiende la tácita condicion de que salgan á luz; (a) aunque el póstumo no revoca la donacion hecha por su padre hasta que nace, ni se le restituyen los frutos sino desde el dia de su nacimiento. (b) Mas para gozar de todo lo expresado, y para que se estime natural y no abortivo su nacimiento, han de concurrir precisa y copulativamente en ellos quatro circunstancias, (c) en tanto grado que la falta de una sola basta para privarlos del derecho de suceder á sus ascendientes. La primera es que nazcan entera y no parcialmente vivos, y con figura de racionales, porque si la tienen de brutos, no se contarán en el número de los hombres ni hijos sino de los muertos y monstruos, lo qual no sucederá teniendo forma humana, aunque sean disformes, ó defectuosos en algun miembro, ó parte de su cuerpo. (d) La segunda es que nazcan en tiempo hábil ó legítimo, que es en el séptimo, nono ó décimo mes, y no dentro del octavo ni undécimo; bien que esto tiene su limitacion, cuyo discernimiento y explicacion incumbe á los Físicos y Anatómicos. (e) La tercera es que despues de nacidos vivan 24 horas naturales á lo ménos. Y la quarta, que se les bautice ántes de morir, (f) aunque sea con agua que llaman de socorro. Y es de notar que si de un parto nacen dos, varon y hembra, se presume nacido ántes el varon como de naturaleza mas robusta; (1) y siendo ámbos varones ó hembras, y no

(a) Lara dicho cap. 2 nn. 1, 2, 3 y 4, cap. 6 y cap. 11. (b) Lara cap. 2 cit. n. fin. (c) Véase el n. 42 cap. 1 P. 1. (d) Ley 5 tit. 23 P. 4. (e) Véase la nota del n. 46 cap. 1 P. 1. (f) Leyes 4 y 5 tit. 23 P. 4, y ½ tit. 8 lib. 5 R.

(1) La ley 12 que se cita solo dice, *que debemos entender que el varon salió primero, pues que non se puede averiguar el contrario*; pero á favor del varon podrá alegarse una fuerte presuncion fundada en la autoridad de Hipócrates y en la asercion de casi todas las mugeres que han dado á luz muchos hijos. El primero asegura que el feto masculino se desenvuelve más prontamente que el femenino, y que á los 30 dias se distinguen todas las partes del cuerpo del varon, siendo así que las del

constando qual nació primero, se contemplan iguales, por lo que corresponderá igualmente á cada uno lo que corresponderia solo al primogénito. (a)

42 Segunda suposicion. Los nacidos pueden ser mayores de 25 años, ó menores de ellos, y estos considerarse ántes, ó en la pubertad ó adolescencia que en los varones empieza á los 14 años cumplidos y en las hembras á los 12, (b) hasta los quales dura la edad pupilar en todos los casos. La razon física, natural y en mi entender verdadera, de habilitar las leyes á las hembras ántes que á los varones, es porque todo lo que regularmente se acaba mas presto, se perfecciona con mayor prontitud, y lo que es mas tardo en perfeccionarse, lo es tambien en espirar, ó acabarse, (c) como lo vemos en los vegetales, en los brutos y aun en los racionales, y así las mugeres son infecundas por lo general á los 50 años y aun ántes, y los hombres pueden propagar hasta los 80. (d) (1)

43 Tercera suposicion. Á los menores considerados ántes de la pubertad se da el nombre de *pupilos*, (e) que

cuerpo de la hembra no se perciben hasta 42 dias. Y las segundas afirman que las hembras nacen mas tarde que los varones. Buffon Hist. nat. tom. 3 pag. 405 y 430.

(a) Ley 12 tit. 33 P. 7. Sobre lo que se debe hacer, quando de un parto nacen dos hijos, ó quando muerto el marido se casa incontinente ó á poco tiempo su viuda, y pare dentro del en que el hijo puede ser del difunto, ó del nuevo marido, y en otros casos semejantes, véase á Lara en el tratado citado cap. 4 y cap. 12 nu. 5 y sig. y á Roxas de Incompat. part. 2 cap. 4. (b) Leyes 12 y ult. tit. 16 P. 6. (c) Plin. lib. 17 cap. 44. (d) Ley 12 Cod. de Legit. hæredib. Solin. Polihystor. cap. 4.

(1) "La edad en que el hombre pierde la facultad de engendrar, dice el Conde de Buffon, (tom. 4 de su historia natural pág. 100) no parece que está determinada por la naturaleza. Á los sesenta ó setenta años, tiempo en que la vejez empieza á enervar el cuerpo, el licor seminal es menos abundante y muchas veces cesa de ser prolífico; sin embargo tenemos bastantes exemplares de ancianos que han engendrado hasta los ochenta y noventa años, y las colecciones de observaciones estan llenas de hechos de esta especie." Mas no obstante creo que para dar asenso, por lo ménos como físico ó naturalista, á algun caso semejante, quando se ofrezca, será necesario tener bastante confianza en la virtud de la madre y atender muchas circunstancias.

(e) Ley 4 tit. 12 P. 4.

quiere decir, *niños pequeños*, (a) y el de *infantes*, ó que no saben hablar por falta de edad, desde que nacen, hasta que cumplen los 7 años, (b) (1) y así si se les dexa alguna herencia ó legado para quando hablen, se entiende cumplida esta condicion inconmutamente que articulen las palabras de qualquier idioma, sin que sea necesario que hablen perfectamente y con discrecion. (2) Llámanse *próximos á la infancia* desde los 7 años hasta los 10 y medio, hasta los quales por delito que cometan, no incurren en las penas legales, porque no se les contempla capaces de dolo y malicia, (c) y *próximos á la pubertad* desde los 10 y medio hasta los 12 y 14 respectivamente, (3) en cuyo tiempo por la razon contraria estan sujetos á dichas penas, (d) de suerte que en los delitos comunes se castiga con la ordinaria á los que tienen 17 años cumplidos, (e) y en los de lesa Magestad la intencion manifestada exteriormente con dichos ó hechos. (f) La menor edad tanto en los varones como en las hembras llega solamente hasta los 25 años, cumplidos los quales pueden gobernarse por sí. (g)

44 Sentadas estas tres suposiciones como conducen-

(a) Rubinos in Diccionar. litter. P. ante V. (b) Leyes 1 tit. 7. P. 2 y 4 tit. 10 P. 4. Lara Compend. vitæ homin. cap. 14 nn. 1 &c. y 62.

(1) Los menores de 7 años no se llaman *infantes*, porque ántes no pronuncien, ni hablen claramente, pues por lo regular hacen esto los niños á los dos años y medio, sino mas bien porque hasta dicha edad no entienden lo que dicen.

(2) Excepto que por razon del asunto deba creerse otra cosa, como si se requiere el habla para algun acto verbal que exija entendimiento. Véase á Lara Compend. vit. hom. cap. 15.

(c) Leyes 8 tit. 9 y 8 t. 31 P. 7.

(3) La hembra será próxima á la infancia ántes de cumplir los 9 años y medio, porque en efecto se halla entonces mas próxima á esta que á la pubertad, y cumplido dicho tiempo será por igual razon próxima á la pubertad, así como en los varones por empezar su pubertad á los 14 años el tiempo medio entre esta y la infancia es el de 10 y medio. Pero las leyes de Partida citadas no hacen tal distincion, y Febrero va conforme con ellas.

(d) Leyes 6 tit. 5, 2 tit. 7 y 4 tit. 19 P. 6, y 17 tit. 14 P. 7. Véase asimismo á Lara cap. 17 y 18. (e) Ley 8 tit. 31 P. 7. Gom. tlo. 3 Var. cap. 1 n. 63. (f) Ley 1 §. 6. ff. ad leg. Jul. Majestat. (g) Leyes 4 y 5 tit. 11 P. 5, y 2 tit. 19 P. 6. Véase la nota del n. 18 cap. 1 de la 1 part.

tes para la perfecta inteligencia de los puntos propuestos, digo que como los que no tienen 25 años, carecen de la experiencia, discernimiento, madurez y reflexion necesarias para saberse conducir, dispuso el derecho por su utilidad, por la del Estado, y con la mira de que siendo huerfanos de padre no los engañasen, ni perjudicasen los mayores de edad, se les proveyese de personas aptas que cuidasen de las suyas y de sus bienes, á las que dió el nombre de *tutores y curadores*, ordenando que los tutores se diesen á los pupilos y los curadores á los adultos. Así dice la ley 1 t. 16 P. 6 que la tutela "es guarda que es dada, é otorgada al huerfano libre menor de catorce años, é á la huerfana menor de doce años, que non se puede, nin sabe amparar." Y curador segun la ley 13 del mismo título y Partida "es aquel que dan por guardador á los mayores de catorce años, é menores de veinte y cinco, seyendo en su acuerdo." El pupilo debe recibir por tutor al que se le dé, aunque no le pida ni quiera, porque se le da principalmente para la custodia y defensa de su persona, y secundariamente para la de sus bienes; (a) y como el pupilo no puede obligarse civilmente ni testar, tiene facultad su tutor de celebrar por sí solo á nombre de él los contratos que se ofrezcan y le sean útiles, precediendo para ello las solemnidades legales. El curador se da al huerfano adulto, como tambien á los fatuos, locos y pródigos declarados aunque sean mayores de 25 años; por manera que el cuidado del curador se dirige principalmente á la administracion y custodia de los bienes del adulto, y accesoria ó secundariamente á la de su persona. (1) Igualmente

(a) Ley 1 tit. 16 P. 6.

(1) Nunca he podido comprehender, porque dicen todos los Jurisconsultos que el tutor se da principalmente para la custodia y defensa de la persona del menor, y secundariamente para la de sus bienes, y que por el contrario el curador se nombra principalmente para la guarda de los bienes del menor, y secundariamente para la de su persona. Ni en las leyes romanas ni en las nuestras creo se encontrará semejante diferencia. Yo entiendo muy bien que el tutor *debe ser dado para guardar la persona del mozo, é sus bienes, é non debe ser puesto por una cosa, ó un pleyto señalado tan solamente*: yo entiendo muy bien que no solo se puede

se nombran curadores, ó defensores á los bienes de los ausentes mucho tiempo de su patria cuyo paradero se ignora, á los de los cautivos, á los del difunto, quando está yacente, ó sin aceptar su herencia, y á los de otros que menciona Garcia. (a)

45 Todos los que tienen facultad para testar, pueden aunque sean menores, nombrar en su testamento, codicilo, ú otra última disposicion legítima, ó en contrato á los sugetos que les parezca, y no tengan prohibicion, (sean libres ó siervos) por tutores de sus hijos pupilos legítimos y naturales, nacidos y póstumos que esten en su poder; y careciendo de ellos pueden darlos tambien á los huerfanos extraños que instituyen herederos, sino los tienen, cuyo nombramiento deben hacerles para todo y no para una cosa sola, simplemente, ó con condicion, por tiempo determinado, ó sin prefinirle y con señales tan claras que no se dude quien es el nombrado, ni confunda con otro del propio nombre y apellido, pues confundiéndose, ninguno tendrá la tutela. (b) Pero de qualquiera de los modos expresados que se haga, se ha de seguir invariablemente la voluntad arreglada del testador, quien puede consignar al tutor por alimentos del pupilo todos los frutos que produzcan sus bienes, no siendo muy pingües y excesivos á lo que segun su esfera pueda gastar en su educacion y manutencion, en

nombrar curador general para la persona y bienes del menor sino tambien particular para un litigio ú otro negocio suyo: yo entiendo muy bien que los menores de 25 años no han de ser precisados á recibir curador; yo entiendo muy bien que las facultades de un tutor respecto de la persona del pupilo son y deben ser mayores que las de un curador respecto de la persona del menor, puesto que este tiene mas capacidad que aquel: yo entiendo muy bien que aun en la minoridad, tan peligrosa y expuesta por la debilidad del juicio y el vigor de las pasiones, son de mayor importancia y mas dignas de atencion la vida, la salud, la buena educacion y la instruccion correspondiente que no la hacienda y los bienes, en verdad mas funestos que útiles sin la rica y amable virtud: yo entiendo muy bien, digo, todo esto, pero de ninguna manera entiendo lo que entienden los Jurisconsultos. (Véase el n. 84.)

(a) De expensis cap. 20 al principio. (b) Leyes 1, 3, 6, 7 y 8. t. 16 P. 6. Glos. 1 en dicha ley 3. Gutierr. de Tutel. part. 1. cap. 6, 10, 11 y 13.

cuyo caso no tiene que dar cuenta de su produccion, lo qual es corriente en esta corte; y con dicha asignacion se discierne el cargo á los nombrados.

46 Al modo que todos los capaces de testar pueden nombrar tutores, pueden ser nombrados todos exceptuando los siguientes: el menor de 25 años, aunque esté casado, porque la ley habla indistintamente, y el matrimonio no le da capacidad para cuidar de otro, y por consiguiente la madre del huerfano, si no los tiene, pues mientras los cumple, debe el Juez proveer á este de curador que administre sus bienes: (a) (1) el mudo, sordo, ciego total, loco, fatuo y pródigo declarado: los deudores y acreedores del pupilo, á ménos que los nombre el mismo testador, ó lo sean de poca cantidad, ó su madre ó abuela: el que administra rentas Reales, interin no esté solvente de su administracion: el Caballero ó Soldado mientras se halla empleado en el Real servicio: el accidentado habitual ó impedido de exercer la tutela: los Obispos, los Monges y demas Religiosos profesos, y los Clérigos seculares; bien que estos pueden serlo de sus parientes, y entónces han de acudir ante el Juez competente dentro de quatro meses de como sepan el nombramiento, á aceptar y jurar la tutela. (b) Tampoco pueden ser tutores el excomulgado vitando, el fiador del deudor del pupilo, el que empeoró mucho de condicion, como si de rico vino á pobreza, pues aunque sea nombrado por el padre, no debe confirmarle el Juez. (c)

47 Como las mugeres carecen regularmente de la claridad de entendimiento, ciencia, juicio, reflexion, constancia y experiencia que tienen los hombres, les han

(a) Gutierr. n. 27 hasta el fin. Lara Compend. vitæ hom. cap. 19 n. fin.

(1) "Dispensa á una muger viuda de la edad que la falte para cumplir 25 años, á fin de poder ser tutora de los hijos que la queden de su difunto marido. Sirva á razon de 100 ducados de vellon por año." Cap. 30 del nuevo arancel de los servicios pecuniarios de las gracias llamadas al sacar por dispensa de ley, inserto en la Real cedula de 21 de Diciembre de 1800.

(b) Leyes 4 y 14 tit. 16, y 2 al fin tit. 17 P. 6. Olea de Ces. juris tit. 2 q. 6 n. 8. (c) Gutierr. part. 1 cap. 20 nn. 6, 23, 27 y 29.

prohibido las leyes ser tutoras, (1) excepto á la madre y abuela del pupilo, á quienes lo permiten por el entrañable y cordial afecto que profesan naturalmente á sus hijos y nietos, y porque habiendo de heredarlas, presumen cuidarán mejor que los demas parientes, y extraños de sus personas y bienes; cuyo permiso, aunque sean nombradas en testamento, se les concede con tal que se obliguen á no volverse á casar, mientras tengan la tutela, (2) y renuncien las leyes que prohiben á las mugeres obligarse por otro, para que nadie recele tratar con ellas en negocios peculiares de sus hijos y nietos: (4) siendo de notar que el padre no puede prohibir á la madre honesta y juiciosa que sea tutora de sus hijos, á no ser que les nombre tutor en su testamento, único medio de privarle de la tutela; (b) como ni tampoco gravar al tutor que da á su hijo, con que en su administracion siga los consejos de persona determinada, á ménos que la

(1) El entendimiento de las mugeres no es inferior al de los hombres como lo ha demostrado sabia y eruditamente nuestro profundo y celebre Feijoo. (Teatr. crit. tom. 1. discurs. 16.) ni la naturaleza ha condenado al bello sexo á ceder la preferencia al sexo varonil en las demas dotes que menciona Febrero. Al estudio, al manejo de los negocios, y al mayor trato de gentes y de mundo deben los hombres su superioridad en esta parte; mas sin embargo una mezquina lógica que frequentemente arguye del no ser al no poder ser, y que no considera por exemplo que el hombre de mayor perspicacia solo podrá hablar de agricultura, si unicamente ha empleado en ella su talento; ha hecho respecto de muchas qualidades un concepto ruin de las mugeres. Tengan estas las mismas ocupaciones que los hombres, y á fe que no serán entonces ménos aptas que ellos para desempeñar las tutelas, las curadurias, y los empleos públicos y de gobierno. Pero como al fin no tienen semejantes ocupaciones, y por otra parte es muy conveniente no distraerlas de sus deberes domesticos, ni de la educacion de sus hijos en la parte que les corresponde, cuyo exácto desempeño exige todo su tiempo, justamente les prohiben las leyes ser tutoras y curadoras.

(2) "Licencia á una muger viuda para que sin embargo de pasar á nuevo matrimonio pueda continuar en la tutela de su hijo ó hijos habidos en el anterior. Siendo personas particulares sirvan con 400 ducados de vellon: con 500 las que obtengan renta hasta 30 ducados: con 600 los titulos de Vizconde y Baron: con 700 los titulos de Castilla, Navarra, Aragon, Valencia, Cataluña y Mallorca; y con 10 los Grandes de España y Honorarios." Cap. 14 del citado arancel.

(a) Ley 4 tit. 16 P. 6. (b) Lara dicho cap. 19 n. 16.

nombre tambien por tutor, pues no le puede disminuir la facultad que la ley le concede. (a)

48 Pero esta tutela les dura solamente ínterin se conservan viudas, pues si contraen segundas bodas, entre las penas que por ello les están impuestas, y expresaré en el cap. 5 lib. 2 de esta segunda parte, una es que pierdan incontinente que se casen, no solo la tutela legítima sino tambien la testamentaria, porque en ámbas versa igual razon, (b) y así es nulo todo quanto practiquen como tales tutoras, porque ya no lo son: lo qual procede en tanto grado que sin embargo de ser dura y muy sensible la separacion de los hijos de la compañía de sus padres, sea ó no sospechosa la madre ó abuela, se deben sacar de su poder al pupilo y sus bienes, y son responsables no solamente los de ellas sino asimismo los del marido con quien casen, aunque este no los obligue expresamente, á los desfalcos que por la mala versacion y administracion padezcan los del pupilo; pues las leyes desconfian mucho de la muger que se vuelve á casar, porque *suele amar tanto al nuevo marido, que non tan solamente le daria los bienes de sus fijos; mas aun que consintiera en la muerte dellos por fazer plazer á su marido*, (c) como ha sucedido algunas veces. (1) Y si estando viudas

(a) Giurb. decis 7 n. 10. (b) Ley 5 tit. 16 P. 6. Gutier. part. 1. cap. 19 n. 16. (c) Leyes 26 tit. 13 P. 5. 19 al fin tit. 16 P. 6 y 3 tit. 7 lib. 3 del Fuero Real. Lara dicta cap. 19 nn. 24 y 25.

(1) Yo no privaria de la tutela de sus hijos á la muger que casase segunda vez. El amor materno, no incompatible con el que se tenga al nuevo marido, es un poderosísimo incentivo para mirar por el bien de los hijos; ni el afecto que profesan las mugeres á sus maridos, es, como vemos, tan desatinado y furioso que por él hayan de olvidarse de las personas á quienes dieron el ser y llevaron en su vientre. Confieso que seria mas útil á los hijos que su madre no contraxese segundo matrimonio; pero no pienso que por lo comun fuese mas perjudicial para ellos permanecer baxo la potestad de aquella que pasar á la de otros tutores parientes ó extraños, si reflexiono sobre la conducta general de estos. Los casos tan horrendos como raros no deben tenerse en consideracion, y respecto de los padrastros y aun de sus mugeres podrian las leyes tomar algunas sabias precauciones. Supuestos dos males ha de reflexionarse atentamente qual es el menor, y yo no

dicen al Juez que quieren casarse y le hacen que provea de tutor á sus hijos, no recuperarán la tutela, aun quando despues de provisto muden de parecer y no se casen; (a) ni tampoco aunque casándose enviuden del marido segundo, sino en subsidio, que es quando sus hijos no tienen tutor, ó no le pueden tener, ó no es idóneo y no de otra suerte, (b) en cuyo caso las podrá reelegir el Juez. (1)

49 Lo expuesto procede sin embargo de que el difunto haya mandado que por contraer segundas nupcias su muger, no se le quite la tutela; porque este precepto cede en detrimento de tercero, que son los mismos hijos, y carece de facultad el marido para perjudicarlos, violar las leyes y hacer que su voluntad prevalezca contra lo que justamente ordenan; (c) por lo que si la madre nunca quiso la tutela, pasará al tutor legítimo mas cercano en grado de consanguinidad que sea idóneo, caso que no haya otro nombrado por el padre del pupilo. Lo propio sucederá, si la aceptó y luego se casó; (d) pero si habiéndola aceptado acude al Juez diciendo que intenta casarse y pidiéndole que dé tutor á sus hijos, será entónces tutor dativo que se preferirá al legítimo, (e) (2) y aun quando

fuera el abogado de la muger que hubiese contraído segundas nupcias, si para la tutela y curaduría se hiciese entre los parientes ó extraños una buena eleccion.

(a) Baez. de Decim. tutori c. 4 num. 52. Gutier. lug. cit. n. 1.

(a) Gutier. nn. 26 y 27. Roxas Almansa de Incompat. disp. 3 q. 10 n. 57. Lara n. 39.

(1) Yo preferiria á la madre en uno y otro caso por el bien de los hijos.

(c) Gom. ley 15 de Toro n. 11 al fin. Aceb. en la 3 tit. 1. lib. 5 R. n. 5. Matienz. en esta glos. 2 n. 9. (d) Ley 2 Cod. Qui petant tutores. (e) Gom. n. 12. Matienz. n. 11. Gutier. n. 21. Greg. Lop. ley 5 tit. 16 P. 6 glos. 3.

(2) Es un error manifiesto asegurar que pidiendo la madre al Juez de tutor á sus hijos, podrá nombrar á un extraño con exclusion del pariente del pupilo, quando la ley 2 tit. 16 P. 6 no quiere que tenga lugar el tutor dativo sino á falta del testamentario y del legítimo, ó no pudiendo ó no queriendo este serlo. Estan bien claras sus palabras. "En tres maneras pueden ser establescidos los guardadores de los mozos que fincan huerfanos. La primera es, quando el padre establesce guardador á su fijo en su testamento, á que llaman en latin, *tutor tes-*

case con ella despues, no perderá la tutela, porque el padrastro bien puede tenerla, si es útil á su hijastro: lo qual tendrá tambien lugar nombrándole la madre en dicho caso, ó quando lo consienten los tutores testamentarios, ó parientes del pupilo, ó el menor ya adulto y capaz le elige por su curador de motu propio y sin sugestion de su madre, ó el electo por el testador se constituyó de peor condicion y conducta que quando le nombró. (a) En el padre no milita nada de lo expuesto, y así aunque se vuelva á casar, no pierde la tutela ni administracion de los bienes de sus hijos, porque en él cesa la razon de la prohibicion legal, su ánimo es mas estable y constante que el de la madre, y no está sujeto á ésta como ella á él. (b)

50 Tres clases hay de tutela, á saber, *testamentaria*, *legítima* y *dativa*, y de consiguiente tres son tambien las clases de tutores. (c) Se llama testamentaria la que da el testador al pupilo en testamento, ó en otra última disposicion legítima y perfecta, pues no siendo tal es menester que el Juez confirme el nombramiento para que sea válida; y esta tutela se prefiere á las otras dos. (d) Puede

tamentarius, que quiere tanto dezir, como guardador que es dado en testamento de otri. La segunda, quando el padre non dexa guardador á su fijo en su testamento, é ha parientes. Ca estonce las leyes otorgan que sea guardador del huérfano, el que es mas cercano pariente. E este atal es dicho en latin, *tutor legitimus*, que quier tanto dezir como guardador que es dado por ley, é por derecho. La tercera manera es, quando el padre non dexa guardador á su fijo, nin ha pariente cercano que lo guarde; ó si lo ha, es embargado, de manera qué non lo puede, ó non lo quiere guardar: é estonce el Juez de aquel lugar le da por guardador algun ome bueno, é leal. E á este guardador atal dicen en latin, *tutor dativus*, que quiere tanto dezir, como guardador que es dado por alvedrio del Juez...". ¿Es bastante motivo la solicitud de la madre para contravenir á una ley que no está corregida por otra? ¿Por qué, no queriendo la madre la tutela, ó casándose despues de aceptada, ha de ser tutor el consanguíneo del pupilo, y en el caso de que se habla, ha de serlo el nombrado por el Juez? ¿Nos dan Gómez, Matienzo, Gutierrez y Gregorio López una buena razon de diferencia? Si: regístrense los lugares citados.

(a) Gutier. part. 1 cap. 3 nn. 78 &c. y 89. Lara Compend. vitæ hom. cap. 19 n. 15. (b) Gutier. dicho cap. 9 n. 22. Matienz. lugar cit. n. 10. (c) Ley 2 tit. 16 P. 6. (d) Bas. Theat. jur. part. 1 cap. 32 n. 5. Valenz. consil. 35 nn. 3 y 4.

el padre dar puramente, á tiempo, ó dia cierto, ó con condicion concerniente ó no al acto, uno ó mas tutores cousanguineos, ó extraños de los no privados de serlo, no solo á sus hijos legítimos nacidos, aunque los exherede, esten, ó no en su poder, y á los póstumos, sino tambien á los naturales que nombra herederos, ó lega algunos bienes, y á los extraños que instituye, porque se tiene en lugar de padre; bien que el de los naturales y extraños para poder exercer la tutela debe ser confirmado por el Juez; (a) de lo qual se deduce que siendo legítimos los hijos no es necesaria esta confirmacion para poder usar el oficio de tutor el que nombre el padre, pues ninguna ley previene aquella solemnidad en este caso como en todos los demas, aunque lo mejor es que le confirme, excepto que el testador le confiera la facultad de administrar sin este requisito, pues entónces de ningun modo es necesario. Si nombra á la madre y á un extraño juntamente, ámbos serán tutores; (b) pero á su hijo espurio no puede dar tutor en su última disposicion ni de otra forma, porque no es conocido por hijo suyo, (c) ni tampoco al natural, quando nada le dexa. (d) (1)

51 La madre puede en la propia forma nombrar tutor á sus hijos legítimos y naturales huérfanos de padre, y debe confirmarle el Juez, con tal que los instituya herederos; pues si únicamente les dexa algun legado, no se le deberá nombrar, y si se le nombra, será habido por tutor testamentario solo en el caso de confirmarle el Juez. (e) Si el padre y la madre naturales dan tutor distinto á su hijo, y ámbos tutores concurren á la tutela,

(a) Leyes 3 y 8 tit. 16 P. 6. Gutier. part. 1 cit. cap. 3 n. fin. y c. 11 nn. 1 y 5. Lara dich. cap. 19 nn. 19, 20, 52 y 53. (b) Greg. Lóp. ley 4 tit. 16 P. 6 glos. 9. Gutier. dich. part. 1 cap. 8 n. 20. (c) Greg. Lóp. ley 8 tit. 16 P. 6 glos. 1 al fin. Gutier dich. cap. 11 n. 2. (d) Gutier. part. 1 cit. cap. 4 n. 15.

(1) Aunque el tutor ó curador nombrado por el padre ilegalmente como por exemplo en codicilo no confirmado por el testamento, ó el que dé al hijo emancipado ó natural, deba confirmarle el Juez, no es necesario que preceda informe sobre si es idóneo y podrá ser útil al pupilo ó ménor, aunque no falta quien diga lo contrario. (Gutierrez cap. 3 cit. n. 17. Lara cap. 19 cit. nn. 19 y 20.)

(e) Ley 6 tit. 16 P. 6.

será preferido cada uno en la administracion de los bienes que el nominador dexó al hijo; y si no concurren, será tutor el nombrado primero, y no el que lo hubiese sido despues, porque al que le tiene, no se le debe dar. (a) (1) En quanto á los abuelos maternos y demas ascendientes por esta línea se observará lo mismo que acerca de la madre. (b)

52 En los propios términos puede el abuelo paterno dar tutor á sus nietos nacidos y póstumos, como no hayan de recaer en el dominio de su padre. (c) (2) Tambien puede el testador que carece de ascendientes y descendientes legítimos, dar tutor de qualquiera de los modos expresados á los pupilos extraños que instituye herederos, si no le tienen; pero el nombrado, aunque sea idóneo, no puede usar de la tutela, sin que preceda discernimiento, ó confirmacion del Juez, como se ha expuesto; (d) y lo mismo se ha de decir del nombrado por el padre en codicilo: (e) cuya confirmacion en ningun caso sirve para suplirle sus defectos sino solamente para autorizarle y darle suficientes facultades con que pueda evacuar pie-

(a) Gutier. cap. 4 cit. n. 17.

(1) Gregorio López es de sentir que esto ha de dexarse al arbitrio del Juez, quien ha de tener en consideracion la utilidad del pupilo, aunque si es grande y dilatado el patrimonio, admite dicha distincion. Ley 8 t. 16 P. 6 al fin.

(b) Gutier. lug. cit. n. 11. (c) Ley 3 tit. 16 P. 6.

(2) Segun la ley 3 que se cita, el padre y el abuelo paterno tenian iguales facultades para nombrar tutores á sus hijos y nietos, porque no eximiendo el matrimonio á los primeros de la patria potestad por el derecho de las partidas, era consiguiente que los segundos estuviesen baxo el poder de su abuelo paterno; y como si al morir este vivia su hijo, quedaban los nietos en la potestad de su padre, forzosamente habia de ser nulo el nombramiento de tutor que hiciese para ellos el abuelo paterno; pero habiendo dispuesto la ley 47 de Toro que *el hijo ó hija casado velado sea avido por emancipado en todas las cosas para siempre*, no pueden ya los nietos (sino es que falta la velacion) recaer baxo la autoridad ó dependencia del abuelo paterno, y asi el tutor que les nombre, aun quando hayan de ser sus herederos forzosos, por haber muerto el padre, habrá de equipararse al nombrado por la madre, ó los abuelos maternos. No debió Febrero dexar de advertir esta novedad.

(d) Ley 8 tit. 16 P. 6. Gutier. cap. 4 nn. 12 y sig. y cap. 11. n. fin.
(e) Parlad. different. 14 n. 14.

namente su encargo, sin que se le oponga ningun reparo.

53 Tutela *legítima* se llama la que la ley concede á los parientes del pupilo por falta de la testamentaria, de suerte que habiendo tutor testamentario, aunque sea extraño, no tiene lugar el legítimo, aun quando viva la madre del pupilo, (*a*) pues puede excluirla el testador, si dexa tutor á sus hijos y no en otros términos; de que se deduce que la madre viuda podrá excluir al abuelo y elegir á un extraño por tutor de sus hijos, sin que aquel pueda agraviarse de ello. Tienen derecho á serlo del pupilo sus parientes mas cercanos por ambas líneas, quando su padre, ó madre no le dexó persona señalada que le cuidase, ó esta no quiso serlo y no hay mas nombradas, ó la que lo fué, murió, ó se ausentó, ó faltó por otro motivo, (*b*) de modo que esta tutela sigue en dichos casos las reglas de la sucesion. En esta atencion la madre aunque sea espuria, será preferida á los abuelos paternos y á todos los demas consanguíneos, si quisiese ser tutora de sus hijos huerfanos; con tal que siendo espurios no sea ilustre, y que sino lo es, no sean estos de damnado ayuntamiento por su parte. (*c*)

54 Teniendo el pupilo muchos consanguíneos transversales iguales en grado que carezcan de excusa legítima para no admitir la tutela, (pues todos pueden ser compelidos á su admision, excepto la madre y abuela, por lo que la de estas se llama *anónima, irregular* y *extraordinaria*) todos serán tutores y administrarán sus bienes; mas para evitar desavenencias entre ellos deberán elegir entre sí qual ha de exercerla, y no queriendo, ó no concordando en el que ha de ser, pueden echar suertes, y en su defecto nombrar el Juez al que le parezca de ellos mas idóneo y de mayores seguridades. Lo propio se observará siendo testamentarios, de suerte que administrará uno y los demas se tendrán por honorarios. (*d*) Entre los consanguíneos transversales no se debe atender á la pre-

(*a*) Gutier. de Tutel. part. 1 cap. 2 n. 6. (*b*) Gutier. lug. cit. n. 7 y c. 12 n. 4. (*c*) Góm. Ley 14 de Toro nn. 10 y sig. Gutier. part 1 cap. 8. nn. 9, 10 y 11. (*d*) Ley 11 tit. 16 P. 6 y su glos. 1. Gutier. cap. 8 n. 18 y cap. 14. Lara lug. cit. n. 18.

dileccion de líneas sino á la mayor utilidad del pupilo, porque la ley no distingue de agnados ni cognados en este punto y así se admite á todos indistintamente, siendo mayores de 25 años, idóneos, seguros y sin prohibicion legal de ser tutores; (a) bien que concurriendo abuelo y abuela maternos exercerán la tutela igualmente: (1) si concurren madre y abuelo paterno, se preferirá aquella á este, y concurriendo padre y abuela paterna, ó materna, será preferido el padre, quien si es natural, se preferirá igualmente á la madre natural. (b)

55 No queriendo el pariente á quien por derecho toca la tutela, admitirla sin excusa legítima, ó no pidiendo al Juez dentro del año de la muerte del padre del pupilo que le provea de tutor, es de su cuenta el daño que por su renuncia ú omision se cause á este, aunque no se le interpele, y pierde la sucesion á sus bienes, si fallece ántes de entrar en la pubertad, ó intestado dentro de esta, como tambien el derecho á la substitucion pupilar aunque no á la fideicomisaria. Lo mismo procede por su culpa ó negligencia en cuidar al pupilo y administrar sus bienes. (c)

56 La tutela *dativa* es la que á falta de la legítima y testamentaria da el Juez al pupilo, para que no padezca detrimento en su persona ni bienes; (d) y ha de darse simplemente y no con condicion, sino es que sea concerniente al acto, ni á dia cierto, ó desde tal dia, como lo puede ser la testamentaria. (e)

57 Deben los parientes mas cercanos del pupilo pe-

(a) Gutier. de Tutel. part. 1 cap. 2 n. 15.

(1) Sin embargo de que el abuelo y abuela maternos tienen como iguales en grado igual derecho á la herencia de su nieto, yo daria la tutela de este al primero con exclusion de la segunda, por ser la tutoría un cargo propio de los varones como mucho mas capaces de desempeñarle que las hembras. Gutierrez y Lara no apoyan su asercion en ninguna razon, al ménos sólida.

(b) Lara Compend. vitæ hom. c. 19 n. 17. Gutier. c. 6 cit. nn. 12 &c. y 16. (c) Ley 12 tit. 16 P. 6. Góm. ley 18 de Toro n. 18. Véase á Gutiérrez de Tutel. part. 1 cap. 16 que trata de esta materia con mucha extension nn. 32 &c. y 139. (d) Leyes 2 y 12 tit. 16 P. 6. (e) Gutier. part. 1 cap. 11 n. 6.

dir al Juez que le provea de tutor, quando no le tiene, como se ha expuesto. A falta de parientes pueden pedírsele los amigos del pupilo, ó el mismo, y por la de unos y otros qualquiera del pueblo en que este ó su padre vive, ó nació, ó de el en que tiene la mayor parte de sus bienes, esté presente, ó ausente, y aunque lo contradiga. Si nadie le pide, y el Juez conoce que está desamparado, puede nombrársele de oficio en virtud de la facultad que le concede el derecho, aunque fuera de los tres Jueces referidos ningun otro puede dársele; y si todos se le nombraren, prevalecerá el nombramiento del que constare haberle hecho primero, y no pudiendo indagarse qual fué, por ser hechos todos en un dia, valdrá el del Juez del domicilio del huérfano. (a) Pero la práctica es discernirse la tutela en el lugar donde se radica la testamentaría. El nombramiento de tutor para el hijo primogénito de Grande compete al Rey ó Magistrado á quien diere especial comision para hacerle; (b) bien que al del Señor del pueblo en que fallece, puede discernir la tutela y dar tutor el Juez de él. (c) La tutela se puede discernir en dia de precepto, quando por la ley no se requiere que se confirme con exámen y conocimiento de causa, y en caso de necesidad, aunque se requiera este. (d)

58 Para que los mencionados tutores puedan cuidar del pupilo y administrar sus bienes, sin que se les oponga la excepcion de ilegitimidad de persona, debe el Juez discernir ó confirmar sus tutelas, sin cuyo requisito nada deben hacer, y si lo hacen, no valdrá; bien que la madre podrá administrar sin el discernimiento, en lo que se diferencia de los demas tutores testamentarios. (e)

59 Aunque siendo muchos los tutores y curadores pueden dividir entre sí la administracion, el derecho de la tutela y curaduría pasa á cada uno insolidum,

(a) Dicha ley 12 tit. 16 P. 6. Greg. Lóp. en ella glos. 11, 12 y 13. Gutier. part. 1. cap. 16 nn. 2, &c. y 31 y nn. 136, &c. y 140. (b) Ley 14 tit. 5 lib. 2 R. (c) Parlad. diffic. 99 n. 10. (d) Lara cap. 19 cit. n. 72. (e) Leyes 4, 6 y 8 tit. 16 P. 6. Gutier. part. 1 cap. 5 n. 6. Lara dich. cap. 19 nn. 52 y 53. Véase el n. 51 de este cap.

sean testamentarios, legítimos, ó dativos, y así quando no está dividida, basta la autoridad de uno en qualquiera acto ó negocio, lo qual procede tambien en los curadores de pleytos; mas quando lo está, se requiere la de aquel á quien pertenece la administracion. (a)

60 Aun quando el testador releve á los tutores de dar cuentas, si administran de propia autoridad sin decreto, ó discernimiento del Juez, deberán darlas, y no surtirá efecto la relevacion; porque esto solo procede, quando tienen una administracion válida y les compete de derecho, que es quando la confirma el Juez y no ántes ni de otra suerte. (b)

61 La curaduría se da al varon mayor de 14 años y á la hembra de 12 que no tienen curador, (pues al que le tiene, no se debe dar otro sin causa) y al pupilo interinamente en el único caso de ausencia, ó de incapacidad temporal, ó impedimento del tutor legítimo, ó testamentario que es nombrado solo. Igualmente se da á los mayores de 25 años fatuos ó locos, y á los pródigos declarados que se consideran como tales, por no saberse conducir como hombres sensatos y cuerdos. (c) Se diferencia la tutela de la curaduría, lo primero, en que el tutor se da al pupilo solamente, y el curador á este, al que no lo es, al póstumo, y á otros que se han mencionado al fin del n. 44: lo segundo, en que el tutor se da principalmente para la custodia de la persona del pupilo, y secundariamente para la de sus bienes, y en el curador sucede lo contrario: (d) lo tercero, en que el tutor se da al pupilo, quiéralo ó no, y el curador no se da al adulto, sino le quiere, á ménos que sea para pleytos: lo quarto, en que el tutor es de tres clases, testamentario, legítimo y dativo, y el curador es solamente dativo, excepto para el furioso: lo quinto, en que el tutor se da en testamento, y el curador no regularmente; (e) y lo sexto, en que el curador se puede dar para un acto, ó cosa so-

(a) Gom. Ley 38 de Toro n. 6. Lara cap. 24 n. 38. (b) Gutier. de Tutel. part. 3 cap. 1 n. 45. (c) Ley 13 tit. 16 P. 6. Gutierr. part. 1 cap. 19 nn. 1, &c. y 6. (d) Véase la nota del n. 44. (e) Glos. magn. ley 20 ff. de Tutorib. et curator. dat.

la, (a) y el tutor ha de ser para todo y no para cierta cosa, (b) excepto para la aceptacion de herencia, lo qual es especial en este caso. (c) Y convienen ámbas en que las obligaciones del tutor y curador para utilidad del menor son las mismas sin la mas leve diferencia. (1)

62 Ningun derecho establece curaduría legítima sino para el furioso ó mentecato, (d) y siéndolo el padre, sin embargo de que los descendientes carecen de facultad para substituir exemplarmente á sus ascendientes, porque ninguna disposicion legal se la confiere, (e) puede dársele por curador á su hijo capaz, mayor de 25 años y de buena conducta, el qual será preferido al extraño. (f) No se debe dexar en testamento la curaduría, como se ha expuesto; pero si el padre la dexa á su hijo, debe confirmarla el Juez, si le parece apto para evacuar su encargo, y puede ser compelido á admitirle: ni los adultos capaces estan obligados, ni deben ser compelidos á recibir curador contra su voluntad para la administracion de sus bienes, y otras cosas, actos y negocios extrajudiciales: ni tampoco puede ser apremiado ninguno á admitir la curaduría, excepto que haya urgente necesidad de que lo sea el que se nombre; (g) si bien no ha de deducirse de esto que los adultos no necesitan absolutamente de curador, que se pueden gobernar, tratar y contratar sin tenerle, quedar obligados natural y civilmente, y poder ser compelidos como si fueran mayores sin diferencia, sino que no se les debe precisar ni compeler á que reciban al que se les dé, porque pueden nombrarle por sí mismos, y siendo qual se requiere para desempeñar la curaduría, debe aprobarle el Juez: en cuya atencion sino quieren que continuen en la curaduría despues que espira la tutela, el tutor, ó cu-

(a) Baez. de Decim. tutor. cap. 17 n. 3. (b) Ley 1 tit. 16 P. 6.
(c) Gutierr. lug. cit. nn. 9 y 10.
(1) Esto favorece mi opinion en la nota citada.
(d) Ley 12 § 1 ff. de Tutor. et curator. dat. y leyes 1 § 1 y 2. Cod. de Curator. furios. (e) Véase el n. 96 cap. 1 part. 1. (f) Ley 13 tit. 16 P. 6. (g) Dicha ley 13 de P. Gutierr. nn. 13, 14, 15, 16 y 30. Baez. de Decim. cap. 16 n. 23. Lara Compend. vitæ hom. cap. 24 nn. 15 y sig.

rador que les dexó su padre en su testamento, podrán nombrar otro, y deberá admitirle el Juez, siempre que sea idoneo; aunque una vez que le reciban, pueden ser compelidos á estar baxo de su custodia hasta los 25 años, no probando causa legítima para eximirse de ella, (a) ya sea por mala versacion, ú otro obstáculo de parte del curador, ya sea por casarse, ú obtener venia de la Cámara para gobernarse por sí los menores teniendo la competente edad.

63 En los pleytos y actos judiciales ha de intervenir indispensablemente el curador ó el tutor, si el menor fuere pupilo, (bien que careciendo este de tutor, se le puede proveer de curador para aquellos y otros negocios) y ámbos deben agenciar en ellos por sí propios, no por procurador; y hallándose imposibilitado de practicarlo pueden substituir por su cuenta y riesgo la curaduría, eligiendo procurador que los defienda, y especificando el pleyto en el poder que le confieran. (b) Asi mismo los menores adultos, sean actores, ó reos, sea la causa civil, ó criminal deben nombrar por sí curador de pleyto que los defienda en ella, y rehusando nombrarle puede el Juez por su contumacia elegirle, para que no sea ilusorio y nulo el juicio por falta de persona legítima que comparezca en él, porque el menor no lo es para comparecer por sí, ni en las causas profanas ó temporales puede constituir procurador, de suerte que debe hacerlo en su nombre su curador ó tutor, ó el procurador que estos nombren. (c) Ademas puede el Juez de oficio dar curador de pleyto al mayor de 25 años que despues de principiado el juicio se volvió loco, ó perdió el suyo. (d)

64 No procede lo expuesto en las causas espirituales y beneficiales, en las quales se reputan mayores los adultos; pues en unas y otras sino tienen padre, (1) pueden compa-

(a) Greg. Lóp. ley 13 tit. 16 P. 6 glos. 2. Baez. lug. cit. cap. 3 n. 16. Gutierr. n. 18. (b) Ley 96 tit. 18 P. 3. Gutierr. part. 1 cap. 19 nn. 21, 22, 23 y 24. (c) Ley 13 tit. 16 P. 6. Gutierr. dicho cap. 19 n. 17. (d) Lara Compend. vitæ hom. cap. 24 n. 18.

(1) Segun el capítulo que se cita, no tiene necesidad el menor del consentimiento de su padre para comparecer en juicio en las causas espirituales y beneficiales.

recer por sí en juicio y constituir procurador con mandato ó poder especial para cada una, por no ser bastante el general, lo qual no se permite á los pupilos. (a) (1)

65 El curador pedido simple y generalmente para los pleytos y causas que ocurran al menor, le ha de dar el Juez de su domicilio; (b) pero si el menor le pide para la que ya está incoada, ó movida, ha de darle el que entiende en ella. (c) Y dicho curador puede otorgar y autorizar con su menor las obligaciones y otros contratos de este respectivos al pleyto ó su execucion, porque esto no es acto ó cosa nueva ni diversa; como tambien los que hayan de preceder á él, si no tiene tutor ó curador de bienes, y no de otra suerte. (d) Para intervenir en otros negocios es menester que no haya curador de bienes, y que le habilite especialmente el Juez con maduro exámen y conocimiento de necesidad ó utilidad. Debe tenerse presente esta doctrina, porque aun hay Jueces y Abogados que la ignoran. Y es de advertir que el curador de pleyto puede ser removido en qualquier tiempo, porque se equipara al procurador ó apoderado. (e)

66 Se acaban la tutela y curaduría por cumplir 25 años el menor, por el destierro, cautiverio, ó esclavitud, y muerte del tutor y curador, ó del huérfano, ó por el peohijamiento de qualquiera de ellos, por cumplirse la condicion y tiempo porque el tutor testamentario fue nombrado, y asimismo por excusas legítimas que el tutor tenga para no admitir, ó no continuar en la tutela, ó el curador en la curaduría. (f)

(a) Cap. fin. de Judic. in 6. Lara dicho cap. 24 nn. 44, 45, y 46.

(1) No es fácil encontrar una razon sólida de diferencia entre dichas causas y las demas para permitir que en aquellas pueda el menor obrar por sí, y en estas no. Es verdad que si en las primeras recibiere algun perjuicio, podrá ser restituido; (Lara Comp. vit. hom. cap. 24 nn. 48 y 49) mas ¿por qué ha de darse lugar á que sea necesario implorar la restitucion?

(b) Ley 1. y todo el tit. Cod. de In litem dando tut. vel cur. (c) Góm. lib. 2. Var. cap. 14 n. 17 vers. Si vero agatur. Viela dissert. 2 desde el n. 42. (d) Lara leg. cit. nn. 20, &c. y 24. (e) Banz. de Decim. cap. 17 n. 39. Gutierr. dicho cap. 19 n. 26. Lara leg. cit. n. 28. (f) Ley 21 tit. 16 P. 6. Véanse los nn. 71 y 72.

67 Tambien se acaban la tutela y la curaduría, quando se remueve al tutor ó curador por sospechoso, segun se llama al que usa de fraude en su oficio ó encargo: ó tiene mala conducta, aunque sea acaudalado. (a) El pobre solo por serlo no se hace sospechoso, y el rico sino es de buen proceder, puede ser acusado y removido de la administracion, aunque ofrezca fianzas, porque estas no le contendrán para no disipar ni malgastar los bienes del menor, y las mejores son el buen gobierno y las buenas costumbres. Miéntras dura la acusacion, se há de nombrar curador interino al menor, al qual debe dicho tutor ó curador resarcir el daño que le haya causado, además de ser infame por mala versacion, en cuya pena no incurre, si solamente es acusado de omiso. (b) (1) Tienen obligacion de acusar al tutor ó curador sospechoso la madre, abuela, hermana y ama que crió al menor, y puede acusarlos qualquiera del pueblo, sea varon ó hembra, y aun el mismo menor siendo adulto, con consentimiento de sus parientes, mas no si es pupilo; cuya acusacion se ha de instaurar ante el Juez del lugar en que el huérfano tiene sus bienes. No habiendo quien le acuse, y siendo evidentes los perjuicios que le causa, puede el Juez de oficio y por su propia autoridad removerle y pedirle cuentas, nombrando entre tanto otro que cuide de él y de su hacienda. (c) Los consanguíneos del mismo huérfano por su órden son responsables en subsidio de la mala versacion y administracion del tutor y curador, si viéndola ó sabiéndola no dan cuenta al Juez para que se la quite. (d)

68 Las causas porque el tutor y curador pueden tenerse por sospechosos, y de consiguiente ser removidos de la tutela y curaduría, son estas: por haber sido tutor ó curador de otro huérfano y malversado su hacienda, ó

(a) Dicha ley 21. (b) Leyes 1, 3 y 4 tit. 18 P. 6. Gutierr. de Tutel. part. 2 cap. 18 nn. 10, 11, 12 y 13. Parlador. lib. 2 cap. 12 n. 2.

(1) Pienso que en el dia ningun Juez declarará infame al tutor ó curador removido por haberse versado mal en su encargo.

(c) Leyes 2 y 3 tit. 18 P. 6. Gutierr. dicho cap. 18 nn. 3, &c. y 23.

(d) Parlador. differ. 99 n. 6.

enseñádole malas costumbres: por haberse descubierto despues de electos que eran enemigos del huérfano, ó de sus parientes: por decir delante del Juez que no tienen con que sustentarle, y acreditarse ser falso: por no hacer inventario de sus bienes: por no defenderle en juicio ó fuera de él: por esconderse y no querer parecer luego que supieron el nombramiento: (*a*) por no hacer de las rentas del huérfano la correspondiente provision para sus alimentos: por vender ó empeñar sin decreto judicial algunos bienes de los que sin que este preceda, les está prohibido enagenar: por privarle inconsideradamente de alguna herencia renunciándola en su nombre, y por otras varias causas. (*b*) Pero es de advertir que aunque el tutor dado por el padre sea sospechoso, no se le removerá, si este no lo ignoraba, (*c*) y lo mismo procederá siendo pródigo, aunque el padre no tenga 25 años; (*d*) pues á tanto llega la confianza que la ley tiene en sus consejos y amor á sus hijos; (*e*) (1) bien que por causa posterior á su muerte, ó ignorada por el padre debe el Juez no confirmar el nombramiento de tutor que les haga. (*f*)

69 Habiendo llegado á la pubertad el huérfano no tiene obligacion su tutor de admitir la curaduría, ni

(*a*) Ley 1 tit. 18 P. 6 verb. É las otras razones. (*b*) Las traen la ley 3 y otras del titulo ff. de Suspectis tutorib. (*c*) Leyes 8 y 10 ff. de Confirm. tutor. (*d*) Ley 55 § últ. ff. de Administrat. tutor. (*e*) Ley 3 § 3 ff. de Administr. tutor.

(1) Reflexiónese sobre si se deberá seguir esta doctrina apoyada solo en leyes civiles, mayormente quando la ley 21 tit. 16 P. 6 dice que se acaba la tutela, si al tutor *le tirasen de la guarda por sospechoso*, y la 1 tit. 18 sig. empieza con estas palabras. *Aquel guardador puede ser llamado sospechoso, que es de tales maneras, que pueden sospechar contra él que desgastará los bienes del huérfano, ó que le mostrará malas costumbres.* Ademas esta misma ley que especifica las causas por que ha de removerse á los tutores, se explica asi: *E las otras razones porque pueden toller á los guardadores los huérfanos, ó dar otros en su lugar son estas: assi como, &c.* cuyas dos últimas palabras dan claramente á entender que la ley quiere se remuevan los tutores no solo por los motivos que expresa, sino tambien por otros que sean justos y razonables. Tan nimia como necia seria la confianza en un padre que nombrase por tutor de sus hijos á un hombre sospechoso, ó á un pródigo siendo sabedor de ello.

(*f*) Gutierr. de Tutel. part. 1 cap. 3 n. 12, y part. 2 cap. 18 n. 1.

puede ser compelido á continuar en el cuidado y administracion de sus bienes, aunque su padre le haya nombrado en su testamento; (a) pero debe dar cuentas de la tutela al curador que le suceda, ó si fuere removido por sospechoso, al que nombre el Juez; y luego que el menor cumpla los 25 años, debe darlas á este su curador. A la responsabilidad de los daños que ámbos le causen, no solo estan obligados sus bienes y los de sus herederos en quanto lo son, sino tambien los de sus fiadores desde el dia que aceptan la tutela y curaduría, hasta que dan cuenta con pago de ella; (b) cuyos fiadores no deben ser oidos, si pretenden que el tutor y curador los exóneren de la fianza, porque esta se constituye por tiempo determinado, qual es el de la tutela y curaduría; (c) aunque si advierten que se conducen mal en la administracion de los bienes de su menor, pueden acusarlos de sospechosos y pedir se les prohiba el manejo de ellos. (d)

70 Si el tutor no ha dado cuenta de su administracion, ni entregado al curador los bienes y papeles que tenia del menor, está obligado á proseguir en su pubertad las causas y otras cosas connexas con la principiada en la edad pupilar; (e) mas no, si hubiese dado su cuenta y hecho la entrega, (f) excepto que lo pretenda el contrario y no el menor. (g) Y para que no se le pueda compeler á entrar en la curaduría, no solo debe pedir é instar á que se dé curador al adulto, sino tambien presentar su cuenta, hacer la entrega referida y no mezclarse entretanto en cosa alguna, porque si se mezcla se le podrá obligar á la continuacion. (h)

71 Aunque todos, regularmente hablando, pueden ser compelidos á admitir el gravoso cargo de la tutela, (i)

(a) Ley 3 verb. Otrosi decimos, tit. 17 P. 6. Gutier. de Tutel. p. 1 cap. 21 n. 30. Lara dicho cap. 19 n. fin. (b) Leyes 23 tit. 13 P. 5, y 21 tit. 16 P. 6. Gutierr. de Tutel. part. 2 cap. 16 y 19, y part. 3 cap. 1. (c) Góm. lib. 2. Var. cap. 13 n. 10 verb. Tertio infero. Lara cap. 19 cit. n. 64. (d) Véase á Parlad. lib. 2 cap. 12. (e) Baez. de Decim. cap. 2 n. 133. (f) Ley 5 § fin. ff. de Administr. tutor. (g) Ley 28 § ult. ff. de Appellat. (h) Gutierr. de Tutel. part. 2 cap. 19 nn. 1 &c. y 16, y nn. 19 y 20. (i) Gutierr. part. 3 cap. 1 n. 21.

pueden no obstante eximirse muchos de su admision. (a) Unos pueden excusarse por privilegio, y son los que tienen ó han tenido cinco hijos varones vivos, aunque en la guerra hayan perdido alguno ó algunos de ellos: los comisionados del Rey, ó de su república durante su ausencia, pues habiéndose restituido de su comision á su patria, se les debe entregar el menor con sus bienes, aunque hasta pasado un año contado desde el dia de su regreso no se les puede obligar á tomar otra tutela: los Jueces miéntras exercen la judicatura; siendo de advertir que á ninguno de los expresados se exime del dicho cargo, si su aceptacion fue anterior al motivo de su excusa: los Maestros públicos de Gramática, Retórica, Filosofia, Teología, Jurisprudencia, (1) ó otra facultad que se hallan en actual exercicio en su patria ó fuera de ella; (2) y los Caballeros ó soldados que estan sirviendo al Rey. (b) Otros pueden excusarse por impotencia ó imposibilidad y son el que tiene tres tutelas, aunque esta excepcion ó excusa no aprovecha al padre para rehusar la de su hijo, (c) ni el que tiene dos tutelas y una curaduría de bienes juntamente, puede eximirse de la quarta tutela, ú otra curaduría: (d) el muy pobre que ha de vivir precisamente de su trabajo personal, el enfermo habitual, el que no sabe leer ni escribir, y el mayor de 70 años. Otros finalmente pueden excusarse por decoro, y son el que tiene que demandar al huérfano sobre su herencia, ó parte de ella: el que tuvo enemistad con su padre, y no se reconcilió con él, (e) y el marido, pues este por el motivo que da la ley 3 t. 17 P. 6 no debe ser nombrado guardador de los bienes de su muger menor, ántes sí pedir al Juez le provea de otro que no sea sospechoso, porque el menor no se constituye ma-

(a) Ley 1 tit. 17 P. 6.

(1) Los Doctores en leyes quizá por ser los mas aptos para desempeñar el cargo de tutor ó curador, solo pueden excusarse de serlo, si "sirven á los Reyes, viviendo con ellos por sus Jueces ó por sus Consejeros." Ley 3 tit. 17 P. 6.

(2) Si estan ausentes por mandato del Rey. Dicha ley 3.

(b) Leyes 2 y 3 tit. 17 P. 6. (c) Ley 36 § 1 ff. de Excusat. tutor. (d) Gutierr. part. 3 cap. 17 n. 10. (e) Ley 2 tit. 17 P. 6.

yor por el matrimonio para libertarse de tener curador, (a) ni para dexar de gozar del beneficio de restitucion, si es leso; bien que hoy casándose ántes de los 18 años puede, luego que entra en ellos, administrar los bienes de ámbos, sin que para su administracion necesite habilitacion, ó venia de la Cámara; (b) lo que no podrá hacer siendo soltero, porque necesita tener 20 el varon y 18 la hembra, y obtener la habilitacion precediendo los requisitos expresados en el n. 39 cap. 18 de la Prim. P.

72 Para que los mencionados no sean compelidos á aceptar el cargo de tutores y curadores, deben ántes de su aceptacion hacer ver su excusa al Juez en donde se hubiese hecho el nombramiento, y pedirle que dé otro tutor ó curador al menor, lo qual han de practicar dentro de los 50 dias siguientes á el en que tuvieren noticia judicial de él, si no dista dicho Juez del pueblo en que residen mas de 100 millas, ó 33 leguas y un tercio, (c) y excediendo de ellas la distancia tienen de término un dia mas por cada 20 millas de exceso, fuera de otros 30; pues no excusándose dentro de dicho tiempo es visto haber aceptado el cargo y el expediente acerca de la admision de excusa se debe concluir dentro de 4 meses contados desde el dia en que se principió el término, substanciándose con el curador que se nombre al menor. Si se sintieren agraviados de la declaracion que haga el Juez, pueden interponer apelacion en la forma que de otra qualquiera sentencia. (d) Y es de hacer presente, en primer lugar que para eximirse del cargo el tutor ó curador no le sirve la excusa de no hallar quien le fie, miéntras esto no conste; (e) y en segundo lugar, que el tutor testamentario que rehusa la tutela, pierde el legado y lo demas que el testador le dexó, quando se conoce que lo hizo porque la admitiese. (f)

73 Sean testamentarios, legítimos, ó dativos los tutores y curadores, deben ántes de apoderarse de la perso-

(a) Parlad. lib. 1 Rer. cap. 12. Greg. Lóp. ley 3 tit. 15 P. 2. Gutier. de Tutel. p. 1 cap. 20 n. 34. (b) Ley 14 tit. 1 lib. 5 R. (c) Ley 25 tit. 26 P. 2. Greg. Lóp. en la 4 tit. 17 P. 6 glos. 1. (d) Ley 1 tit. 17 P. 6. Gutier. de Tutel. p. 1 cap. 21 nn. 33 y 34. (e) Gutier. cap. cit. n. 36. (f) Gutier. p. 1. cap. 22.

na y bienes del menor, y de que se les discierna la tutela ó curaduría, jurar en manos del Juez, ó del Escribano á quien comisione, y obligarse á que evacuarán fiel y exâctamente el cargo de tales, cuidando del huérfano y de sus bienes, como corresponde, llevando cuenta y razon individual, clara y expresiva de todo lo que ellos produzcan, y de los verdaderos y efectivos gastos que hagan en su conservacion y reparos, y en la educacion y alimentos del mismo menor, para darla quando se les mande, con apronto del alcance líquido que resulte contra ellos, sin perjudicarle ni dexarle indefenso, pena de satisfacer los daños que por su culpa, omision, ó negligencia se le ocasionen, y tomando para el acierto los consejos necesarios de Letrados y peritos que puedan y sepan dárselos. (*a*) Tambien debe jurar el curador de pleyto el cumplimiento de lo que le toca.

74 Aunque son mucho mas apreciables la hombría de bien, pureza de costumbres y buena conducta que las riquezas y dignidades, y parece por esta razon que á quien se halla adornado de aquellas nobles prendas, que son la real y verdadera nobleza, se debe discernir la tutela sin fianzas, especialmente siendo corta la herencia del huérfano; no obstante como hay pocos hombres de procederes recomendables, y muchos tutores y curadores son infieles ó negligentes, determinaron las leyes, para que el huérfano no sea defraudado y tenga de que reintegrarse, que no solo juren sino tambien que afianzen, aun quando sean muy ricos, la responsabilidad de la tutela y curaduría; así respecto al alcance que resulte contra ellos en sus cuentas, como respecto á los daños que por su culpa ú omision se le originen, obligándose á ello el fiador en subsidio del tutor, hecha excusion en los bienes de este; y no afianzando con bastante seguridad no se les ha de discernir la tutela ó curaduría, es nulo quanto hagan, y se les puede privar de la administracion. (*b*) En

(*a*) Ley 9 tit. 16 P. 6. Lara Comp. vitæ hom. cap. 19 nn. 54, 55, 56 y 65. Gutier. part. 1 cap. 12 n. 31. (*b*) Leyes 94 tit. 18 P. 3 y 9 tit. 16 P. 6. Gutier. cap. 12 cit. nn. 10 &c. y 19. Castill. de Usufruct. lib. 1 cap. 3 n. 213.

la recepcion de estas fianzas debe poner mucho cuidado el Juez, pues no siendo buenas se da á los menores accion subsidiaria contra él; (*a*) pero si al tiempo de darlas lo fueron, no será responsable, si los fiadores empobrecen despues, por no estar obligado á los casos fortuitos, ni debe serle sin culpa suya gravoso ni nocivo su oficio. (*b*) Los curadores de pleytos tambien suelen dar fianzas; pero aunque no las den, no será nulo el acto, porque no administran, ni tienen que hacer inventario, ni que dar cuenta como los otros, (*c*) de suerte que son ligeras y aparentes las que dan.

75. La obligacion de dar fianzas seguras y saneadas los tutores y curadores tiene lugar en los legítimos, aunque sean la madre y abuela, bien que no se les han de pedir tan quantiosas como á los demas parientes tutores, sino las que buenamente pueden ofrecer; pues por el amor que profesan á sus hijos y nietos, y porque les han de dexar su hacienda, (*d*) presume el derecho que léjos de disiparles su patrimonio se le conservarán y aumentarán. Lo mismo procede en los dativos que con conocimiento de causa nombra el Juez inferior á falta de legítimos, porque en él no reside la suprema potestad que en los tribunales supremos para eximirlos de su dacion. (*e*) Pero los testamentarios, sean legítimos ó extraños, y confirmados ó no por el Juez, no estan obligados á afianzar; pues ademas de no mandarlo nuestras leyes, por el hecho de nombrarlos el testador aprueba su fé y diligencia en el cuidado y administracion de la persona y bienes del huérfano; (*f*) y mucho ménos lo estarán, si los releva de fianzas, cuya relevacion, aunque nada necesaria, suele ponerse á mayor abundamiento en las últimas disposiciones, y es conveniente para evitar dudas y disputas con ignorantes. Lo propio ha de decirse del curador dexado en testamento, siendo de buena conducta y no de otra suerte. Mas la doctrina expuesta se limita en dos ca-

(*a*) Leyes 1 §. últ. y 6 ff. de Magistratib. conveniend. (*b*) Dicha ley 1 §. 11. (*c*) Lara cap. 24 nn. 29, 30 y 31. (*d*) Lara cap. 19 cit. n. 70. Gutier. cap. 12 cit. n. 16. (*e*) Gutier. nn. 25 &c. y 30. (*f*) Góm. lib. 2 Var. cap. 14 n. 19 al fin. Gutier. part. 1 cap. 5 nn. 1, 2 y 3.

sos: el primero, quando el tutor es de mala fama, y no le conoce el testador, pues á saberlo este no es creible que le hubiera elegido, en cuya atencion no se halla obligado el Juez á conformarse con su voluntad; (*a*) y el segundo, quando siendo nombrados muchos en el testamento uno de ellos quiere administrar por sí solo, porque este tiene obligacion de dar fianzas á los contutores de la indemnidad del pupilo y de ellos, excepto que el testador le hubiese conferido especialmente la facultad para la administracion. (*b*)

76 No solo estan obligados los tutores y curadores á jurar y dar fianzas sino tambien á hacer despues de discernida la tutela y curaduría, y no ántes, inventario solemne ante Escribano público y testigos de todos los bienes muebles, raices, créditos, derechos y acciones pertenecientes al menor, á costa de éste, sin que sea necesaria la presencia del Juez, lo qual se entiende, aun quando su padre los releve de su formacion, pues no será obedecido, (sin embargo de decir algunos lo contrario) porque cede en detrimento de su hijo á causa de facilitar la ocultacion de los bienes. Dicho inventario tiene tal fuerza que no se les admite contradiccion aun en el caso de que pongan en él mas de los que tenia el menor, y quieran probarlo al tiempo de dar la cuenta de su tutela ó curaduría; (*c*) y no se deben poner en él los débitos que el menor tiene contra sí, sino los que son á su favor.

77 Para principiarle y concluirle ningun término les prefine la ley, y solo manda que le formalicen lo mas pronto que puedan, despues que se les discierna la tutela, y que se les pueda remover de esta por sospechosos, si tardan mucho tiempo en hacerle no teniendo justo impedimento, sin imponerles otras penas. (*d*) Mas lo que se practica es entregarles los bienes por inventario ántes que

(*a*) Gutier. lug. cit. n. 4. Lara cap. 19 cit. nn. 7, 8 y 59. (*b*) Gutierrez cap. 5 citado núm. 5. (*c*) Leyes 99 y 120 t. 18 P. 3, y 2 tit. 7 lib. 3 del Fuero Real. Gutier. de Tutel. part. 2 cap. 1 nn. 14, 30, 35, &c. y nn. 41 y 81. (*d*) Ley 15 tit. 16 P. 6. Ayor. de Partit. part. 1 cap. 5 n. 17 Gutier. part. 2 cap. 1 nn. 10 y 81, &c. y 84.

empiecen el uso de su oficio, á cuya responsabilidad se obligan en el instrumento que otorgan, para evitar todo fraude y sospecha de ocultacion.

78 Quando el testador nombra tutor y por su omision el Juez, ó los mismos menores siendo adultos nombran curador, basta que aquel, ó este asista por ellos al inventario y particion, y á lo demas que ocurra, sin que sea necesario nombrar curador de pleyto ni gravar á los menores con dietas y salarios superfluos de este, como por abuso, y por no resistirlo los tutores y menores á causa de ignorarlo se suele hacer en algunos pueblos, pues discernido el cargo pueden otorgar poder, y substituir por su cuenta y riesgo la tutela y curaduría en favor de quien quisieren, para lo que sea preciso, á no ser que el tutor ó curador sea partícipe en la herencia, en cuyo caso es indispensable que un curador de pleyto ó el contutor si le hay, los defienda para que no se les perjudique.

79 Estando habilitados por la Cámara los menores para administrar sus bienes, no necesitan curador para hacer el inventario y particion, sea entre sí, ó con su madre, ó padrastro, porque la habilitacion los constituye en la clase de mayores para ello, y para otras cosas, excepto para enagenarlos y gravarlos, sin perjuicio de gozar del beneficio de la restitucion siendo lesos; y lo mismo procede, quando estan casados, si son mayores de 18 años, ó han entrado en ellos porque los habilita la ley para administrar y percibir sus bienes y los de sus mugeres, sin que necesiten obtener vénia de la Cámara. (a)

80 Omitiendo por dolo y no por imposibilidad, ni por otra causa justa los tutores y curadores la formacion del inventario de los bienes de sus menores, deben abonar á estos el daño, ó perjuicio que prueben habérseles originado, (b) por lo que si algunos animales perecieren, ú otros bienes se deterioraren durante su dolosa omision, estarán obligados á resarcirles su deterioro y pérdida: (c)

(a) Ley 14 tit. 1 lib. 5 R. (b) Ayor. lug. cit. n. 18. (c) Guerreir. de Inventar. lib. 1 cap. 2 n. 19.

lo qual procede, no solo quando no perecerian los bienes á haber hecho el inventario en tiempo debido, sino tambien quando del mismo modo hubieran perecido haciéndole, no obstante que el deudor de especie cierta se exíme de su solucion ó tradicion, si perece. (a)

81 Pero aunque en tiempo debido hayan hecho el inventario, si no le formalizaron con la rectitud, pureza, claridad é individualidad correspondientes, ó con dolo y sin causa justa no incluyeron en él todos los bienes y créditos tocantes á sus menores, ó los pusieron tan obscura y confusamente que no se les puede reconvenir por cosa cierta, serán responsables igualmente al daño é interes, el qual se probará por el juramento *en pleyto* (*in litem*) que haga contra ellos la parte interesada capaz de jurar, estando cierta de lo que jura y pide, y concurriendo en ella los demas requisitos que explicaré mas adelante; (b) pues es lo mismo que sino le hubieran hecho. (c) Y ántes de hacer el inventario no pueden administrar ni practicar cosa alguna el tutor ni curador, y si la practican, es nula, incurren por derecho en infamia, y se les puede remover por sospechosos; (d) bien que la costumbre es aprobar lo que hicieron ántes de la formacion del inventario, sin atender á otra cosa mas que á si les está discernido el cargo para tenerlos por partes legítimas.

82 Por el dolo del tutor no tiene lugar regularmente el juramento en pleyto contra sus herederos, (e) porque no se hallan obligados sino por la culpa lata, ó grave cometida en la administracion de la tutela, (f) no obstante que los tutores lo estan por la leve; (g) pues las acciones penales no se transmiten ni transfieren contra ellos por el delito de su causante, sino las que se dirigen al resarcimiento del daño ocasionado. (h) Pero esto se limita, quando el pleyto se contestó con el tutor, en cuyo ca-

(a) Vela dissert. 33 nn. 39 y 42. (b) Lib. 3 cap. 1 de esta II P. (c) Ayor. lug. cit. nn. 19 y 21. Lara cap. 19 cit. n. 57. (d) Ley 15 t. 16 P. 6. Gutier. lug. cit. nn. 58 y 59. (e) Ayor. lug. cit. n. 20. (f) Ley 1, Cod. de Heredib. tutor. (g) Ley 7 Cod. Arbitr. tutel. (h) Ley 111 § 1 ff. de Reg. jur. Cov. lib. 3 Var. cap. 3 n. 7.

so se puede jurar en pleyto contra sus herederos. (a)

83 Lo que se ha expuesto en órden al inventario y administracion de bienes de menores que deben hacer y tener sus tutores y curadores, milita en los administradores de bienes de hospitales y de otros que tienen que dar cuenta, por lo que y por no ser de mi intento omito tratar de ellos, como tambien de los Prelados Eclesiásticos. Quien quiera instruirse acerca de todos estos, consulte á Guerreiro y á los que cita, y satisfará sus deseos.

84 Deben finalmente los tutores y curadores, haciendo un verdadero oficio de padres del menor, darle educacion, instruirle en los dogmas de nuestra santa religion y santo temor de Dios que es la basa del hombre de bien y buen católico, y de toda felicidad, y en las artes y ciencias correspondientes á su calidad, talento y haberes, poniéndole con maestros que se las enseñen: alimentarle de los frutos de su hacienda, todo el tiempo que esté á su cuidado, segun lo ordene su padre, ó su abuelo, ó el Juez en su defecto: darle casa ó habitacion, que será la que su padre le haya destinado, y si no se la señaló, la de su madre, y no teniendo madre, ó casándose esta, la que el Juez elija, pues no es preciso que esté en la del tutor, aunque de ninguna suerte ha de vivir en la del pariente que puede heredar sus bienes, por la presuncion de que intente quitarle la vida para apoderarse de ellos: emplear el dinero que tenga para que produzca y no esté ocioso, sea imponiéndole á censo, sea comprando fincas, para que no se les haga cargo de su morosidad, pues serán responsables á los intereses que empleado podia rendir: vender los frutos en tiempos oportunos, llevando cuenta de los vendidos en cada uno y á que precios: cuidar de su hacienda y administrarla, procurando no solo su conservacion sino tambien su incremento, como si fuera suya propia, ó mejor: dar estado á la pu-

(a) Ley 6 tit. 11 P. 3. Guerreir. de Inventar. lib. 4 cap. 1 nn. 72 y 73. Sobre si el testador puede ó no relevar al tutor de dar cuenta de su tutela, véase á Gutier. de Tutel. part. 3 cap. 1 nn. 32, &c. y 48, que lo explica bien y sigue la negativa.

pila señalándole dote competente; (*a*) y en los negocios y contratos con tercero, interponer su autoridad para su mayor validacion; pues el curador de bienes carece de facultad para celebrar por sí solo contratos con tercero por su menor, y así han de intervenir los dos en él, aunque lo contrario se ha de decir del tutor, porque el pupilo es incapaz de obligarse civilmente. (1) (*b*)

85 No deben vender, trocar, donar, empeñar, ni enagenar los bienes raices del menor, ni aun los muebles preciosos, sino que sea para pagar las deudas de su padre; casar otros hijos de este, ú otras cosas indispensables, y aun en tal caso con otorgamiento del Juez, precediendo conocimiento de causa, y de si se le sigue utilidad, ó hay necesidad de practicar algo de lo expuesto: (*c*) ni tampoco comprar cosa alguna suya sino con expresa licencia del Juez y consentimiento de los contutores habiéndolos, y para utilidad del menor, pues de lo contrario puede este reconvenirlos dentro de los 4 años siguientes á los 25 de su edad; (*d*) ni finalmente hacer compromiso, ni transaccion de las causas y negocios claros sin la referida licencia, aunque sí de los dudosos.

86 Por ser un oficio de piedad el de tutor y curador, parece que debe exercerse gratuitamente sin esperanza de

(*a*) Leyes 16, 17, 19 y 20 tit. 16 P. 6. Baez. de Decim. tutori cap. 2.

(1) Esto es, segun las leyes civiles, ó en términos que se le pueda reconvenir y compeler á dar ó hacer lo que prometió. Naturalmente, ó solo por las leyes naturales sí quedará obligado el pupilo, siempre que tenga capacidad para querer y consentir, y entender lo que se trata, como puede con especialidad decirse del próximo á la pubertad.

(*b*) Leyes 17 tit. 16 P. 6, y 1 y 5 ff. de Authorit. tutor. y 1 § 13 ff. Ad Trebellian. Acerca de estos contratos y de las facultades que tienen ó no los menores para celebrarlos, véase el cap. 18 nn. 37, 38 y 39 de la I. P. (*c*) Leyes 14 t. 11 P. 4, 4 tit. 5 y 8 tit. 13 P. 5, y 18 tit. 16 P. 6. Gutier. part. 2 cap. 5, 6 y 21. (*d*) Leyes 4 tit. 5 P. 5, y 23 tit. lib. 11 R. Rec. y en ella Matienz. glos. 1 y 2. (*e*) Gutier. c. 5 cit. nn. 28, 29, 30 y 31. Hermos. en todas las glosas de la ley 4 tit. 5 P. 5. No me dilato mas en manifestar las obligaciones de los tutores y curadores, cómo han de dar sus cuentas, qué descargos se les deben ó no admitir á ellos y á otros administradores de bienes agenos, &c. de lo qual tratan Gutier. de Tutel. part. 1 y 2, y part. 3 cap. 1. Escobar de Ratiocin. y los AA. que citan, á quienes me remito.

lucro, y así el derecho romano ningun premio, salario ni remuneracion les señalaba por el cuidado y administracion, sino es que fuesen pobres, ó que por este encargo tuviesen que ausentarse, ó expender algo de su propio caudal, en cuyos casos y otros semejantes para compensarles el daño que experimentaban, ya que no percibian utilidad, podia el Juez á su arbitrio asignarles la competente recompensa, pues no se hallaba determinada á causa de no ser posible prefinírsela por la variedad de negocios que ocurren, de caudales y otras circunstancias. (*a*)

87 Mas no obstante segun nuestra legislacion castellana pueden los tutores y curadores, aunque sean parientes de los menores, percibir para sí y por sí propios por razon de su trabajo, y por las obligaciones y responsabilidades que constituyen y refiere Baeza, (*b*) la décima parte de los mismos frutos que produzcan los bienes de los menores, miéntras dura la tutela, ó hayan percibido quando espire, y que les conceden la ley 3 tit. 3 lib. 4 del Fuero Juzgo, cuyas palabras son estas: "E mandamos que tome la décima parte del frucho en que viva, porque non faga grandes despesas, é no al;" (*y no otra cosa*) y la 2 tit. 7 lib. 3 del Fuero Real que está en uso en estos reynos de Castilla, y al medio dice: "Y quien quier que los tenga (habla de los huérfanos) mantengalos de los frutos: y tome para sí el diezmo de los frutos por razon de su trabajo." No solo pueden llevarla la madre, hermanos y demas parientes del pupilo, ó adulto sino tambien su padre, quando es tutor suyo y administra bienes de él, de los que no le concede el usufructo la ley, porque se halla obligado á recibir su tutela, aunque tenga otras tres, segun ya he dicho, á sufrir todas las demas cargas que los otros tutores, y asimismo á hacer inventario y dar cuenta como estos, á lo qual no lo está, quando es su administrador legítimo por derecho y efecto de la patria potestad, en cuyo caso le pertenece el usufructo de sus bienes adventicios; y así no debe ser

(*a*) Gutier. de Tut. part. 3 cap. 2 nn. 1, &c. y 7. Baez. de Decim. tutori cap. 1 Parlad. diff. 130 §. 11 n. 1. (*b*) Cap. 2.

de peor condicion que ellos, (*a*) no obstante las razones que expone Baeza (*b*) para excluirle de su percibo, y que solo tendrán lugar, quando todos los frutos son necesarios, ó no alcanzan para alimentar á su hijo. Esta décima se debe á los tutores y curadores desde el dia que saben que estan nombrados, siéndolo puramente, y si lo son con condicion, desde el en que esta se verifica, con tal que administren fielmente y no de otra manera. (*c*) Tambien deben llevarla el curador del adulto por la misma razon que el tutor, el del loco, fatuo, ó mentecato y pródigo declarado, el del póstumo, cuyos bienes administró ántes y despues de nacer, (*d*) y el hijo nombrado curador de su padre, ó madre furiosos, (*e*) porque tienen el propio trabajo y se hallan obligados á dar cuentas, aunque este último no tan estrechas como los demas.

88 No corresponde décima al tutor, ni curador del Rey, de los Magnates y personas poderosas que tienen rentas pingües, ni al curador de bienes del ausente, cautivo, ni difunto, porque se equipara al procurador á quien no se debe, y así á todos estos se asigna un salario moderado y proporcionado á su trabajo. (*f*) Tampoco corresponde al curador de cierta cosa, porque la ley habla del universal que se halla obligado á cuidar de la persona y bienes del menor, á hacer inventario de ellos y practicar otros actos útiles á este, á lo qual no lo está aquel; ni al que ignorando ser tutor administra solo como amigo, pues únicamente se le deberán abonar las expensas útiles y un salario moderado á arbitrio del Juez; ni finalmente al que lo es de pleytos, porque no administra; aunque al de los bienes sitos en algun pueblo se le deberá

(*a*) Gutier. part. 3 cap. 4 nn. 1, &c. y 8. (*b*) De Decim. tutori cap. 4 nn. 10 y sig. (*c*) Gutier. dicha part. 3 cap. 41 n. 2. Baez. c. 13 y cap. 33 nn. 7, &c. y 13. (*d*) Gutier. part. y cap. 3 nn. 9 y sig. y cap. 17 n. 16. Baez. cap. 3, 4 y 5, y 16 nn. 27 &c. y 39. (*e*) Baez. dicho cap. 4 nn. 31 y sig. Gutierr. part. 3 cap. 4 nn. 9, 10 y 11. (*f*) Lara Compend. vitæ hom. cap. 16 n. 20 y cap. 19 n. 74. Escobar de Ratiocin. cap. 28 nn. 37 y 38.

de los frutos de ellos, porque en esta parte es contutor. (a)

89 Deben percibir décima los tutores y curadores no solo de los frutos de los bienes que su menor posee en estos dominios, en donde les está concedida, sino tambien de los que tiene en otros, en los que segun sus estatutos es gratuita su administracion; pues cuidan y deben dar cuenta de los unos del mismo modo que de los otros, puede la costumbre de aquí extender sus efectos por razon de la persona del menor á qualquiera parte en que esten sitos, y la ley habla general é indistintamente. (b) Tambien deben percibir enteramente la décima aun de los fundos patrimoniales que den fruto dos, ó mas veces al año, porque la ley no la limita á un fruto anual, y la misma razon hay para percibir la del segundo que para la del primero. (c) Y el testador, nómbrelos ó no, no puede prohibirles que la perciban, ni gravarles en ella, ya porque nadie puede privar á otro del beneficio concedido por la ley ó costumbre, y ya porque á ninguno se debe quitar el derecho que le compete, sin que preste su consentimiento, ni obligar á que trabaje sin premio ó recompensa. (d) Siendo muchos los tutores, ó curadores no deben llevar mas que una décima, la qual se ha de repartir entre todos á proporcion de su trabajo ó segun se convengan. (e)

90 No se limita la décima á los frutos naturales percibidos por el tutor y curador, y ántes bien se amplia á los industriales y civiles como réditos, pensiones, intereses de acciones, giro, comercio y negociacion: á los anexos á jurisdiccion como multas y confiscaciones pertenecientes por razon de ella al menor, con tal que la sentencia en que se hayan impuesto, se hubiese pronun-

(a) Gutier. dicha part. 3 c. 18. Escobar c. 28 cit. nn. 14, 24, 25 y 41. Baez. cap. 17 desde el n. 51 (b) Baez. cap. 34 nn. 7, 8 y 9. Gutier. dicha part. 3 cap. 44 nn. 1, 2 y 3. (c) Baez. lug. cit. cap. 30 nn. 7, &c. y 14. Gutier. dicha part. 3 cap. 34. (d) Ley 13 tit. 34 P. 7. Gutier. part. 3 cap. 5 n. 59. Baez. lug. cit. cap. 5 n. 47. (e) Gutier. lug. cit. cap. 16 nn. 4, &c. y 14.

ciado durante la tutela ó curaduría y no de otra suerte, aunque despues que estas espiren, se confirme aquella: á lo que lucran negociando, ó exerciendo algun arte con el caudal del menor: (a) á las aves, peces y otros animales: al dinero que por razon de réditos, ó contribuciones le pagan sus colonos, enfitéutas y vasallos, mas no, si es en señal ó demostracion de alegría, y por obligacion: á los animales que nacen y se crian en sus gallineros, estanques, palomares y otros parages destinados para ello: á los frutos producidos por los bienes que el menor adquiere en la guerra, y se emplean para que reditúen, pero no á los mismos bienes: á los réditos anuales que este goza por su vida, pues el mismo trabajo tienen el tutor y curador en recogerlos y custodiarlos que en los perpetuos: á los de la parte que perciben, por deberse al menor y á otros copulativamente insolidum: á las alcabalas, portazgos y tributos que cobran: á las obvenciones, emolumentos y propinas que tenga que percibir por razon de patronato, mas no al derecho de este y de presentar, porque es honor y no fruto, y aunque se le quiera llamar así, no es del que habla la ley del Fuero y sirve para alimentar al hombre: á las rentas del mayorazgo, ó bienes prohibidos de enagenar que goza; pues todos los referidos se comprehenden en el nombre genérico de frutos, y con ellos pueden sustentarse el tutor y curador; que es el fin de concedérseles su décima; (b) y á los de los predios que los mismos tutores y curadores cultivan, porque ninguna ley les obliga á arrendarlos, si quieren cultivarlos por sí: (c) todo lo qual procede, aunque los frutos que produzcan los bienes del menor, apénas basten para mantenerle, como contra Bueza defien-

(a) Esto es opinable sin embargo de ser justo, porque ponen su trabajo que es digno de remuneracion. Véase á Gutier. lug. cit. capit. 30 n. 29. (b) Baez. lug. cit. cap. 22, 23, y 24 n. 15 hasta el fin, 25. n. 29, 28 n. 17 hasta el fin, y 30 nn. 15, 16, 17 y 18. Gutier. part. 8 cap. 23, 24, 27, 28, 29, 30, 33 y 35. (c) Ley 15 t. 18 P. 6. Gutierr. dicha part. 3 cap. 2 n. 29. Parlador. differ. 130 §. 11 n. 8.

de Gutierrez, (a) (1) á cuya opinion me adhiero por las razones que expone.

91 No debe exîgir décima el tutor de los bienes patrimoniales del menor, en cuyo número se comprehenden no solo los raices, semovientes y muebles sino tambien los frutos cogidos y separados del suelo al tiempo del fallecimiento del testador, y las deudas, derechos y acciones que tenga á su favor, porque únicamente se la concede la ley de los frutos posteriores que cogió y cobró; y de los réditos y pensiones que no cobró, no se le debe, aunque esten vencidas, quando espira la tutela, por no haber tenido trabajo en su adquisicion y cobranza. (b) Asimismo no debe exîgirse del aumento que sobreviene á los predios del menor, porque no es fruto, aunque sí de los frutos del aumento: del tesoro que se halla en la casa ó fundo del menor, porque es aumento de su patrimonio, así como lo es de la dote y no fruto dotal el que se halla en la casa ó predio de la muger casada, por lo que no le adquiere su marido: ni de lo que se le dona, por no ser fruto: ni de lo que lucra con su arte, oficio, ó industria que es trabajo personal suyo: (c) ni de los réditos ilícitos: (d) ni de los frutos del beneficio, ó capellanía eclesiástica que goza. (e) Tampoco llevará la décima íntegra de los frutos maduros ni de las pensiones pendientes y vencidas, quando empieza la tutela, sino á proporcion de su trabajo; y lo mismo procede en los frutos naturales que

(a) P. 3 cit. cap. 12.

(1) Este autor funda muy bien su opinion y satisface sólidamente á los argumentos contrarios. Aunque los frutos ó réditos de los bienes del pupilo y menor apénas sean suficientes para su manutencion, seria injusto privar al tutor y curador de la recompensa que la ley da á su trabajo y cuidado, sin los quales por exemplo no se cultivarian, ó se cultivarian mal las posesiones de los menores ó pupilos, y producirian muy pocos ó ningunos frutos.

(b) Baez. lug. cit. cap. 23 nn. 4, 7, 9, &c. y 15, y cap. 24 nn. 9 y 10. Gutier. dicho cap. 30. (c) Baez. cap. 24 nn. 4, &c. y 14, y 18 hasta el fin. Gutier. part. 3 cap. 25 y 30. (d) Gutier. lug. cit. c. 31. (e) Baez. dicho cap. 24 nn. 1, 2 y 3. Gutierr. cap. 32. Parladorio afirma (diff. 130 §. 11 nn. 5 y 6) que si el padre del menor dexó arrendado el beneficio, podrá el tutor cobrar la décima del arrendamiento.

estaban pendientes y manifiestos al tiempo que espiró la tutela ó curaduría, (a) si aquellos se cogieron despues de acabada, debiendo deducirse todas las expensas, inclusas las de recoleccion. Igual proratéo se hará, quando muera ántes de cumplirse el año. (b)

92 Si estando maduros en el campo, y separados ó no del suelo los frutos, espirare la tutela, puede el tutor prohibir al menor, ó á su curador que los lleven y recojan sin su intervencion; (c) y si el menor ya mayor no quiere dar á su curador la décima, puede este retener los bienes que tenga de aquel hasta que se la pague. (d) Ademas siendo el tutor y curador acreedores del menor por alguna cantidad pueden reintegrarse de ella por sí mismos en dinero, ó en bienes muebles; (e) pero si quieren tomar en pago bienes inmuebles, ha de ser observando las solemnidades que se requieren en la venta de los menores, y de otra suerte no valdrá, (f) porque la dacion en pago se reputa venta. La décima se ha de pagar en los mismos frutos, pues no basta ofrecer su estimacion, si existen, (g) y no ha de sacarse precisamente de cada cosa, sino á arbitrio de buen varon, atendiendo á su qnalidad y á si admite ó no cómoda division, de modo que sea de bueno, malo y mediano; pues quando se debe alguna quota, se ha de deducir en los mismos términos. (h)

93 No se deben deducir de la décima las expensas ó gastos que el tutor y curador hagan en la administracion de los bienes de su menor, porque á deducirse ó compensarse con ella las pagarian de su propio trabajo y pre-

(a) Cov. lib. 1 Var. cap. 15 n. 1. Escobar de Ratiocin. c. 3 nn. 22, &c. y 26. (b) Sobre si de las canteras y minerales de donde se extraen piedras y metales, de los exemplares que se sacan de los protocolos, de los bosques de donde se cortan árboles, y de otras cosas que no renacen por su naturaleza, deberán percibir décima los tutores y curadores, véase á Gutier. part. 3 cap. 25 y 27, y á Baez. cap. 25. (c) Ley 2. Cod. Quando, y quibus quarta parte debeat. (d) Baeza cap. 31 Gutierr. dicha part. 3 cap. 39. (e) Ley 9 §. 5 ff. de Administrat. tutor. (f) Leyes 5 ff. de Rebus eorum y 16 Cod. de Prædiis minor. (g) Baez. cap. 32 nn. 1, &c. y 16. Gutier. part. 3 cap. 40 n. 3. (h) Gutier. cap. 40 cit. n. 6a. Baez. dicho cap. 32 n. 7. Escobar de Ratiocin. cap. 30 nn. 1, &c. y 7.

mio lo qual es conforme á la ley del Fuero Juzgo citada que prosiguiendo dice: " E si algunas despensas ficier por los negocios de lo so por los hermanos, mostrelo antel Juez, é combrelo de lo de sos hermanos comonalmente." Asimismo, aunque por ser labradores cultiven con sus manos y por su cuenta las fincas, ó predios del pupilo ó menor, pueden cobrar y deducir su trabajo por el cultivo; pues una cosa es labrarlas por sí, y otra muy diversa administrarlas, y la décima se les concede por su administracion, no por las labores del cultivo, por el que qualquiera les pagaria las que hiciesen en las suyas. (*a*) Pero no podrán cobrar ni deducir las expensas que hicieron en ir á aceptar la tutela fuera de su pueblo, porque son anexas al mismo oficio: ni las que satisfacieron al sugeto, ó sugetos de quienes se valieron para la administracion, pues deben pagarles su trabajo de su décima, y de lo contrario seria grabado injustamente con ellas el menor: (*b*) ni tampoco los gastos de caballerías y alimentos de sus personas hechos en viages para cobrar las rentas, ó evacuar otros negocios de su menor, porque tienen salario por ello que es la décima: lo qual no sucederá al tutor, curador, ni á otro administrador que no le tenga señalado, y así podrán exigirlos. (*c*)

94 En quanto á las expensas que se han de deducir anualmente ántes de exigir el tutor su décima, procediendo para la debida claridad con la distincion que se requiere, mediante á no especificarlo la ley, debo decir que en las tierras, viñas, olivares, huertas y demas fundos que se labran de cuenta del menor, (cuyos frutos se llaman naturales) se deben baxar las del cultivo, siembra, caba, poda, recoleccion y las demas regulares hechas en cada año segun la costumbre del pueblo, como tambien el diezmo que se paga á Dios: en los ganados, el costo de criarlos y mantenerlos incluso el salario de los pastores: en las casas y otros edificios, los reparos menores indispensa-

(*a*) Baez. cap. 21 cit. nn. 15, &c. y 25, y cap. 29 nn. 1, &c. y 6. (*b*) Baez. cap. 21 cit. nn. 26 y 27. (*c*) Parlador. diff. 130 §. 11 n. fin. Garcia de Expens. cap. 20 n. 15. Gutierr. dicha part. 3 cap. 2. n. últim.

bles para su habitacion, y rendicion de alquileres y rentas, sin los quales no habria quien las alquilase ni habitase; (a) y en los artefactos, se han de baxar los gastos de compras de primeras materias, jornales de operarios, conduccion y demas cosas necesarias, sin las que no puede hacerse lo que se intenta: siendo de tener presente que si para continuar ó aumentar el tráfico, comercio, ó industria, buscó dinero el tutor, se ha de deducir ante todas cosas como caudal ageno juntamente con los intereses pagados, y que se deban segun lo pactado con su dueño; pues de no deducirse ántes resultaria que el tutor se utilizaba de caudal que no era de su menor, como asimismo que este pagaba no solo la décima sino tambien los intereses íntegros con detrimento suyo; y lo propio milita, quando el tutor acredita que le suplió siendo necesario, y que no se halla reintegrado, porque ninguna ley le obliga á suplirle. Pero no se han de baxar las expensas hechas en los reparos mayores de las casas y demas edificios; pues aunque se deben hacer con sus alquileres y productos, son principalmente para la perpetua duracion y utilidad de los edificios y de su dueño; (b) y de practicarse esta deduccion se seguiria que el tutor, ó curador contribuiria con su trabajo y pérdida de lo que merecia por él, á las mejoras é incrementos de los bienes de su menor, no hallándose obligado á ellas sino solo á su conservacion. La regulacion de expensas mayores ó menores toca al prudente arbitrio del Juez atendidos su importe, los motivos de hacerlos y la costumbre del pais. (c)

95 Sobre si se han de baxar tambien las cargas anuales con que estan gravados los bienes del menor, hay variedad de opiniones. Baeza (d) y Gutierrez (e) llevan la afirmativa fundándose en que el importe de ellas es cosa agena, y la décima se ha de exigir de lo líquido de los frutos que pagadas percibe y hace suyo el menor para sus alimentos, porque esto es lo que aprovecha de ellos, y

(a) Gutier. dicha part. 3 cap. 37. Baez. cap. 29 nn. 3, 4 y 7. Escobar de Ratiocin. cap. 30 nn. 9 y 10. (b) Gutier. cap. 37 cit. n. 6. (c) Garcia de Expens. cap. 11 n. 16 y cap. 20 n. 23. Baez. cap. 21 cit. n. 28. (d) Cap. 27 nn. 9 y sig. (e) Part. 3 cap. 34.

de lo que únicamente la concede la ley. Pero sin embargo la opinion negativa es la corriente y la que siempre he visto practicar: lo primero, porque ninguna ley dice que para entenderse frutos y serlo se han de deducir las cargas sino las expensas, (*a*) y la del Fuero concede indistintamente al tutor la décima de los frutos sin hablar de cargas: lo segundo, porque las cargas de las fincas y las expensas de los frutos se diferencian mucho, y no se debe hacer ilacion, ni vale la conseqüencia de una cosa á otra distinta; (*b*) y lo tercero, porque el tutor no solo trabaja para recoger los frutos líquidos que ha de percibir el menor, sino tambien para percibir aquellos con que se han de pagar las cargas y para satisfacerlas, y así seria cosa injusta que aumentándosele su trabajo se le minorase el premio. Lo mismo procede en los gastos de pleytos, derechos de cargas de pago y otros semejantes que son indispensables para la defensa de la hacienda, exáccion y cobranza de sus rentas y productos, como lo he visto declarado en juicio. Pero lo contrario se ha de decir, quando el menor tiene que pagar cada año alguna quota de los mismos frutos, como lo advierte Escobar; (*c*) pues en este caso se deducirá aquella ántes que la décima del tutor, porque no es del menor.

96 Lo que se ha dicho acerca del premio de los tutores y curadores, y deduccion de expensas, milita en los administradores, á quienes por no estar asignado salario, se abona la décima de lo que cobran; pues se gobiernan por las mismas reglas, por no haber ley especial que trate de ellos, aunque no tienen mas trabajo que el de administrar, ni de consiguiente igual responsabilidad y cuidado de persona alguna; excepto que en la asignacion de la décima, ó en el poder se les conceda facultad específica para exigirla de todo lo que cobren y produzcan los bienes, en cuyo caso nada tendrán que baxar para su deduccion, y todas las expensas mayores y menores serán de cuenta del dueño, porque así lo quiere.

(*a*) Ley 46 ff. de Usur. (*b*) Ley fin. ff. de Calumn. y cap. 2 de Translat. Prælator. (*c*) De Ratiocin. cap. 30 n. 40.

97 En órden á si el fisco estará obligado á hacer inventario solemne de los bienes que recaen en él, se ha de distinguir: ó le tocan como á heredero instituido, ó como á sucesor, por haberse confiscado á algun delinqüente, ó por estar vacantes á causa de no parecer parientes del difunto, é ignorarse á quién corresponden; si como á heredero instituido, debe hacer el inventario, y de lo contrario estará obligado á mas de lo que alcance la herencia por las deudas y legados, al modo que otro qualquiera heredero, porque en este caso usa del derecho de persona privada, y como tal solo goza de privilegio en los casos expresos en las leyes, (*a*) aunque algunos dicen lo contrario. Pero quando sucede en los bienes confiscados, ó vacantes, no tiene obligacion de hacer el inventario, ni de satisfacer mas que lo que importen; (*b*) pues los herederos *anómalos* ó irregulares quales son el fisco en dicho caso, el monasterio que sucede al Monge, el padre que ocupa los bienes de su hijo por razon de peculio, los executores universales que tienen el lugar del heredero, y otros que suceden no por derecho hereditario sino de adquisicion, se tienen por sucesores y poseedores, no por verdaderos herederos. (*c*)

98 El padre que tiene sus hijos en su poder, no está obligado á formalizar inventario solemne de los bienes adventicios que les tocan, porque es legítimo administrador y usufructuario de estos, y no tiene que dar cuenta, ni caucion de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, de suerte que aunque los administre mal, no es responsable por esto, á no ser culpable ó dolosa su administracion, ni incurre en ninguna pena, por no haberse establecido contra él; (*d*) pero lo contrario se ha de decir sino tiene el usufructo, por ser castrenses ó quasi castrenses los bienes, ó por estar casado y velado juntamente, ó emancipado el hijo, ó por otro motivo, pues entónces,

(*a*) Roland. de Invent. part. 1 vers. Undecimo quæro n. 6. Valasc. consult. 52 n. 46. (*b*) Ley 16 tit. 7 P. 6. (*c*) Farinac. de Delict. q. 35 n. 185. Guerreir. de Invent. lib. 2., y cap. 11 dichos nn. 60 y 61, y lib. 4 cap. 9 nn. 1, &c. y 11. (*d*) Gom. ley 48 de Toro n. 16. Ayor. part. 1 cap. 2 n. 16. Montalv. ley 5 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real.

como no es legítimo administrador suyo, debe darle cuentas y por consiguiente inventariarlos. Y en caso de tener el padre el usufructo debe hacer descripcion de ellos con la misma claridad y distincion ante Escribano y dos testigos á presencia de los mismos hijos, si son capaces, sin necesidad de acudir al Juez ni de citacion alguna, en lo qual se diferencia el inventario solemne de la descripcion, pues ésta solo es para que los hijos sepan qué bienes adventicios les corresponden, y no se obscurezcan, ni si su padre se vuelve á casar, se presuman adquiridos en el segundo matrimonio con perjuicio suyo, ni tampoco se ignore, si alguno de ellos fallece sin sucesion ni testamento, los que debe reservar á los demas: para cuya descripcion no hay término prefinido: (*a*) por lo que si quisiere volverse á casar, deberá hacerla ántes de casarse y de otorgar la dote de su muger con declaracion y liquidacion de los que son suyos y de sus hijos, y "obligarse con su persona, y los suyos presentes y futuros á restituírselos, ó su importe, y darles cuenta con pago, quando salgan de su poder." Si tiene bienes raices, podrá hipotecarlos especialmente á la responsabilidad de los maternos de sus hijos para no perjudicarles, y el Escribano protocolizará la descripcion y obligacion que á su continuacion haga el padre, como otra qualquiera escritura ó acto extrajudicial que pase ante él, y de ello dará las copias autorizadas que se le pidan. Sino quisiere que intervenga Escribano, puesto que es quien hace el inventario y se ha de estar á su manifestacion, miéntras no se pruebe ocultacion: que no es presumible quiera gravar su conciencia y defraudar á sus hijos; y que el Escribano solo da fé de lo que él dice y manifiesta, por lo que es lo mismo que le autorice que no; bastará que el padre haga por sí solo la descripcion en una relacion jurada ó individual que firme, por la que se deberá pasar, y con ella se excusa de gastos inútiles, entendiéndose esto sin perjuicio de lo que se ha dicho debe practicar en caso de querer casarse; pues el derecho hace

(*a*) Molin. de Hispan. primogen. lib. 1 cap. 15 n. 34. Baez. cap. 4 n. 6 al fin.

gran confianza del padre, y forma mejor concepto de él que de la madre y demas parientes. Si los hijos estan casados y velados, y han cumplido los 18 años, pueden partir con su padre los bienes que haya dexado su madre, y darse recíprocamente el correspondiente resguardo extrajudicial sin intervencion de curador, porque de dicha edad los habilita la ley para administrar y percibir sus bienes y los de sus mugeres, sin necesidad de impetrar ni obtener vénia de la Cámara, segun ya he dicho: con la diferencia de que siendo todos muebles basta que la descripcion, particion y resguardo sean simples, y si algunos ó todos son raices, es necesario intervenga Escribano, porque como son perpetuos, se requiere escritura pública que acredite á la posteridad su adquisicion, dominio y adjudicacion, y les sirva de título de propiedad y pertenencia para poder disponer de ellos; bien que si son lesos en la particion, sea judicial ó extrajudicial, hecha con asistencia de curador, ó sin él, podrán usar de su derecho dentro de los quatro años siguientes á los 25 de su edad, aunque estuviesen casados, quando la hicieron, porque el matrimonio no se la suple, ni les priva del auxílio de la ley. Pero si sucede como heredero instituido á algun hijo capaz de testar que no se halla baxo su dominio, debe hacer inventario solemne, pues de omitirle estará obligado por las deudas en mas de lo que alcance la herencia, porque se tiene como extraño, y ninguna ley le exceptúa en este caso. (a)

99. Si el marido, ó su muger sin hijos que no se instituyeron recíprocamente herederos, se apoderare de todos sus bienes y de los del consorte difunto, deberá por razon de la mútua sociedad celebrada entre ámbos con el matrimonio hacer descripcion de ellos, porque tiene que dar cuenta á sus herederos de los que dexó; mas por omitir la formacion del inventario solemne no incurrirá en las penas impuestas á los herederos y otros que estando obligados á hacerle no le hacen, porque ninguna ley se las

(a) Roland. de Confection. inventar. q. 29. cerca del fin. Véase al Sr. Castillo de Usufruct. cap. 3.

impone, ni manda formalizarle con toda solemnidad. (a)

100 El usufructuario, sea particular de ciertas cosas, ó universal de todos los bienes, puede y debe ser compelido á hacer inventario, porque teniendo como tiene obligacion de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon para restituirlos acabado el usufructo, no habiéndolos inventariado, no se podrá conocer si los usó ó no, como era debido, ni se hace una plena restitucion de todos los que entraron en su poder; y se perderá fácilmente su propiedad á causa de no poderse justificar por falta de documento que la acredite. (b) Pero no es preciso que formalice este inventario con la solemnidad que el heredero, por no haber ley que expresamente se lo mande, y así basta que haga descripcion de todos los bienes muebles é inmuebles con intervencion del propietario, á la qual no debe resistirse, (c) aunque el testador le hubiera dispensado el hacerla, porque así como no puede remitirle la caucion de usar y gozar los bienes en la forma expresada, (d) tampoco puede remitirle la formacion de su descripcion que es un antecedente necesario para la caucion. (e) Lo mismo se ha de decir, aunque el testador le hubiese impuesto la pena de privacion del usufructo, ú otra, si hacia la descripcion; pues sin embargo tiene obligacion de hacerla á instancia del propietario sin miedo de incurrir en ella, (f) prestando juramento de no haber ocultacion y con los demas requisitos expresados anteriormente. (g) Por tanto, si no la hiciere y se mezclare en los bienes, se podrá jurar en pleyto contra él no obstante la remision y prohibicion del testador, sea usufructuario particular, ó universal; (h) si bien el propietario no está obligado á entregárselos hasta que haga la descripcion. Pero si el usufructuario posee los bienes, sea con licencia del tes-

(a) Valasc. de Partition. cap. 8 n. 29. Ayori part. 1 cap. 2 nn. 10, &c. y 14. (b) Molin. de Primog. lib. 1. cap. 28 n. 4. Garcia de Expens. cap. 11 n. 4. Castill. de Usufruct. cap. 14 n. 4. (c) Roland de Invent. q. 36. Castill. lug. cit. (d) Castill. lug. cit. Góm. lib. 2 Var. cap. 15 nn. 3 y 4, y Ayllon. (e) Castill. de Usufruct. cap. 15 n. 17. Molin. lug. cit. nn. 13, 15 y 16. (f) Castill. dicho cap. 15 n. 18. (g) Gutierr. lug. cit. n. 416. Castill. n. 20. (h) Farinac. in Fragment. part. 2 nn. 1114 y 1215.

tador, ó del heredero propietario, no se deberá decir que procede con mala fé, ni que es moroso por no inventariarlos ni dar la caucion, hasta que acerca de ello le interpele judicialmente el propietario, en cuya atencion hace suyos los frutos aun ántes de la fianza, si la posesion es legítima y justa; bien que una vez interpelado, si se resistiere, podrá el propietario jurar en pleyto contra él. (a)

101 El inventario hecho por uno de los herederos aprovecha á los demas que no intervinieron en él, como afirma Guerreiro, (b) aunque algunos dicen que para esto es necesaria la cesion del que le formalizó. Asimismo se duda, si el inventario aprovecha á otros sin cuya intervencion se hizo como por exemplo en este caso. Muerto el marido pide su viuda se inventarien los bienes que dexó, é inventariados y tasados legalmente, y divididos, ó ántes de su division aparecen deudas contra el caudal. Pretenden los acreedores sus créditos, y los hijos responden que solo estan obligados en quanto lo permita la herencia, porque la aceptaron con beneficio de inventario; y los acreedores replican que no deben gozar de este beneficio, por no haber hecho otro inventario que el que formalizó su madre. Esta qüestion trae Ayora (c) afirmando que es suficiente el formalizado por su madre, y que cumplen con satisfacer hasta la cantidad que percibieron, (1) de cu-

(a) Surd. de Alim. tit. 7 q. 19 n. 18. Castill. de Usufruct. c. 16 nn. 14 y 28. (b) De Inventar. lib. 2 cap. fin. (c) P. 1 cap. 2 n. 22.

(1) Como el heredero es obligado por la ley á la formacion del inventario para que no substraiga ningunos bienes en perjuicio de los acreedores y legatarios, y esta substraccion se previene bastantemente con el inventario que hace la muger de todos los bienes hereditarios y comunes, no hay justo motivo para que dexe de aprovechar asimismo al heredero, pues no teniendo lugar la razon de la ley tampoco debe tenerle su disposicion. Ademas con el inventario formado por la muger, y la particion hecha con los hijos ó herederos del marido se satisface mejor á la intencion de la ley, que manda al heredero hacer inventario, que con el que aquel haga unicamente de los bienes hereditarios, puesto que en el primero se ponen fuera de los del difunto los que corresponden á la muger, y así se puede mostrar mejor quantos y quales quedaron por muerte del marido. Estas razones trae Ayora en el lugar citado; pero yo creo que puede darse en favor de su opinion otra mas poderosa y que hace inútiles las suyas: á sa-

yo dictámen es Valasco; (a) pero Morquecho (b) es de contrario sentir.

102 Antes de resolver si por la formacion del inventario es visto haber aceptado el heredero la herencia, debo sentar en primer lugar, que el heredero puede ser instituido de quatro modos, á saber: *puramente*, *con condicion*, *para dia cierto*, y *baxo de cierto modo*: puramente quando al momento que el testador fallece, puede su heredero aceptar la herencia y entrar en ella: con condicion, quando le impone alguna, para que la cumpla ántes de la aceptacion, ó ingreso en sus bienes, la qual puede ser posible ó imposible: si es imposible por naturaleza ó por derecho, se tiene por no escrita, y si es posible, vale; pero hasta que se cumpla, no ha de aceptarse ni percibirse la herencia: para dia cierto, quando la adicion de la herencia está suspensa hasta que llega el dia, y baxo de cierto modo, quando se hace la institucion con tal que el heredero le observe en la adicion de la herencia, y entónces puede regularmente aceptarla y ocuparla dando caucion de cumplirle.

103 En segundo lugar debo sentar que la herencia puede aceptarse con palabras, quando se dice expresamente que se quiere, y con hechos, quando el heredero se conduce como tal haciendo algun acto ó gestion que solo compete al que lo es, y no puede hacer, sin que sea visto haberla aceptado; v. gr. tomar la posesion de los bienes, vender, ó dar órden para la venta de algunos, labrarlos, arrendarlos, disfrutarlos, ó usar de ellos como dueño, (c) cumplir la condicion con que fue instituido, disponer de la herencia en su testamento, transigir algunos créditos de ella, comparecer en juicio como heredero, y otros que refieren Antunez (d) y Valerod, (e) aunque es de advertir que si practica algunos actos de esber; que el inventario hecho por la muger, como que forzosamente ha de hacerse con citacion de los hijos ó herederos, debe entenderse hecho tambien por estos.

(a) De Partition. cap. 8 n. 26. (b) De Divis. honor. lib. 1 cap. 11 pn. 103 & seq. y 132. (c) Ley 11 tit. 6 l. 6. (d) P. 3 cap. 25. (e) De Transact. t. 5 q. 7.

tos no con ánimo de aceptarla sino de evitar el extravío, ó pérdida de algunos bienes de ella, lo debe protestar así delante de testigos, ó del Juez, para que no se le cause perjuicio, como lo dice la citada ley 11.

104 Y en tercer lugar debo sentar que para que la herencia pueda aceptarse, se requieren varias circunstancias; es á saber, que si está el heredero baxo del dominio de otro, obtenga su consentimiento: (a) que sea mayor de 14 años: (b) que sepa que el testador ha muerto, pues si lo duda, no puede aceptarla ni renunciarla; (c) y que siéndolo en virtud de testamento esté hábil, si es heredero extraño en tres tiempos, que son: el en que se formaliza, el de la muerte del testador, y el en que acepta la herencia; pues tocante á los legítimos, ó forzosos basta que no tengan impedimento legal al de su muerte, aunque al de la institucion le hayan tenido, (d) como he sentado en mi primera parte. (e) Y es de advertir que la posesion de los bienes de la herencia no se transfiere en el heredero sino la toma, (f) lo qual puede hacer estando vacantes, sin autoridad de Juez; como tambien que los contradictores legítimos para impedirle la toma de dicha posesion son el que los poseia al tiempo de la muerte del testador, el que manifiesta título mas poderoso y que merezca asimismo la posesion, y el que tiene en favor suyo una legítima prescripcion. (g)

105 Esto supuesto digo que por la mera formacion del inventario no se contempla aceptada la herencia, (h) porque la aceptacion es un hecho, el qual no se presume, sino se prueba, (i) y por tanto quien afirma que el heredero la aceptó, debe probarlo plena y concluyentemente, (k) pues no bastan presunciones, conjeturas, ni pruebas equívocas. (l) Un heredero por exemplo puede hacer el inventario, no porque haya aceptado la herencia sino con el fin de cerciorarse del valor de ella pa-

(a) Ley 13 tit. 6 P. 6. (b) Ley 13 cit. (c) Ley 14 sig. (d) Ley 11 tit. 3 P. 6. (e) Cap. 1 n. 56. (f) Ley 23 ff. de Adquir. posses. (g) Parlad. lib. 2 cap. 13. (h) Marquesch. de Divis. lib. 3 cap. 2 n. 63. (i) Mascard. concius. 734 n. (k) Surd. decis. 134 n. 18. (l) Valeron de Transact. tit. 5. q. 7.

ra deliberar si ha de aceptarla, ó repudiarla; y así como el que puede exercer algun acto con dos motivos, no se conceptua haberle exercido precisamente con el uno, á ménos que lo exprese; del mismo modo el que con dos, ó mas puede hacer el inventario, no se presume haberle hecho con ánimo de aceptar la herencia, miéntras no lo diga, ó le haga como heredero; (*a*) bien que basta se le llame así en él, aunque el Escribano le haya puesto este título, una vez que lo consiente y lo firma. (*b*) Tambien procede lo dicho, aunque la herencia sea opulenta, si bien en este caso bastan pruebas ménos relevantes; (*c*) y se amplia asimismo á los hijos, siempre que se trate de perjuicio suyo; (*d*) pues tratándose de su utilidad ó comodidad se presumen herederos, excepto que se justifique lo contrario. (*e*)

106. Si el descendiente que se halla en poder de su ascendiente quando fallece, no quiere aceptar la herencia, por entender está muy gravada, y maliciosamente compra en cabeza de otro los bienes de ella, ó hurta, ó substrae algunos; es visto por qualquiera de estos hechos haberla aceptado y obligádose, de modo que despues ya no puede repudiarla; pero á los herederos extraños en igual caso solo podrán demandar los acreedores del difunto para que restituyan lo substraido. (*f*)

§. III.

De la tasa de los bienes inventariados: cómo y qué personas deben hacerla, y de quales remedios pueden usar los herederos en caso que aquellas discuerden, ó hagan una valuacion injusta.

107. Aunque segun el sentir de algunos AA. para que el inventario se tenga por bien hecho, no es necesa-

(*a*) Motquech. lug. cit. nn. 33 y 34. (*b*) Guerreir. de Inventar. lib. 2 cap. 6 n. 50. (*c*) Mascard. concius. 40 n. 9. Mantic. de Conjectur. tit. 51 n. 28. (*d*) Surd. decis. 154 n. 17. Góm. lib. 1. Var. c. 9 n. 25 y Ayllon. (*e*) Roland. consil. 20 nn. 17 y 18. Guerreir. lug. cit. nn. 43 y 44. (*f*) Ley 12 tit. 6 P. 6 y en ella Greg. Lóp. glos. 12.

rio que los bienes inventariados se estimen, numeren, pesen, midan, ni describan con todas sus circunstancias, siempre que consten en él; no obstante, es nulo quando no se expresan en él clara y distintamente el peso, medida, número y aprecio, (a) y así no solo se han de inventariar en los términos expuestos sino tambien apreciar, sin embargo de qualquiera costumbre, ó por mejor decir, corruptela que haya; pues de lo contrario se daria lugar á que el heredero ó el que hiciese el inventario, poniendo en confuso los bienes, defraudase á los coherederos, y á los menores, ausentes, acreedores y legatarios, suplantando otros de ménos valor: todo lo qual debe aplicarse á la descripcion. (b) Ademas, sin la valuacion no se puede proceder á la particion, porque ni los fundos y edificios son iguales, ni los muebles y semovientes de un mismo valor, especie y qualidad, para que indistintamente se pueda aplicar uno á cada partícipe. (c)

108 Lo expuesto no tiene lugar, quando el difunto valuó sus bienes ántes de fallecer, pues no se debe reiterar despues su aprecio, porque se presume haberle hecho justificadamente, excepto que se pruebe que padeció error, ó que por alguna causa no se conduxo en su tasacion con la rectitud que debia, en cuyo caso se deberán tasar, como sino los hubiera tasado. (d)

109 La valuacion ó aprecio de los bienes inventariados se debe hacer por peritos diputados públicamente á este fin, y no habiéndolos, por los que elijan las partes, ó por uno, si estas se conforman en él, por ser práctico é inteligente en las clases de bienes de la herencia, como en esta corte se hace muchas veces, pues no siendo así se ha de nombrar para cada clase el suyo, v. gr. para las heredades agrimensores, para las casas y edificios alarifes, &c. y pueden nombrarlos las partes por pedimento ante el Juez, ó solamente ante el Escribano que

(a) Roland. consil. 73 n. 79 y lib. 2 de Inventar. part. 3 vers. Item quæritur. Guzm. verit. 26 nn. 16. y 22. (b) Cancer. part. 3 Var. c. 2 n. 37. Guerreir. de Invent. lib. 1 cap. 11 nn. 1, &c. y 5. (c) Guerreir. lug. cit. Morquech. lib. 1 cap. 4 n. 1. (d) Guerreir. lug. cit. n. 76. Ayor. part. 1 cap. 3 n. 38.

entiende en el inventario, porque no hay ley que diga lo contrario, y así suele practicarse en esta corte.

110 Estos perítos han de ser de buena vida y fama, y mayores de toda excepcion, (*a*) y jurar que harán bien, y fielmente la tasacion segun su inteligencia sin causar agravio á las partes, (*b*) excepto que sean tasadores públicos electos por el Rey, ó por el ayuntamiento del pueblo, pues siéndolo, si juráron al ingreso en su oficio, como se acostumbra, no tienen necesidad ni obligacion de volver á jurar en cada tasacion que hagan, ni de expresar su edad; ni tampoco quando las partes los eligen de conformidad y relevan del juramento, ó para negocio extrajudicial como amigos. (*c*) Los perítos hacen veces de testigos y de Jueces: de testigos porque deponen como éstos, y de Jueces en quanto juzgan y estan autorizados por el Juez para dar su dictámen fundado. (*d*)

111 El juramento de estos perítos es propiamente de *creencia*, porque recae sobre su inteligencia y concepto que segun las reglas de su arte ú oficio, las circunstancias del tiempo, su práctica y experiencia forman del valor de lo que tasan; y no de *decir verdad* como el de los testigos que deponen de vista ú oidas lo que percibiéron por los sentidos; pues de cierto no pueden saberlo á causa de depender de la estimacion comun de los hombres, y no tener valor intrínseco puesto por la ley como la moneda. (*e*)

112 Siendo nombrados públicamente pueden ser compelidos á admitir su encargo y hacer la valuacion, porque su oficio es público, á no ser que para su admision tengan impedimento, ó excusa legítima; (*f*) y si los eligen las partes, aunque regularmente no pueda obligárseles á aceptarle contra su voluntad, porque es oficio voluntario; (*g*) se les podrá compeler aun en este caso, sino hay otros

(*a*) Morquech. lib. y cap. cit. n. 4. (*b*) Guerreir. lib. 1 cap. 8 nn. 18, 19 y 20. (*c*) Valasc. de Partit. cap. 9 n. 1. Garcia de Expensis cap. 24 n. 18. (*d*) Matheu. de Regimin. Regn. Valent. cap. 8 §. 5 nn. 21 y 22. (*e*) Guerreir. lug. cit. nn. 24 y 25. (*f*) Valasc. lug. cit. n. 4. Guerreir. lib. 1 cap. 11 nn. 6 y 7. (*g*) Valasc. lug. cit. al fin.

igualmente idóneos y rectos, porque de lo contrario se daria ocasion á diferir la particion por falta de aprecio de los bienes, ó á que la tasacion fuese injusta por la impericia de otros con notable detrimento de los interesados; mayormente quando no hemos nacido para nosotros sólos sino tambien para ser útiles á la patria y á nuestros conciudadanos. (*a*) Pero una vez que le acepten, se les puede apremiar á evacuarle, porque con su aceptacion se obligaron á ello. (*b*)

113 Pueden ser recusados estos peritos con solo el juramento de tenerlos por sospechosos, y de no proceder de malicia ni con ánimo de injuriarlos, siendo nombrados por el Juez ordinario; pues si este lo puede ser, con mayor razon los que elija. (*c*) Pero si los nombra por contumacia de las partes, es menester que haya causa para recusarlos, y que la proponga y pruebe el recusante, porque el nombramiento del Juez se considera hecho en nombre de aquellas y de consiguiente por ellas mismas. (*d*)

114 Si las mismas partes eligen los peritos, no los pueden recusar, porque con el hecho de elegirlos y presentarlos en juicio es visto aprobar sus personas, como sucede en los testigos, excepto que sea por causa originada ó sabida despues del nombramiento, y probada, pues no se les admitirá la recusacion con solo el juramento expresado; y quando cada uno nombra el suyo, no puede recusarle la otra, porque se guarda igualmente entre ámbas, y como cada perito defiende contra el otro el derecho de quien le nombró, queda subsanado el defecto que se le podia objetar, y el recurso al tercero en discordia; á no ser que el tal nombrado, si fuese presentado como testigo, pudiera ser repelido de testificar, en cuyo caso lo podrá ser y deberá nombrarse otro. (*e*) Siendo peritos públicos es preciso que el recusante exprese y pruebe las causas ántes de empezar á exercer su encargo, ó luego que lleguen

(*a*) Guerreir. dich. cap. 11 n. 13. (*b*) Garcia de Expens. cap. 24 n. 26. (*c*) Guerreir. cap. 11 cit. n. 14. (*d*) Valasc. cap. 9 cit. nn. 22 y 23. (*e*) Hermosill. ley 56 tit. 5 P. 5 glos. 6 nn. 46, &c. y 54. Sanchez de Matrim. lib. 7 disp. 113 n. 9.

á su noticia, porque como se conceptúan personas de pureza, integridad y habilidad conocida, y en quienes el público ha depositado su fé y confianza, no se presume su soborno sin que se acredite en forma. (a)

115 Para hacer la tasacion se ha de citar á las partes así como para el inventario, por si quieren asistir al juramento y reconocimiento que hagan, aunque no á oirlos declarar, y no presenciándole, ó no citándolos, es nula; (b) sino es que den comision á los peritos para hacerla sin su presencia ni citacion, (c) ó que los hayan elegido de conformidad, pues entónces como que se cree haberlos instruido del negocio, no es necesaria su citacion ni presencia; (d) bien que si la tasacion se hace al mismo tiempo que el inventario, basta una citacion, porque es visto hacerse para asistir á todo; y en la citacion se ha de poner fecha, y señalar á las partes el dia y hora en que se ha de hacer la valuacion, segun se practica.

116 Deben ver y registrar los peritos cada cosa de las que valúan, porque de lo contrario es nula la tasacion; y apreciarla separadamente y no muchas por un precio; (e) como asimismo hacer la tasa respectiva de todas por lo que justamente valen, de suerte que en venta se pueda sacar por ellas el precio que se les dé, (y no como quando se han de subastar, pues por la baxa que suele hacerse, se tasan en mas, para que con esta se vendan por lo justo) procediendo en su aprecio con gran circunspeccion, arreglo y moderacion, para que ningun interesado en la testamentaria experimente perjuicio, y no por informes de otros. El precio justo se ha de regular no por la aficion singular ó particular á lo que se tasa, sino por la estimacion general y comun de los hombres, atendidos el tiempo en que se hace la tasacion, la costumbre del pueblo, el sitio y producto anual, la qualidad, cargas y condicion de las mismas cosas, y su fecundidad

(a) Guerreir. lug. cit. n. 15. Hermos. glos. cit. (b) Surd. decis. 452 nn. 34 y 35. Guerreir. lib. 1 cap. 6 n. 21. (c) Menoch. de Arbit. lib. 1 q. 117 n. 43. (d) Guerrein. lug. cit. nn. 23 y 24. Morquech. lib. 1 cap. 4 n. 10. (e) Valasc. de Part. cap. 10 n. 5. Guerreir. dicho cap. 11 nn. 24, 25 y 26.

ó esterilidad; ni tampoco con nimio rigor, y mucho ménos en el juicio divisorio, porque como reyna la envidia, principalmente entre los hermanos, conviene que se haga con equidad y caridad fraternal; (a) pues aunque se diga que tanto vale la cosa quanto se saque en su venta, esto se entiende cesante todo fraude. (b)

117 Tampoco se deben valuar, sean raices ó muebles, por el precio en que se compraron, sino por la estimacion presente, aunque se hubiesen comprado en pública subasta, ya porque así en la venta pública como en la privada puede engañar ó ser engañado el comprador, ya porque el precio de las cosas varía cada dia segun los tiempos y circunstancias, mayormente el de las que se deterioran ó consumen con el uso, y ya porque muchos postores se acaloran en las posturas, ó por aficion á la cosa, ó por alguna utilidad peculiar que se les sigue de su compra que á ningun otro se seguiria, como quando tienen otra contigua á ella, ó tambien porque otro no la lleve, como freqüentemente sucede.

118 Para ver si queda á los herederos forzosos su legítima, se ha de atender al valor que los bienes tenian al tiempo que murió el testador, porque aunque despues tengan incremento ó decremento los bienes que dexó, no la aumentan ni disminuyen. (c) Mas para el único efecto de partir los bienes entre los herederos se ha de mirar siempre al valor justo, intrínseco y efectivo que tienen al hacerse la division, y segun este deben valuarse en toda testamentaría, á diferencia de lo que se practica en las subastas y almonedas, como he dicho en el núm. 116: ya porque como desde la muerte hasta la particion pueden aumentar ó disminuirse, debe pertenecer proporcionalmente á los herederos como á dueños el incremento y decremento de ellos; y ya porque si habiendo pasado muchos años se adjudican por el precio dado al tiempo de la muerte, pueden ser perjudicados algunos

(a) Guerrer. cap. 11 cit. nn. 26, &c. y 51. Valasc. cap. 10 cit. nn. 2 y 4 y cap. 11 n. 14. (b) Valasc. cap. 10 cit. n. 3. (c) Leyes 1 y 3 tit. 11 P. 6. Góm. en la 70 de Toro n. 8.

herederos y beneficiados otros, puesto que unos bienes se habrán mejorado y otros empeorado: lo qual no sucede en el caso de la legítima, porque esta se deduce del monton ó cúmulo de bienes. (1)

119 Discordando los tasadores ó peritos en las tasaciones han de elegir los interesados un tercero, y no conformándose en el que ha de ser, le nombrará el Juez por su contumacia, y valdrá el parecer de la mayor parte de los nombrados. (a) El tercero electo, nómbrenle las partes de conformidad, ó el Juez por su discordia ó contumacia, no puede recusarse sin justificar alguna causa superveniente al nombramiento, ó si era anterior, ignorada por el recusante, pues se cree maliciosa la recusacion. Despues de la segunda declaracion uniforme de los peritos no se ha de nombrar otro, porque seria proceder en infinito. (b)

120 Si los tres estan discordes, puede el Juez seguir el voto que le parezca mas verosimil y arreglado, ó elegir un medio proporcional juntando las valuaciones de los tres y deduciendo de su total el tercio, que será el precio justo de la cosa, cuya opinion es la mas equitativa de las siete que hay acerca de lo que estando discordes los peritos se debe practicar, como afirma Hermosilla. (c) Por exemplo, si uno tasa la cosa en 5, otro en 10 y otro en 15, el tercio de estas tres partidas que componen 30, son 10 y el justo valor de ella. Si los interesados creyendo que es corta ó excesiva la tasacion, rehusan tomar la cosa por ella, pueden echar suertes para darla al que toque, ó venderla y repartir su precio para evitar pleytos y discordias. (d)

121 Regularmente hablando no está obligado el ter-

(1) Como el testador está obligado por las leyes á dexar la legitima á sus herederos forzosos, es preciso atenerse á lo que valgan los bienes al tiempo de la muerte, para que se sepa, si ha cumplido con su deber.

(a) Guerreir. lib. 1 cap. fin. n. 13. (b) Hermosill. ley 56 tit. 5 P. 5 glos. 6 n. 60. Faria ad Covar. lib. 1 Var. cap. 13 nn. 31, &c. y 37. (c) Lug. cit. nn. 158, &c. y 166. (d) Valasc. de Partit. cap. 9 nn. 14, 15 y 16. Ayor. part. 1 cap. 4 nn. 7 y 8.

cero á conformarse contra su propio juicio con el parecer de alguno de los dos peritos, (a) así como el tercero nombrado por discordia de los árbitros tampoco se halla obligado á seguir el parecer de ellos, y será válido el suyo, si es mas arreglado. (b) Pero si las partes nombraren unánimemente los peritos y tercero, deberá este conformarse con el parecer de uno de los dos que estime mas arreglado, sin hacer valuacion por sí, porque una vez que las partes los nombraron á todos desde el principio y no concordaron en uno solo, es visto haber querido que el tercero no hiciese oficio de tasador, sino que expresase qual de los pareceres de los otros era mas conforme á razon, y se conviniese con él, para que hubiese dos conformes. Si el tercero fué nombrado por el Juez, podrá disentir de ámbos, (c) (1) y para quitar toda duda se hará en él el nombramiento con la expresion de que sea para dicho efecto y no otro. Y aunque las partes prometan y juren pasar por el dictámen de cierta persona, no estan obligados á conformarse con él, si es injusto, y ántes bien se ha de arreglar y reducir á lo justo, segun debe decirse tambien de la promesa de obedecer el precepto de alguno. (d)

122 Si hay muchos peritos y todos discuerdan entre sí, para saber á quien se debe dar crédito, se distinguen siete casos. Quando son desiguales en número, se ha de creer al mayor: quando los peritos é imperitos discuerden, debe seguirse el parecer de los primeros, aunque sea mayor el número de los segundos: quando los peritos

(a) Guerreir. lib. 1 y cap. fin. cit. nn. 16, 17 y 18. (b) Parlador. diff. 43 n. 1. (c) Valasco de Partit. cap. 9 n. 10. Guerreir. cap. fin. cit. n. 36.

(1) Tambien podria decirse que quando por discordia de los peritos nombra tercero el Juez, es visto hacerlo para que diga qual parecer tiene por mas razonable y se conforme con él; pues no es fácil dar una razon sólida de diferencia entre este caso y el anterior. A mi me parece mas conveniente que el tercero exprese siempre su propio juicio y que el Juez decida lo que conceptúe mas arreglado, á no ser que las partes declaren que nombran el tercero para que se agregue á uno de los peritos discordantes.

(d) Leyes 24 tit. 4 y 27 tit. 11 P. 7. Escobar de Ratiocin. cap. 32 nn. 26 y 27.

igualmente hábiles discuerdan en igual número, se ha de estar al de los que deponen lo mas verosimil: quando entre los peritos es absoluta la igualdad así respecto del número de los discrepantes como de la pericia y verosimilitud, debe creerse á los que deponen á favor del reo: quando muchos peritos contradicen al mas perito, se seguirá á aquellos y no á este: quando los peritos discuerdan en igual número de los mas peritos, se ha de dar crédito á estos y no á aquellos; habiendo de probarse la mayor pericia, v. gr. por estar uno doctorado y otro no, ó por hallarse mas versado en el exercicio á que se refiere la controversia; y últimamente quando el uno es anciano y el otro jóven, mas perito se presume aquel que este, así como el práctico mas que el teórico. (a)

123 Los peritos y el tercero, sean nombrados por las partes, ó por el Juez, no pueden delegar su oficio en otro: ya porque ninguna ley les concede esta facultad, ya porque deben jurar que harán la tasacion bien y fielmente, en cuya atencion por sí y no por otro han de cumplir lo que juran; y ya porque su oficio es personalísimo á causa de haber confiado los interesados en su habilidad, conciencia y bondad. (b)

124 Procediendo injustamente en la tasacion los peritos por impericia, malicia, ó soborno de alguno de los interesados, competen al agraviado tres remedios para su desagravio. El primero es pedir por via de queja reduccion á arbitrio de buen varon contra la tasacion ante el Juez ordinario que conoce del negocio, caso que no la hubiese aprobado, ó confirmado: el segundo es, supuesto que la haya aprobado, apelar de su providencia dentro de los cinco dias de la ley para ante el competente superior; y el tercero es pujar los bienes. (c)

125 Para que el Juez defiera á la reduccion á arbitrio de buen varon, no basta que un solo heredero afirme que la tasacion es injusta, si otro lo contradice; pues

(a) De esto tratan con mas extension Hermosilla ley 56 tit. 5 P. 5 glos. 6 nn. 24, &c. y 38, y nn. 44 y 45, y Escobar de Ratiocin. c. 32. (b) Guerreir. lib. 1 y c. 11 cit. n. 77. Ayor. part. 1 c. 3 n. 6. (c) Valasc. de Partit. cap. 9 n. 37. Ayor. dicho cap. 3 n. 26.

en igual número se ha de estar por el que la defiende, y regularmente se cree á los tasadores, porque como peritos é imparciales tienen á su favor la presuncion, miéntras no se acredite plena y claramente lo contrario, de haber evacuado fielmente su oficio, con especialidad habiendo precedido, como debe preceder, su juramento de practicarlo así: por lo que si el que impugna la tasacion, consiente en que se le apliquen los bienes por el mayor precio que dice tienen, debe ser oido, y en otros términos no á causa de persumirse maliciosa su asercion (*a*).

126 Si siendo pobre el heredero que impugna la tasacion, ninguno de los coherederos quiere pujar los bienes, ni se convienen en que se apliquen por el precio de la tasa, tiene accion para valerse de un tercero extraño que le dé incontinente, lo qual no pueden contradecir los coherederos, porque es beneficio comun de todos; pero si uno de ellos los quiere por el tanto, es preferido como partícipe y comunero (*b*). Y es de tener presente que no se le admitirá, aunque ofrezca mas precio por los bienes de la herencia, sino es que lo consienta al ménos uno de los interesados en ella, el qual basta para compeler á los demas á que los pujen, ó le admitan (*c*).

127 Vendiéndose por algun motivo ciertos bienes de los inventariados luego que se tasan, y dando por ellos al contado uno de los herederos menor precio que el de su tasa, ó queriendo tomarlos por él en cuenta de su haber, debe ser preferido al que ofrece mas al fiado á plazo cierto; (*d*) excepto que todos los demas interesados quieran darlos al fiado por su cuenta y riesgo al coheredero en los términos que propone, ó que afiance á su satisfaccion, pues entónces esto se observará (*e*).

128 Quando una heredad, ó cortijo que tiene muchas fanegas de sembradura, y algunas de mejor calidad que otras, se tasó no por un tanto sino á cierto precio

(*a*) Guerreir. lib. 2 cap. 2 nn. 21, &c. y 26. (*b*) Ayor. lug. cit. Valasc. de Partit. cap. 22 nn. 9 y 10. (*c*) Valasc. cap. 21 n. 7. Guerreir. lib. 2 cap. 3 n. fin. (*d*) Leyes 62 ff. ad leg. Falcid. y 15 § 7 ff. de Re judicat. (*e*) Valasc. n. 7 cit. y cap. 11. Guerreir. cap. 3 cit. nn. 16, 17 y 18.

cada fanega una con otra, y uno de los herederos puja alguna señalando el parage de su situacion, no se debe admitir esta puja ó mejora, pues debe pujarlas todas, ó ninguna, porque en las cosas connexas é inseparables ninguno puede aprobar una parte y reprobar otra, y ántes bien debe aprobarlas ó reprobarlas en el todo. (a) (1) Pero esto se entiende, quando la heredad no tiene cómoda division, ó hay otra causa justa para no dividirla; (b) pues no habiendo estos motivos pueden los herederos y qualquiera de ellos reclamar la tasacion pretendiendo que se aprecien nuevamente con separacion las fanegas de tierra segun su calidad y bondad: lo primero, porque no se puede hacer igual la division á causa de ignorarse á qual de ellos se adjudicará, y si le cabrá toda la heredad, ó tendrá á todos cuenta llevarla entera, ó solamente su parte en ella: lo segundo, porque aunque la valuacion sea cierta respecto al todo de la heredad, es incierta, obscura y confusa respecto de cada una de las fanegas que comprehende; y lo tercero, porque los tasadores deben hacerla clara y distintamente en el todo y parte de lo que valúan, con especialidad quando es cómodamente divisible. (c)

129 La puja ó mejora en algunos bienes de la herencia, se ha de hacer despues de la tasa y ántes que se proceda á su division, pues entónces á ninguno se causa perjuicio y sí utilidad á todos en que se aumente su valor; pero despues de hechas las adjudicaciones no se debe admitir, porque se perjudica al coheredero á quien se aplicaron, y es visto que el pujador lo hace por emulacion. Lo mismo procede, quando ántes de la division se comu-

(a) Ayor. cap. 3 cit. n. 24. Guerreir. nn. 21, 22, y 23.

(1) La principal razon es, porque en semejante puja quien la hace, aunque atendida la tasa hecha de toda la heredad aumenta el precio de unas fanegas, disminuye el de otras, esto es, el de las de inferior calidad, por manera que no hace beneficio, ó perjudica á los cohederos, y acaso no da por las fanegas que señala su justo precio, pues unas valen mas y otras ménos de lo que corresponde á cada una con arreglo á dicha tasa.

(b) Greg. Lóp. ley fin. t. 15 P. 6 glos. 1. Guerreir. n. 26. (c) Guerreir. nn. 14 y 25.

nicó á todos la tasacion, y nada dixeron contra ella, ni hicieron mejora en bienes algunos, en cuyo caso tampoco debe admitirse, por haber espirado el tiempo en que debieron impugnarla, y haberla aprobado con su silencio. (a)

130 Estando cerciorados los herederos del aprecio de los bienes de la herencia y hecha á cada uno su adjudicacion, ninguno, aunque sea menor, puede reclamar la tasacion con pretexto de haber sido leso en alguna cosa, cuyo valor está subido, y así no tendrá lugar el beneficio de la restitucion por la menor edad: en primer lugar, porque el menor hizo lo que el mas diligente é instruido haria, que fué consentir en el aprecio, como consintieron en él los coherederos; en segundo lugar, por la incertidumbre, pues se ignoraba á quien tocaria la cosa, y por aquella y la casualidad se admiten, ó permiten muchas cosas que sin ellas no se permitirian; (b) y en tercer lugar, porque quien por una convencion, ó pacto puede tener daño, ó utilidad, no se debe llamar leso, si es perjudicado, por ser esto casual y compensarse con el lucro que podia percibir. (c) Por estas razones, quando de algun negocio puede resultar ganancia, ó pérdida, no se debe pedir, ni aunque se pida, admitir nulidad, restitucion, recision, ni otro remedio por la lesion que haya habido, (d) aunque fuese por suerte, porque en esta á nadie se perjudica, (e) si se hace sin fraude.

131 Si una cosa estuviere evidentemente apreciada en mucho mas de su justo valor, no hubiese otras tan subidas, y los partidores la adjudicaren toda á uno de los herederos sin sortearla, puede aquel á quien se aplicó, sea mayor, ó menor de edad, reclamar la adjudicacion y pedir reduccion á arbitrio de buen varon ante el Juez ordinario, para que le desagravie, repartiendo el importe del exceso entre los coherederos, ó haciendo que cada uno de estos le supla la parte que le toca; (f) pues

(a) Valasc. de Partit. cap. 1. nn. 8 y 9. Guerreir. cap. 3 cit. nn. 30, 42, 43 y 44. Ayor. lug. cit. nn. 30 y 31. (b) Ayor. n. 31 cit. Góm. lib. 2 Var. cap. 14 n. 4. (c) Hermosill. ley 56 tit. 5 P. 5. (d) Olea de Ces. jur. tit. 6 q. 10. (e) Morquech. de Divis. lib. 1 c. 11 n. 87. (f) Ley 76 ff. pro Socio.

si quando los árbitros perjudican gravemente con su sentencia, se conceptúa proceden con dolo, y los que los eligieron, no estan obligados á pasar por ella, (a) con mayor motivo ha de tener lo mismo lugar en unos meros apreciadores ó peritos sin ninguna jurisdiccion.

132 Aunque los aprecios de los tasadores nombrados por los herederos no perjudican regularmente á los acreedores ni legatarios del difunto, (b) no es esto tan corriente que no padezca alguna excepcion, ni deba distinguirse. Si los herederos hicieron voluntariamente entre sí con la viuda del testador la particion sin autoridad judicial, es indubitable que no perjudican á los acreedores ni á otro tercero que tengan contra sus bienes accion real ó personal, (c) la particion ni valuaciones. Si interviene autoridad judicial á pedimento de alguno de los herederos, y los acreedores son reales ó hipotecarios en los bienes hereditarios; tampoco les perjudican los aprecios ni division, y ántes bien á su instancia se pueden volver á tasar judicialmente, y el aprecio y particion que se hicieren con dicha solemnidad, perjudicarán á los herederos. (d) Pero si los acreedores no tienen accion real contra la herencia sino meramente personal, les perjudica lo practicado por los herederos no habiendo intervenido colusion por defraudarlos. (e)

133 Así como la tasacion hecha por los peritos que nombraron los herederos, no perjudica á los acreedores; así tampoco á los terceros poseedores en duda de si es, ó no justa; pero sí, acreditándose serlo como por exemplo: muerto el testador se aprecian sus bienes á instancia de sus herederos por peritos que eligen juntamente con la viuda, y todos no alcanzan para satisfacerle enteramente su dote. La viuda acreditándolo en forma repite contra el tercero poseedor de algunos que su marido le enagenó, solicitando se los entregue, ó le complete lo que le falta de su dote. El tercero alega que los que dexó el

(a) Ley 3 Cod. de Recept. arbitr. (b) Leyes 13 ff. 17 de Action. empt. y 7 ff. 13 ff. Commun. dividund. (c) Leyes 13 cit. y 15 Cod. de Non numerat. pecun. (d) Dicha ley 7 y ff. cit. (e) Ayor. dicho cap. 3 n. 35. Guerrer. cap. 11. cit. nn. 80, 81 y 82.

marido, valen mas que lo que tasaron por ellos los peritos, y que la tasacion perjudica únicamente á quien los eligió. En este caso ó se prueba, ó no que es justa la tasacion, ó hay duda, si se acredita serlo, perjudicará al tercero, y tendrá que devolver los bienes que compró: si no lo es, se volverán á tasar, y cubriendo la dote, nada tendrá que reintegrar, y no cubriéndola, la reintegrará hasta en lo que falte; y si hay duda, no le perjudicará á él ni á otro acreedor, por lo que volverá á hacerse y oirá sobre ello á las partes en via ordinaria. (a)

134 Se ha de inventariar y apreciar por lo que justamente vale la alhaja que el testador legó á alguno, sea hijo suyo, ó extraño, aunque dixese que valia ménos, y hubiese mandado que se le diera por este inferior precio, pues su voluntad no fue legarle todo lo que valia, sino el precio en que la valuó consignado en ella; y así aunque tiene derecho á que se le entregue como legado específico, y la llevará dando el exceso que se agregará al caudal comun partirá entre los herederos; sin embargo no queriendo entregarle cumplirán estos con darle el valor en que el testador la estimó. (b) (1)

135 Tocante á los juros, puesto que teniendo cabimiento se hacen diferentes deducciones de los intereses primordiales de su constitucion, á cuyo respecto baxan tambien sus capitales: que para estas deducciones hay reglas fixas dadas por su Magestad, ya estén sobre cientos, ó sean de renta antigua ó moderna, ya sea para redimir, ó para inventariar y adjudicar; y que el partidor no debe alterar el inventario, por carecer de facultad para ello, conviene que para no causar perjuicios á los partícipes en la herencia, se saque certificacion de lo líquido de sus capitales y réditos, y que con arreglo á ella

(a) Ayor. dicho cap. 3 n. 39. (b) Ayor. dicho cap. 3 n. 38.

(1) En el presente caso u otro semejante se han de examinar atentamente las palabras con que se dexó la manda, la cosa legada, las circunstancias de las personas y otras, pues podria suceder que segun la voluntad del testador y sin perjuicio de las legítimas de los herederos forzosos no tuviese el legatario que dar parte ninguna del precio de lo legado.

se inventarien y dividan, pues por su omision puede haber agravios, y no se podrán cobrar los réditos.

§. IV.

En qué pena incurre el heredero que oculta bienes de la herencia, y cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion.

136 Dúdase, si por omitir con malicia el heredero poner algunos bienes en el inventario, perderá el beneficio que la ley le concede quedando obligado á satisfacer enteramente á los acreedores sus créditos y á los legatarios sus legados; y si se viciará el inventario; pero la opinion mas corriente y fundada es que el heredero no se halla obligado á dicha satisfaccion por no haber ley que le condene á ello: que segun derecho solamente incurre por su dolo en la pena del duplo de lo ocultado, (*a*) y que el inventario tampoco es nulo, porque quando la ley en vez de anular impone pena ó castigo, vale el acto. (*b*)

137 En esta suposicion debo decir, que para que el heredero extraño que omitió maliciosamente inventariar algunos bienes, incurra en dicha pena del duplo, han de concurrir precisamente tres cosas: la primera, que el que alega la ocultacion, especifique con individualidad los ocultados y no inventariados: la segunda, que pruebe haberlos ocultado quien hizo el inventario con cierta ciencia, dolo y malicia, pues el que alega dolo y culpa, debe probarlos, (*c*) como ha de hacer todo el que funda su intencion en alguna qualidad; (*d*) y la tercera, que pruebe igualmente se hallaban en poder del difunto al tiempo de su muerte, pues no basta que lo estuviesen poco antes, porque quien hace el inventario, tiene en su favor la presuncion de que no habia mas entonces. (*e*)

(*a*) Ley 9 tit. 6 P. 6. (*b*) Ayor. part. 1 cap. 2 n. 21. Guerreir. de Inventar. lib. 1 cap. 9 nn. 3, 4, 5, 10, 128, 129 y 130. (*c*) Leyes 18. §. 1 ff. de Probation. y 6. Cod. de dolo malo. (*d*) Ley 10 ff. de Verb. obligat. (*e*) Valasc. de Partit. cap. 8 nn. 45, 46 y 47. Guerreir. cap. 9 tit. nn. 21, 22 y 23, y nn. 44, &c. y 49 y 163.

138 No solo se puede hacer la prueba de ocultacion por testigos de vista sino tambien por presunciones y conjeturas, y por testigos de oidas, si en ellos y en sus dichos concurren las circunstancias que se requieren en semejantes casos, porque la ocultacion se hace con gran cautela y secreto, y es muy dificil probar el dolo directa y paladinamente. (a)

139 La prueba que haga el que alega la ocultacion, ha de ser de dolo verdadero, pues no basta el presunto, y no probándole se presume error. (b) Se llama dolo verdadero el que se prueba con evidentes y manifiestos indicios ó presunciones como en los delitos de hurto, adulterio, homicidio y otros actos, en los quales es indispensable que quien los hizo, ó cometió, lo quisiese así con toda premeditacion y deliberacion, y que no pudiese ser de otra suerte. Dolo presunto es aquel en que hay culpa lata, ó grande negligencia, y se prueba con indicios probables, como si el que tiene en su poder alguna cosa depositada, la dexa de noche en el camino, ó de dia en lugar por donde transitan muchos, ó sino paga pudiendo, ó no restituye lo que sabe está debiendo, ó no es suyo; en cuyos casos y otros semejantes, aunque se puede y debe creer que el delinqüente lo hizo con ánimo determinado, no obstante, como no repugna y cabe el que hubiese habido olvido, ignorancia ú otro motivo, hay dolo presunto contra él, porque los indicios y presunciones no son manifiestos, sin embargo de que no aparece ningun motivo justo del hecho, (c) y así le excluye qualquiera causa, aunque sea leve. (d)

140 Se eximirá de la pena de ocultacion el heredero, si protestó agregar al inventario todos los bienes que llegase á su noticia pertenecer al difunto, pues esta protesta excluye el dolo presunto por su omision, (e) mediante á que es propio de la protesta conservar el derecho del

(a) Guerrer. dicho cap. 9 nn. 108, &c. y 124. (b) Regnud. Biblioth. verb. Dolus n. 6. (c) Guerrer. de Inventar. c. 9 nn. 14, &c. y 20. (d) Acerca de las conjeturas que le excluyen, véase á Regnudelo lug. cit. n. 7. (e) Valasc. dich. c. 8 n. 48 y consult. 52 n. 17.

que la hace, (a) y así en virtud de ella si el que omitió poner algo en el inventario, lo añade luego que lo sabe queda relevado de la pena, (b) mayormente habiendo hecho tambien juramento de no tener noticia de otros bienes, créditos, ni efectos. Mas no obstante si con presunciones ó indicios graves y vehementes se probare que la omision fué maliciosa, no le sufragará la protesta para eximirse de la pena, (c) con especialidad si habiéndosele notificado que ponga en el inventario tales bienes determinados que se le señalen, no quiere, y despues se averigua que al tiempo de la muerte del testador se hallaban en su herencia; pues aunque sea menor, una vez que se le interpeló y no obedeció, incurrió en la pena, por haber cometido verdaderamente dolo, y porque con el convicto de este no se debe usar de indulgencia. (d)

141 En el juicio de ocultacion se ha de proceder ordinariamente, aunque por procederse de otro modo no se anula el proceso; mas por él no se debe suspender la particion de los bienes inventariados. (e) Y si el interesado que sabe la ocultacion, no quiere por evitar escándalo, ó por otros motivos deducirla en juicio, puede pedir al Juez que tales bienes que no se inventariaron, se inventarien y dividan, y el Juez debe compeler á ello al que los ocultó; (f) aunque lo mas seguro es que pida se añadan al inventario por haberse ocultado, pues entónces será oido en qualquiera tiempo, y no tendrá lugar ninguna prescripcion por la mala fé del encubridor. (g)

142 Antes de hacerse la particion debe intentarse el juicio de ocultacion ante el que conoce y entiende en el de testamentaría que como principal atrae á sí todos los incidentes, conexôs y necesarios para su perfecta evacuacion, de tal suerte que si se intentare ante otro, le debe este remitir los autos como accesorios al negocio princi-

(a) Pegas ad Ordin. ley 1 tit. 87 § 9 nn. 6 y 61. (b) Guerreir. dich. cap. 9 nn. 63, 64 y 65. (c) Iranz de Protest. cap. 72. Guerreir. lug. cit. nn. 69 y 70. (d) Vela dis. 46 n. 79. Guerreir. lug. cit. nn. 87, 88 y 89. (e) Valasc. de Partit. dich. cap. 8 n. 45. (f) Guerreir. lug. cit. n. 167. Valasc. lug. cit. n. 48. (g) Valasc. lug. cit. n. 50. Guerreir. lug. cit. nn. 143, &c. y 146.

pal, pero hecha y aprobada la particion se puede intentar ante él, ó ante otro del fuero del encubridor, por haberse concluido enteramente el de la testamentaría. (a)

143 La accion de ocultacion respecto á la pena no pasa contra los herederos del encubridor, porque no cometieron el delito, (b) sino únicamente en órden á reivindicar lo ocultado, (c) excepto que con el encubridor se haya contestado el pleyto, en cuyo caso pasa contra ellos tambien en quanto á la pena. (d)

144 No incurre en la pena de encubridor el heredero del difunto, quando hizo el inventario algun criado suyo, y sin su noticia ni consentimiento omitió incluir en él algunos bienes; pues por no haber cometido delito en la omision, no se le debe castigar, aunque estuviese en la misma casa. Tampoco incurre en ella, quando no hace por sí mismo el inventario, como regularmente sucede á los Grandes y otros Señores, cuyos criados mayores ó apoderados le formalizan sin su intervencion: porque en estos casos no se presume haber cometido dolo en la omision de lo no inventariado. (e)

145 La pena de encubridor en que incurre el heredero, no se extiende al poseedor que como tal y no como heredero formaliza el inventario, porque la ley 9 tit. 6 P. 6 que la impone, solo habla del primero, y por ser penal no debe ampliarse á las personas que no menciona. (f)

146 Si despues de aceptada la herencia substrae ó quita uno de los herederos algunas cosas de ella, no es visto haberlas tomado con ánimo de hurtarlas y defraudar á los coherederos, sino en cuenta de su parte, porque tiene derecho á ellas pro indiviso y se contempla quasi dueño; bien que los coherederos pueden indemnizarse y recuperar las cosas substraídas ó su importe, pretendiendo

(a) Guerreir. lug. cit. n. 168. (b) Leyes 58 y 117 ff. de Regul. jur. (c) Leyes 7 § fin. ff. Depositi, 12 y 49 ff. de Obligation. et action. y 157 § ult. ff. de Regul. jur. (d) Ley 20 tit. 14 P. 7. (e) Guerreir. cap. cit. nn. 136 y 137. (f) Guerreir. lug. cit. n. 138. Sobre como se puede proceder contra dos encubridores, véase á Pegas al principio Ord. lib. 8 tit. 50 glos. 2 nn. 3, &c. y 18.

las devuelva á la herencia para su repartimiento, ó que se le imputen en su haber, y no cabiendo en este que restituya el exceso. (a) Lo propio milita en la muger y consocio, porque son dueños del todo en los mismos términos. (b)

147 Estando yacente, ó sin aceptar la herencia á causa de hallarse ausentes los herederos, ó ignorar que lo son, ó por otro motivo, si algun otro substraxese ú ocultare bienes de ella, aunque no se le podrá reconvenir como robador, porque en aquella sazon no tenian dueño, sí condenarle el Juez á que restituya lo que tomó con los frutos percibidos, é imponerle la pena de destierro, si es noble, y no siéndolo, la de trabajar en las labores del Rey. (c)

§ FINAL.

Del modo de extender el inventario y tasacion de bienes de difunto.

148 El inventario se puede pedir por qualquiera de los interesados en la herencia, ó por todos, ó por sus testamentarios y comisarios, y hacerse á su instancia, ó de oficio por muerte abintestato de alguno, cuyos herederos se ignoran, ó son menores ó incapaces, ó aunque capaces, estan ausentes, á fin de evitar el extravío de sus bienes, quando el difunto no nombró quien los custodiase; pues habiéndolo hecho no debe mezclarse el Juez en ello.

Inventario á instancia de parte.

PEDIMENTO.

149 Francisca López vecina de esta villa y viuda de Manuel Rodríguez ante V. como mas haya lugar, digo: que el citado mi marido falleció en tal dia baxo del tes-

(a) Ley 3 Cod. Familiæ erciscundæ. (b) Leyes 6 y 17 tit. 10 P. 5, y 4 tit. 14 P. 7. Guerrer. de Divis. lib. 8 cap. 16. (c) Ley 21 tit. 14 P. 7.

tamento que habia otorgado en tantos de tal mes de este año ante F. Escribano, en el qual instituyó por sus únicos y universales herederos á Nicolasa Rodriguez nuestra hija menor de doce años, y á Manuel y Lorenzo Rodriguez mayores de 25, hijos suyos habidos en el primer matrimonio que contraxo con Angela Fernandez, segun acredita el expresado testamento, de que con la solemnidad necesaria presento copia testimoniada: en cuya atencion para que se sepa qué bienes dexó, y se dividan á su tiempo entre todos los interesados, aceptando como acepto á nombre de la citada mi hija la herencia con beneficio de inventario, y no de otra suerte = A V. suplico se sirva haber por presentado el referido testamento, y por aceptada en dicho nombre la herencia con el beneficio expresado, y á su conseqüencia mandar que con citacion de los interesados se inventarien y tasen por peritos que nombremos, todos los bienes del difunto; pues evacuado esto protesto pedir lo que corresponda en justicia, que es la que solicito, y para ello, &c.

Otrosí: Respecto carecer de edad competente la expresada Nicolasa Rodriguez mi hija para nombrar por sí curador de pleyto = A V. suplico se sirva proveerle del que sea de su agrado, con cuya citacion ó asistencia se practique todo: pido como ántes: = Francisca López.

AUTO.

150 Hase por presentado el testamento que se cita y por aceptada la herencia en la forma que se expresa: con citacion de los interesados hágase inventario y tasacion de todos los bienes y efectos que dexó Miguel Rodriguez, á cuyo fin nombren tasadores; y mediante á la edad pupilar de Nicolasa Rodriguez se nombra por su curador de pleyto á Pedro Sanchez Procurador de este juzgado: notifíquesele para que acepte este cargo, jure, se obligue y dé la fianza necesaria por derecho; y discernido que aquel sea, practíquese todo con su asistencia por ante qualquier Escribano de S. M. á quien para ello se comisiona en forma; lo qual evacuado pidan las partes lo que les con-

venga. El Señor Don F. Corregidor de esta villa de tal lo mandó á tantos, &c.

Notificacion, aceptacion, juramento, obligacion y fianza del curador.

151 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano de su Número notifiqué en su persona el auto anterior á Pedro Sanchez Procurador de su juzgado, quien enterado de su nombramiento dixo: que acepta el cargo de curador de pleyto de Nicolasa Rodriguez pupila hija de Miguel Rodriguez difunto, y baxo de juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, se obliga á usar bien y fielmente su oficio, y á defender á la referida no solo en el inventario, tasacion y particion de los bienes de su padre, para que no sea perjudicada en su haber legítimo, sino tambien en todos los pleytos, causas y negocios civiles y criminales que tenga al presente, y se le ofrezcan en lo sucesivo con qualesquiera personas y comunidades eclesiásticas ó seculares, siendo actora, ó demandada, hasta conseguir plenamente lo que intente en su utilidad; á cuyo efecto hará y practicará quantos pedimentos, recursos, actos y diligencias judiciales y extrajudiciales sean necesarias, y practicaria por sí dicha menor, si fuera mayor, aconsejándose de Letrados y personas de ciencia y conciencia, de modo que por su culpa, omision ó morosidad no quede indefensa, ni experimente el mas leve detrimento. Y si por no cumplir lo prometido se le causare algun daño, le satisfará con sus bienes, á lo qual quiere ser apremiado por todo rigor de derecho. Asimismo para el mas exâcto cumplimiento de lo expresado ofrece por su fiador á Juan de tal que está presente, quien dixo se constituye por tal y promete que el expresado curador cumplirá como debe, todo lo que ha ofrecido, con la mayor actividad, ó en su defecto pagará á la menor todos los daños que le ocasione, y no lo haciendo lo satisfará el otorgante como su fiador llano hecha excusion en sus bienes. Por tanto, los dos se obligan á

todo lo dicho con sus personas, y bienes muebles y raices, y derechos presentes y futuros: dan ámplio poder á los Señores Jueces de S. M. y especialmente á los de esta villa, para que los compelan á todo como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida: renuncian las leyes que les favorezcan, y así lo otorgan y firman ámbos, á quienes, doy fé, conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

Discernimiento de curaduría de pleyto.

152 En tal villa á tantos de tal mes y año el Señor Don F. Corregidor de ella habiendo visto la notificacion, aceptacion, juramento, obligacion y fianza anteriores, dixo: que discernia, y discierne el cargo de curador de pleyto de la persona y bienes de Nicolasa Rodriguez, menor, á Pedro Sanchez Procurador del Número y juzgado de esta villa, confiriéndole ámplio y poder y todas las facultades necesarias por derecho, para que la defienda así en el juicio de inventario y particion de los bienes de Miguel Rodríguez su padre como en todos los pleytos, causas y negocios civiles y criminales que tenga actualmente, y le ocurran en lo sucesivo, siendo actora ó demandada, con qualesquiera personas y comunidades eclesiásticas ó seculares, en todos los tribunales superiores é inferiores donde convenga y sea preciso, poniendo demandas, contestando á las que pongan á la menor, presentando pedimentos, memoriales, escrituras y otros documentos justificativos, y haciendo execuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas y remates de bienes, requerimientos, notificaciones, citaciones, protestas, recusaciones, juramentos, alegatos, oposiciones, consentimientos, apartamientos, probanzas, ratificaciones y abonos de testigos, comprobaciones de instrumentos, letras y firmas, y nombramientos de peritos para ellas y para otras cosas que se ofrezcan: para que forme artículos é introduzca recursos que proseguirá ó abandonará: para que decline jurisdiccion de los Jueces incompetentes, acuse rebeldías, pretenda y goce, ó renun-

cie términos y prórogas de ellos, redarguya de falsos civil y criminalmente los instrumentos que produxeren los colitigantes, tache y contradiga todo lo que estos presentaren, dixeren y alegaren, concluya, oyga autos y sentencias interlocutorias y difinitivas, consienta en las propicias y apele, ó suplique de las gravosas y perjudiciales, gane provisiones Reales, sobrecartas, paulinas, censuras y otros despachos que hará leer é intimar en donde y á las personas contra quienes se dirijan; y finalmente para que haga y practique todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales y extrajudiciales que se requieran; y debe practicar como buen curador de pleyto en utilidad de su menor, hasta conseguir executoria con execucion de ella, tomando consejo en lo que el suyo no baste, de Letrados y personas de ciencia y experiencia que sepan dársele, de modo que á su menor no se cause detrimento por su culpa ni morosidad pena de satisfacer los daños. Así pues, para todo lo expresado y lo anexo le confiere dicho Señor Juez poder amplio con facultad de que por su cuenta y riesgo pueda substituir esta curaduría en quien y las veces que quisiere, revocar los substitutos y elegir otros; y en todo lo que practicare en utilidad y defensa de la citada menor y de sus bienes, interpone su autoridad quanto ha lugar en derecho, y lo firma. = Don F. = Ante mí F. =

153 La curaduría de pleyto no es otra cosa que un poder que el Juez como padre de menores confiere al curador, para que los defienda en quanto se les ofrezca judicialmente, mediante á que por su menor edad no pueden defenderse por sí en juicio. Quando se hallan en la pupilar, debe de oficio proveerles de él; pero en llegando á la pubertad han de nombrarle por sí y proponérsele por pedimento, para que precedidas las solemnidades del juramento, obligacion y fianza le apruebe y confirme, que esto es el discernimiento del cargo. Las diligencias se extienden como las anteriores, y evacuadas se practican las de inventario y tasacion con su citacion y de los demas interesados, quienes si quieren asistir, pueden, pues para ello se les cita, y si no, el

Escribano comisionado no debe por esto dexar de hacer el inventario, porque la citacion les perjudica, como si le presenciaran. Si algun heredero se halla ausente en parage de donde pueda regresar prontamente, se le cita por requisitoria, principiando el inventario dentro de los 30 dias de la ley para cumplir con su mandato, y señalándole el competente término segun la distancia, á fin de que venga á presenciarle, ó confiera poder bastante á quien le presencie en su nombre, apercibiéndole que pasado el término sin haber comparecido se continuará el inventario, y le parará el perjuicio á que haya lugar. Y si se ignora su paradero, se le cita por edictos, y nombra defensor que viene á ser lo mismo que el curador de pleyto, pues se diferencian solamente en la voz, y en que el defensor se nombra regularmente para defender en juicio los bienes del ausente, ó del concursante, ó la herencia yacente, á fin de que no se menoscaben; y el curador de pleyto para defender en juicio al menor, y asimismo al loco ó fatuo en sus causas y negocios civiles y criminales, y sus bienes, aunque sean mayores de 25 años; por lo que la defensoría se extiende del modo que la curaduría de pleyto mudando solamente las voces.

Citaciones.

154 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano cité en sus personas para la formacion del inventario expresado en el pedimento y auto anteriores á Francisca López viuda de Miguel Rodríguez, á Manuel y Lorenzo Rodríguez hijos de este, y á Pedro Sanchez curador de pleyto de Nicolasa Rodríguez, quienes respondieron, estan prontos á asistir á él, señalándoles dias y horas: á cuya consequencia les señalé desde mañana tantos de este mes, desde tal hora por la mañana hasta las doce, y por la tarde desde tal á tal hora, y así en los demas dias sucesivos hasta su conclusion, de que quedaron enterados: doy fé. = F.

Primer dia de inventario.

155 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano estando en la casa en que vivió y murió Miguel Rodriguez, en uso de la comision que por el auto que motiva estas diligencias, se me ha conferido, hallándose presentes Manuel y Lorenzo Rodriguez sus hijos mayores, (que dixeron aceptan la herencia de su padre con beneficio de inventario y no de otra suerte) y Pedro Sanchez curador de pleyto de Nicolasa Rodriguez, menor, que tambien lo es suya, requerí con el referido auto á Francisca Lopez su viuda, á cuyo pedimento se proveyó, pusiese de manifiesto los bienes que dexó, para inventariarlos, y en cumplimiento de lo mandado manifestó y por ante mi se inventariaron los siguientes:

Una mesa de nogal de vara y media de largo, y una de aneño con dos caxones, cerraduras y llaves, y sus travesaños de hierro.

Una papelera de lo mismo y de hechura antigua con tantas gabetas y tantos caxones con sus cerraduras y llaves.

Seis taburetes de lo propio para asientos de hombre y de hechura de moda cubiertos de damasco de lana, &c.

Así se irán poniendo con separacion los demas bienes que se inventarien en el dia, y luego proseguirá:

Y por ser tal hora de la tarde de este dia se cesó en este inventario con ánimo de proseguirle mañana á las mismas horas, quedando los bienes inventariados en la casa mortuoria, de los quales se constituyó depositaria por convenio de todos los interesados la mencionada viuda, quien se da por entregada de ellos con renuncia de las leyes respectivas á este caso, prometiendo custodiarlos, tenerlos en depósito, y no entregarlos á persona alguna sin mandato especial del Señor Juez que conoce de estos autos, ú otro competente, pena de pagarlos de los suyos y de incurrir en las impuestas por derecho contra los que

no dan cuenta de los depósitos que la Justicia fia á su cuidado, y demas á que haya lugar: obliga á ello todos los bienes suyos, muebles, raices, presentes y futuros: da poder á los Señores Jueces que deben conocer de esta causa, para que la compelan á ello como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida: renuncia las leyes que la favorezcan, y así lo otorga y firma con los demas interesados, á todos los quales, doy fé conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

156 He puesto en las citaciones el señalamiento de dias y horas para evitar diligencias, pues aunque lo regular es ponerlo con separacion y luego hacerle saber á las partes, esto es arbitrario, y así cada uno le hará como le parezca. Tambien he puesto en el primer dia la aceptacion de la herencia con beneficio de inventario de los dos hijos mayores, para que no fuesen tal vez perjudicados, mediante no haber dado el pedimento, ni de consiguiente aceptádola en estos términos, porque sin embargo de que su mera formacion no induce la aceptacion llana, para evitar dudas lo mas acertado es que se exprese, sea en pedimento, ó en el primer dia, ó en diligencia separada.

157 Con arreglo á este primer dia de inventario se han de extender y continuar los demas; y para cesar en el inventario no es necesario auto, aunque el Juez asista, como se practica en algunas partes, pues basta expresar la causa porque se cesa; ni tampoco para pasar, concluida una clase de bienes, á inventariar la otra, porque el inventario de todas es una diligencia continuada en diversos dias, y para evacuarla es suficiente el primer auto. Finalizado el inventario de bienes muebles, raices, y semovientes se procede al reconocimiento de papeles, y se inventarian por menor y con separacion los créditos á favor del caudal, y despues las deudas que resulten contra él; y sin embargo de que estas y aquellos no consten en los libros, papeles, ni asientos del difunto, si quien hace el inventario, sea viuda, hijo, criado, ú otro que esté en su compañía, sabe quales son, se deben poner por via

de declaracion suya, por los motivos expresados en los números 17 y 18. Despues de evacuado todo, y en seguida de la diligencia del último dia, ó en otra separada se cierra y finaliza el inventario con el juramento y protesta del que le formalizó, de que hable en el mismo lugar n. 37.

Conclusion del inventario, y juramento y protesta del que le hizo.

158 En la forma expuesta se ha concluido el inventario de los bienes, créditos y efectos que se han hallado pertenecer al mencionado Miguel Rodriguez, los quales quedan en la casa en que vivió y murió, al cargo y cuidado de la dicha Francisca López su viuda, quien se ha constituido depositaria de los inventariados en este dia en los propios términos que de los que lo fueron en los precedentes; y baxo de juramento que hizo ante mí por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, ha declarado no tenia noticia de otros, protestando y obligándose baxo del propio juramento, á que siempre que la tenga, los manifestará y hará poner en este inventario, para que los interesados no experimenten perjuicio en su importe, lo qual firma con los demas, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

Tasacion de bienes.

159 Al inventario se sigue la tasacion de los bienes inventariados, aunque para evitar tantos gastos mejor es hacerlo todo á un tiempo, como se practica en esta corte. No habiendo peritos diputados públicamente, deben hacer la tasacion los que lo sean en cada clase, y nombren las partes, y estas han de proponerlos al Juez por pedimento, ó al Escribano que entiende en el inventario, sin que para ella, siendo separada, se necesiten testigos como en el inventario, porque no es mas que una declaracion de cada perito, y en las declaraciones no debe haberlos.

Nombramiento de tasadores.

160 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisca López viuda de Miguel Rodriguez, Manuel y Lorenzo Rodriguez sus hijos, y Pedro Sanchez curador de pleyto de Nicolasa Rodriguez tambien su hija, dixeron: que mediante á ser preciso tasar los bienes inventariados para saber su valor y poder dividirlos, (si á un tiempo se hiciere el inventario y tasacion se dirá: *Que para que el inventario y tasacion se evacuen á un tiempo y con mayor prontitud*) nombran unánimemente para el aprecio de las tierras, viñas y olivos á F. agrimensor, para el de las casas á F. maestro alarife, para el de trastos de madera á F. maestro carpintero, para el de lo dorado y pintura á F. pintor, &c. á quienes quieren se notifique este nombramiento, para que le acepten: y asimismo dixeron que estan prontos á asistir á la tasacion á las horas señaladas, y lo firman: doy fé.—

Notificacion á un tasador.

161 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano notifiqué en su persona el nombramiento anterior á F. maestro carpintero, quien enterado dixo: acepta el encargo que le está hecho, obligándose á evacuarle bien y fielmente segun su inteligencia sin agraviar á los interesados, y lo firma: doy fé.—

Primer dia de tasacion.

162 En tal villa á tantos de tal mes y año estando en la casa en que vivió y murió Miguel Rodriguez, á efecto de tasar los bienes que dexó, y estan inventariados, hallándose presentes Francisca López su viuda, Manuel y Lorenzo Rodriguez sus hijos, y Pedro Sanchez curador de pleyto de Nicolasa Rodriguez, menor, tambien hija suya; yo el Escribano recibí juramento por

Dios nuestro Señor y una seña de cruz en forma de derecho de F. maestro carpintero, nombrado para valuar los trastos de madera, quien de hizo, como se requiere, y baxo de él prometió hacer el aprecio y tasacion segun su leal saber y entender sin causar agravio; y reiterando la aceptacion que tiene hecha ante mí de este encargo, tasó los bienes siguientes.

Una mesa de nogal de vara y media de largo, y una de ancho con dos caxones, cerraduras, llaves y sus travesaños de hierro en cincuenta reales..... 050

Una papelera de lo mismo y de hechura antigua con tantas gabetas y tantos caxones con sus cerraduras y llaves en ciento y veinte reales..... 120

Así se irá poniendo por menor la tasacion de cada cosa, y luego concluirá la de cada dia en estos términos.

Importan los bienes tasados en este dia (si se inventariaren y tasaren á un tiempo, se dirá, *inventariados y tasados*) tantos reales, salvo error, y el referido tasador declaró haberlos apreciado bien y fielmente segun su inteligencia baxo del juramento hecho en que se ratifica, firmándolo con los interesados que se hallaron presentes, y expresando ser de tantos años de edad poco mas ó ménos, de que doy fé.

163. Las diligencias de los dias sucesivos se han de formalizar con arreglo y por el órden que la precedente, mudando lo que deba mudarse. Y prevengo lo primero, que aunque en la mera tasacion no se necesitan testigos como en el inventario, segun he dicho, si á un propio tiempo se inventarian y tasan los bienes, son precisos, como tambien de depósito en la forma explicada: lo segundo, que si el tasador no sabe firmar, se ha de expresar así, pues por este defecto no se anulará la tasacion: lo tercero, que del inventario y tasaciones se ha de dar traslado á los interesados, para que expongan lo que les convenga, ya acerca de si algunos bienes se omitieron, ó no, ya acerca de si los inventariados fueron ó no apreciados por lo justo; y no diciendo cosa alguna contra

esto dentro de los tres dias siguientes al de la notificacion del traslado, proveerá auto el Juez, aprobándolo todo, y mandándoles pasar por ello, con lo qual ya no pueden reclamarlo pasado el término de apelar; bien que si los interesados lo presenciaron, no es necesario comunicarles traslado, pues ellos expondrán lo que se les ofrezca, y así en esta corte no se les comunica, aunque nada presencien, ni las leyes lo mandan, por lo que no es de esencia para su validacion. Y lo quarto, que para el aprecio porque se han de inventariar los bienes muebles y raices que cada cónyuge lleva á su matrimonio, ó durante este hereda, ó le donan, se ha de distinguir de clases y del estado en que se hallen. Si son tierras labrantías, se deben estimar por el que tenian entónces, sea mayor, ó menor, porque su dueño conserva su dominio, y el incremento ó decremento que tengan por solo el tiempo es propio y privativo de él como intrínseco y no comunicable al otro cónyuge. Si son edificios, viñas, olivares, huertas con árboles, &c. que no se mejoraron, ni deterioraron constante el matrimonio, lo qual resultará del contenido de los títulos de propiedad y del reconocimiento que se haga, se ha de practicar lo propio; pero si se acreditare que hubo mejoras útiles, se han de valuar estas con separacion, especificando en qué consisten, para que se divida su importe; y lo mismo ha de practicarse si hay pérdidas ó menoscabos conocidos, y resultan ganancias, porque ántes de dividir estos se debe reintegrar cada cónyuge del fondo que puso en la sociedad. Los diamantes, piedras preciosas y otros bienes muebles que no se consumen ni deterioran con el uso, se han de inventariar y aplicar por el valor que tenian, quando su dueño los llevó al matrimonio. Pero sin embargo de lo expuesto si las partes se conformaren expresamente en que se tasen nuevamente y apliquen por el precio que se les dé, se estará á su convenio; y una vez prestado su consentimiento expreso no podrán retratarse: lo qual tendrá presente el Escribano para advertírselo y evitar pleytos.

Inventario de oficio por muerte abintestato de alguno.

164 Muriendo alguno sin disposicion testamentaria, sea repentinamente, ó de enfermedad que le perturbó el juicio y privó de hacerla, y dexando hijos menores, ó herederos ausentes conocidos ó ignorados, debe providenciar el Juez la custodia de sus bienes para evitar su ocultacion y que sus herederos sean defraudados, y aun poner guardas de vista dentro y fuera de su casa, miéntras está enfermo, si es comerciante ó acaudalado, aunque tenga muger propia. Si la muerte fue repentina, no solo ha de procurar evitar el extravío de sus bienes sino tambien mandar justificar la identidad de su persona, para que se le pueda dar sepultura eclesiástica, y hacer que le reconozca Médico y Cirujano, á efecto de inquirir si la muerte fue ó no violenta, y en caso de haberlo sido, proceder contra los agresores. Pero si fue natural, y porque lo grave de la enfermedad le perturbó la cabeza, ó porque sin embargo de estar capaz y muchos dias enfermo, no quiso testar, (pues hay personas de esta tenacidad) es superfluo el reconocimiento de Médico y Cirujano, y basta justificar su christiandad, ó que certifique su Párroco de ella, sin causar mas gastos, para que se le entierre en sagrado; ni en el auto se debe mandar, porque no hay presuncion de violencia ni de homicidio, ni en que fundarla. Las diligencias de prevencion de abintestato se principian por un auto de oficio como el siguiente.

Auto para prevenir un abintestato.

165 En tal villa á tantos de tal mes y año por ante mí el Escribano el Señor Don F. Corregidor de ella dixo: se le acaba de dar noticia que F. ha fallecido de accidente repentino á tal hora dexando hijos menores (ó sin herederos conocidos), y sin haber hecho disposicion testamentaria, á cuya consequencia para evitar la ocultacion de sus bienes, averiguar la causa de su muerte, justificar la

identidad de su persona, y proceder á lo demas que tenga lugar, hizo poner este auto de oficio por cabeza de proceso, y en su virtud manda á qualquier alguacil de este juzgado que en mi compañía pase á su casa, y constando estar difunto, recoja todas las llaves, seqüestre sus bienes, y los custodie donde no se extravien, procediendo al exámen de testigos, Médico y Cirujano que reconozcan el cadáver, para lo qual nos da comision en forma; como tambien que evacuado todo se traiga para resolver en su vista lo conveniente. Así lo proveyó, mandó y firmó por este auto, de que doy fé.=

Fé de muerte del cadáver y requerimiento á la viuda para la entrega de llaves.

166 Incontinente el citado alguacil pasó conmigo á la casa donde vivia F. que está en tal calle, y en tal pieza de ella le hallamos al parecer cadáver, porque aunque le llamé tres veces en voz alta, nada respondió, y conocí ser el mismo que yo habia tratado; en cuya vista el mencionado alguacil requirió á presencia mia con el auto anterior á F. su viuda, para que le entregase todas las llaves de los cofres, arcas, papeleras y demas trastos en donde estan custodiados sus bienes muebles y papeles, y en su cumplimiento le entregó tantas que dixo ser todas las que hay de dichos cofres y trastos, con las que se abrieron y volvieron á cerrar: haciendo meter ademas de esto en una pieza que está hácia tal parte, todos los muebles que habia en otras, dexándola tambien cerrada, y recogiendo su llave: todo lo qual firma, de que doy fé.=

Informacion sobre la identidad del difunto.

167 En tal villa á tantos de tal mes y año por ante mí el Escribano F. alguacil de su juzgado en uso de la comision que se le ha conferido, recibió juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de N. vecino de ella, quien le hizo como se requirió, prometiendo baxo de él decir verdad y lo que supie-

se sobre lo que fuere preguntado; y habiéndolo sido por mí al tenor del auto con que estos principian, dixo: que conoció de vista, trato y comunicacion á F. que ha oido decir falleció en este dia á tal hora de accidente repentino sin haber hecho disposicion testamentaria, dexando tantos hijos menores; y que sabe que el citado F. era christiano y temoroso de Dios, porque le vió oir misa muchas veces, y freqüentar los santos sacramentos de la penitencia y eucaristía: todo lo qual declaró ser verdad, y lo que puede decir baxo del juramento que ha hecho, firmándolo con el citado alguacil y expresando tener tantos años de edad, de que doy fé.=

168 Segun se ha ordenado esta declaracion, se han de ordenar las de otros dos, ó mas testigos. Si la muerte fue repentina, han de reconocer el cadáver Médico y Cirujano, y han de extenderse sus deposiciones con los términos facultativos de que usen; y resultando por estas haber sido natural se provee auto para que se dé sepultura eclesiástica al cadáver, y se continuan las diligencias de inventario, nombrando curador de pleyto á los menores, si se hallan en la edad pupilar, ó defensor á los herederos ausentes, con cuya citacion y la de la viuda, si la hubiere, se practica todo, librando requisitorias y fixando edictos para llamar á los parientes que deben heredar abintestato al difunto por falta de herederos forzosos.

Auto para que se dé sepultura al cadáver, y se inventarien los bienes.

169 Por lo que resulta de las diligencias precedentes, dese sepultura sagrada al cadáver de F. en la iglesia parroquial de donde fué feligres, á cuyo fin se saque testimonio de este auto, para entregarle á su Párroco (si hubiere Provisor ó Vicario en el pueblo se dirá: *con el que se acuda al Señor Provisor ó Vicario de esta villa, para que conceda á su Párroco la competente licencia*) y hecho inventariense y tásense los bienes que dexó, con citacion de los interesados, los quales nombren tasadores; y mediante la edad pupilar de M. y N. hijos menores del expresado F. se

nombra por su curador de pleyto á F. Procurador de este juzgado, con cuya citacion, precedidas las solemnidades de su juramento, obligacion, fianza y descernimiento, se practique todo. El Señor Don F. Corregidor de esta villa de tal lo mando á &c.

170 Resultando haber sido natural la muerte no es necesario que el Escribano asista al entierro del cadáver, ni hay para qué; pero si resultase que fué violenta, como por razon del delito es preciso proceder criminalmente, se le debe mandar en este auto que le presencie y forme pieza separada, dando fé del parage y sepultura en que se le enterró, hábito que llevaba, y demas señales y circunstancias correspondientes, para que si conviniese desenterrarle y volverle á reconocer, no se dude que es el mismo, ni del homicidio por lo que pueden conducir los reconocimientos, y demas diligencias é inquisiciones que se hagan,

Sobre declarar á un pariente del difunto por su heredero abintestato.

171 No habiendo dexado hijos ni otros herederos forzosos el difunto se ha de nombrar defensor á la herencia yacente, fixar edictos en los parages públicos de su pueblo, y expedir requisitorias á el en donde se tenga noticia que hay parientes suyos, para que se fixen allí tambien, llamándolos á ellos y á sus acreedores con término perentorio; y si alguno pretende tener derecho á la herencia, ha de dar pedimento presentando las partidas de bautismo y casamiento, testamentos y demas documentos que acrediten el grado de parentesco que tenia con él, y solicitando que á mayor abundamiento se le reciba informacion de ello, y se le dé la posesion de todos los bienes. A esta pretension debe proveer el Juez que con citacion del defensor se le reciba la informacion, y que evacuada se le comunique traslado de todo. El defensor responderá conformándose con la pretension, si no duda de las justificaciones, ó expondrá lo que segun lo que resulte de autos, se le ofrezca; y no habiendo oposicion,

ó aunque la haya, vencidas que sean las dificultades que objete este, se declarará al pretendiente por heredero abintestato del difunto, y se mandará darle la posesion de sus bienes con obligacion de hacer por su alma los sufragios correspondientes á su calidad y haberes, y de dar cuenta al Juez de haberlo practicado; (pues si no se le precisa á ello en el auto, es regular que nada haga, y que solo piense en disfrutar la herencia) y que para la entrega de los bienes se requiera al depositario, al qual con testimonio de haberla hecho se dará por libre del depósito constituido. Si dexare el difunto hijos ú otros descendientes legítimos, pretenderán se les declare por herederos, haciendo la informacion de testigos y presentacion de documentos, y se les declarará baxo la misma obligacion, en cuyo caso no es menester nombrar defensor, porque la herencia no está yacente, ó vacante sin tener quien la represente, como en el anterior. Esto es en substancia lo que se practica para declarar á alguno por heredero abintestato de otro pariente suyo, y por ser fácil ordenarlo omito extender las correspondientes diligencias.

Modo de extender los autos de tutela y curaduría

PEDIMENTO.

172 María Fernández viuda de Antonio Alvarez vecino que fué de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo: que el expresado mi marido falleció en tal dia baxo del testamento que otorgó ante F. Escribano Real, en el que instituyó por sus herederos á Joseph Antonio Alvarez nuestros hijos que se hallan en la edad pupilar, nombrándome en una de sus cláusulas por tutora y curadora de las personas y bienes de ámbos, relevada de fianzas, segun acredita el testimonio que presento: en cuya atencion = A V. suplico se sirva haberle por presentado, y por lo que resulta de dicha cláusula, discernirme el cargo de tal tutora y curadora con la expresada relevacion, mandando se me dé el testimonio competente de dicho discernimiento para mi resguardo; pues así

es justicia que pido, y para ello, &c.= María Fernández.

Auto.

173 Hase por presentado el testimonio que se axpresa, y por lo que resulta de él, se aprueba con relevacion de fianzas el nombramiento que hizo Antonio Alvarez en su muger María Fernández de tutora y curadora de Joseph y Antonio Alvarez, menores, hijos de ámbos: notifiquesele acepte, jure y se obligue, como corresponde, y hecho traigase para discernirle el cargo. El Señor Don F. Corregidor de esta villa de tal lo mandó á tantos, &c.

Notificacion, aceptacion, juramento y obligacion de la curadora.

174 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano notifiqué el auto anterior á María Fernández en su persona, y enterada, dixo: que acepta el cargo de tutora y curadora de las personas y bienes de Joseph y Antonio Alvarez sus hijos menores habidos en su matrimonio con Antonio Alvarez su difunto marido; y baxo de juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, promete usarle bien y fielmente, que cuidará, educará, y enseñará á dichos sus hijos, que administrará sus bienes como debe, arrendando los raices á las personas por los tiempos y precios que les sean mas útiles y ventajosos, que los defenderá en todos los pleytos que se le muevan, ó necesiten promover con qualesquiera personas y comunidades eclesiásticas ó seculares, practicando las diligencias conducentes, y tomando para la mejor direccion y acierto parecer y consejo de Letrados, y personas de ciencia y conciencia que sepan dárselo, para que no se cause ningun daño á los menores, ni á sus bienes por su culpa, omision, ó negligencia: que tendrá libro de cuenta y razon de su administracion, para darla con pago siempre que se le mande; y que hará todo lo demas á que un buen tutor y curador está obligado, y lo mismo que harian los menores por sí mis-

mos, si tuvieran la competente edad para gobernarse: á todo lo qual se obliga con sus bienes muebles y raices, y derechos presentes y futuros, dando ámplio poder al Señor Corregidor que es y fuere de esta villa, y á todos los demas Señores Jueces que deban conocer de esta causa conforme á derecho, para que la compelan á todo como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida; y renunciando las leyes y fueros que le favorezcan. Así lo otorga y firma dicha María Fernández á quien, doy fé conozco: siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa.

175 De las fianzas que presente el tutor ó curador, conviene dar traslado al curador de pleyto, si le hay, para que oyéndole el Juez las apruebe, y no quede en descubierto el Escribano, quien de otra suerte seria responsable por ser visto recibirlas por su cuenta y riesgo; y de practicarse lo expuesto lo quedan el Juez y curador de pleyto; bien que el derecho impone solamente la responsabilidad al Juez, como he expuesto en el número 74, pero lo que abunda no daña. Las fianzas se han de proponer por pedimento, y el fiador ha de obligarse en la aceptacion y juramento, segun se ha hecho en la curaduría de pleyto, ó en instrumento separado.

Discernimiento de tutela y curaduría.

176 En tal parte á tantos de tal mes y año el Señor Don F. Corregidor, &c. habiendo visto la aceptacion, juramento y obligacion precedentes, dixo: que discernia y discierne á María Fernández viuda de Antonio Alvarez el oficio y cargo de tutora y curadora de las personas y bienes de Josef y Antonio Alvarez sus hijos menores, confiriéndole ámplio poder para que miéntras subsista viuda, los gobierne, alimente, eduque y enseñe, poniéndolos con Maestros que lo hagan en lo que no pueda instruirlos por sí: para que administre sus bienes, arrendando los raices á las personas, por los tiempos, precios y con los pactos que sean mas útiles y cómodos á los referidos menores, y acabados unos arrendamientos haga otros, conservan-

do á los inquilinos y colonos, ó despojándolos siempre que haya causa legal para ello, y formalice las escrituras de arrendamiento y su próroga con las cláusulas y seguridades congruentes: para que pida y tome cuentas á los que deban darlas á los menores, aprobándolas si estan arregladas, y si contuvieren agravios, exponiéndolos y aclarándolos hasta que queden sin el mas leve: para que perciba y cobre de S. M. (que Dios guarde) y de sus Tesoreros y demas personas todas las cantidades de maravedis, granos, aceyte, vino, lana, seda y otras especies y semillas que toquen á los menores y deban percibir por escrituras, arrendamientos, vales, cuentas, transacciones, compromisos, sentencias, letras, sueldos, propinas, censos, juros, efectos, consignaciones, legados, herencias, cesiones, lastos y por otra qualquier causa, motivo, ó razon sin reserva ni limitacion, aunque aquí no se exprese, formalizando de lo que percibiere y cobrare recibos, cartas de pago y demas resguardos que convengan á los mencionados, y lastos á los que pagaren por otros como sus fiadores ó mancomunados: para que otorgue redenciones y subrogaciones de los censos que pertenezcan á los menores, percibiendo sus capitales y volviéndolos á imponer sobre fincas libres, productivas, seguras y saneadas, de modo que no se pierdan: para que defienda á los expresados menores y sus bienes en todos los pleytos, causas y negocios civiles y criminales que tengan, y en lo sucesivo se les ofrezcan con qualesquiera personas y comunidades eclesiásticas ó seculares, siendo actores, ó demandados, á cuyo fin comparezca en juicio y presente pedimentos, &c. (*proseguirá como la curaduría de pleyto*) y últimamente para que haga y practique todos los pedimentos, actos, autos, y diligencias judiciales y extrajudiciales que conduzcan hasta conseguir plenamente quanto solicite á beneficio de los expresados menores, y las que estos, si fueran mayores, practicarian por sí sin excepcion, tomando consejo de Letrados, y personas de ciencia y conciencia que sepan darsele en lo que el suyo no baste, y teniendo libro de cuenta y razon con cargo y data para darla siempre que se le pida; pues para todo lo expresado

y lo anexo le confiere dicho Señor Corregidor el mas ámplio poder con facultad de que pueda substituir por su cuenta y riesgo esta curaduría, ó en virtud de ella conferir poderes especiales para las cosas en que no pueda intervenir por sí misma; como tambien de revocar los substitutos y apoderados, y elegir otros las veces que quisiere: en cuya atencion en todo quanto practique por sí, ó por medio de sus apoderados y substitutos en utilidad de los mencionados sus hijos, interpone su merced la autoridad de su oficio quanto puede y ha lugar en derecho, á fin de que tenga mayor validacion, mandando que se le den de este discernimiento los testimonios que pida, y que estos autos se protocolicen en los registros de mí el presente Escribano. Y lo firma, de que doy fé.=

177 Habiendo curador de bienes es superfluo el curador de pleyto, á excepcion de los casos en que aquel es interesado con el menor, v. gr. en la particion, en las cuentas de su encargo y mala versacion de él, si no hay otro tutor, ó curador de bienes, y en otros semejantes; pues entónces es preciso que el menor tenga quien le defienda, porque el tutor ó curador de bienes es parte y colitigante con este, y no puede hacer por él contra sí; mas para todo lo demas puede substituir la curaduría, ó dar poder á quien lo practique todo en su nombre, sin necesidad de gravar al menor con dietas, ó salarios ociosos del curador de pleyto. Los autos de esta curaduría deben protocolizarse como los instrumentos, porque á la verdad lo son, y pueden conducir en lo sucesivo por los que se formalicen en su virtud, al modo que la curaduría de pleyto queda con ellos por limitarse á lo judicial.

178 Si el menor posee algun oficio de Escribano, Procurador, &c. que no puede exercer por su menor edad, ha de concederse facultad al tutor ó curador, para que durante ella nombre quien le sirva, pues al menor y muger no se despachan títulos en sus cabezas, por estar impedidos de servirlos. Si goza de patronatos eclesiásticos, y tiene beneficios ó capellanías que presentar, tambien se le ha de conferir la de hacer por sí solo su presentacion, hasta que cumpla los siete años, y pasados, para que concurra

á hacerla con el mismo menor, ó la apruebe; pues la que haga sin este, no sirve, porque en cumpliendo los siete años, puede hacerla por sí y comparecer en juicio sin autoridad del curador para las cosas beneficiales y espirituales. Y si el menor llegó á la pubertad, no tiene facultad el curador para presentar sin su consentimiento, porque los curadores no se dan á los menores para lo espiritual y eclesiástico, ni en esto dependen de ellos.

CAPÍTULO II.

De la division y modo de proceder en ella: de los partidores, su oficio, facultades y reglas que deben observar; y de cómo han de dividir las cosas individuas, entre ellas el censo vitalicio personal y la finca enfitéutica.

§. I.

Qué es la division de herencia, quién puede pretenderla, y ante quién, por quánto tiempo prescribe la accion de pedirla, como se ha de hacer entre herederos presentes y ausentes, y de qué manera debe proceder el Juez en ella.

1 Conclusos legítimamente el inventario y tasacion de todos los bienes y efectos del que murió con testamento ó abintestato, si su viuda ó alguno de sus herederos no le impugna por ocultacion de algunos, lesion en su valuacion ú otro motivo, en uso del traslado que se les debe dar de él, si no le presenciaron, (pues habiendo estado presentes es ocioso comunicárselo, puesto que pueden pedirle, y no haciéndolo es visto aprobarle) se sigue su particion, la qual se introduxo, para que sabiendo cada uno quáles son suyos, se apodere y disponga de ellos á su ar-

bitrio como dueño propietario, y se eviten las discordias que se originan de estar los bienes pro indiviso; pues ninguno puede ser compelido á tener contra su voluntad comunion de bienes con otro, (a) ni vale el pacto, de subsistir siempre en ella, (b) ni tampoco debe ser obedecido en esta parte el precepto del testador, porque la perpetua está prohibida por derecho, (c) y nadie puede hacer que las leyes no tengan lugar contra su testamento. (d) Y para que el partidor principiante, se instruya en materia tan vasta, escabrosa y delicada que por lo mismo ignoran hasta muchísimos Letrados, y no cause perjuicios á los interesados en la herencia, procuraré tinturarle mas que medianamente en ella, para que pueda proceder con justificacion en su desempeño.

2 La division ó particion, generalmente entendida, es *un repartimiento que los hombres hacen entre sí de las cosas que les corresponden en comun, por haberlas heredado ó por otra razon.* (e) Se ha de pedir la division de la herencia ante el Juez de los herederos, ó ante aquel en cuyo territorio estan sitos los bienes de ella, como ha de decirse de las mandas, (f) y hallándose en diversos territorios se ha de solicitar ante el Juez de aquel en que esté la mayor parte, y pedirle término para aconsejarse. (g) Si los herederos de lego fueren Clérigos ó Religiosos que pueden poseer bienes en comun, se ha de pedir ante el Eclesiástico, y si fueren Clérigo y lego juntamente, se ha de distinguir; pues pidiendo la particion el Clérigo, debe acudir al Juez lego por la regla de que el actor debe seguir el fuero del reo, y pidiéndola el lego ha de ser por la misma regla ante el Juez Eclesiástico, así como el Clérigo heredero del lego debe ser reconvenido ante el Eclesiástico, quando no se principió el pleyto con su causante difunto; (h) bien

(a) Ley 1 tit. 10 P. 5. (b) Gutierr. de Juram. confirm. p. 1 c. 58. (c) Leyes 14 §. 2 ff. communi dividundo y 70 ff. Pro socio. (d) Ley 55 de Legat. 1. Valasc. de Part. c. 38 n. 5. (e) Ley 1 tit. 15 P. 6. (f) Leyes 32 t. 4 P. 3 y fin. t. 9 P. 6. (g) Ley 1 tit. 6 P. 6. (h) Covar. Pract. c. 8 n. 4 vers. Quarta conclusio. Acev. ley 15 tit. 4 lib. 5 R. n. 6.

que el Juez del inventario deberá conocer en todos casos de la particion como connexâ con él, segun se practica.

3 Pero si fuere heredero de Clérigo el lego, como se hacen de este los bienes por la adicion ó aceptacion de la herencia, se ha de pedir la division ante el Juez secular: (a) de lo qual se deduce, que si el testador Clérigo rogare al fiduciario que restituya su herencia al incapaz por derecho de obtenerla como indigno, y el fiduciario fuere lego, se ha de aplicar al fisco, y si fuese Presbítero, á la iglesia. (b)

4 Pueden pedir la division todos y cada uno de los herederos ó sócios, (c) siendo mayores de 25 años y capaces; pues por los menores, locos, fatuos, pródigos declarados y demas á quienes está prohibida la administracion de sus bienes, la han de pedir sus curadores, ó defensores, de los que se les debe proveer, si no los tienen, y con los quales, si la pide otro coheredero mayor, se puede hacer, aunque ellos no la pretendan. (d)

5 Tambien puede pedirla el que pretende ser heredero, ó tener parte en la herencia, ó cosa comun, aunque nada le toque de ella, si la posee, y se hará sin perjuicio de su propiedad; pero no poseyéndola, si se le niega la qualidad de partícipe, ó coheredero, no se hará con él la division, sin embargo de que la solicite y tenga parte en la herencia, porque el juicio divisorio tiene lugar solamente entre los que califican ser herederos ó partícipes en los bienes que se han de dividir, por lo qual ante todas cosas debe pretender en via ordinaria se declare ser uno de aquellos, y conseguido esto en juicio contradictorio con los demas será admitido en el divisorio. (e)

6 Estando ausente uno ó mas de los herederos instituidos, pueden pedir la particion los presentes; pero el Juez

(a) Morquech. de Divis. lib. 1 c. 3 n. 8. (b) Greg. Lóp. ley 13 t. 7 P. 6 glos. penult. vers. Quod autem. (c) Ley 2 t. 15 P. 6. (d) Leyes 17 cod. de Prædiis minor. 20 ff. de Auctoritat. Tut. 18 ff. de Castrens. pecul. y 38 ff. Familiæ erciscund. (e) Leyes 1, 25 §. 2, 45 y 51 ff. Familiæ erciscund. y 6 ff. Communi dividund.

debe comunicarle traslado de la pretension de estos con término competente, para que exponga acerca de ella lo que le convenga, porque se trata de su interes, (a) ó mandar á todos que nombren partidores; y no ha de proceder en la causa hasta que se le cite, porque toca á su oficio substanciar el proceso con la formalidad legal, en cuya atencion le ha de proveer de defensor, con quien se substanciarán la particion y sus incidentes; bien que ha de constar por informacion no solo su ausencia sino asimismo que no se espera pronto su regreso, ni es facil que venga, ni envie poder á quien haga sus veces por la distancia; (b) pues sabiéndose su paradero fixo y pudiéndose citarle por requisitoria, se debe expedir á este efecto.

7 No haciendo mencion del heredero ausente los presentes, porque le contemplan muerto ó por otra causa, si la particion se hace sin el ausente ni defensor en su nombre, no vale en quanto á él, ni de consiguiente le perjudica; (c) pero valdrá respecto á los presentes que consintieron en ella, quienes cumplirán con dar al ausente, quando parezca, la parte que le corresponde, y todos tienen pro indiviso. (d)

8 Si uno de los herederos presentes no posee al tiempo de la venida del ausente la parte que le cupo, por haberla vendido, ó sido trigo, ú otras especies semejantes que no se pueden conservar muchos años, ó ganados que se murieron, ú otros bienes muebles que vendió en baxos precios; y quando el ausente viene, valen mucho mas de lo que dieron por ellos, ó de lo que valian al tiempo de la particion, se pregunta si estará obligado á satisfacer al ausente la estimacion de lo que le toca, ó sino poseyéndola, ó habiéndose muerto ó consumido, se eximirá de su solucion: si habiéndola vendido en baxo precio cumplirá con pagar á prorata de lo que percibió, ó lo que mas vale: si en caso de existir y tenerla un tercero poseedor podrá pedirla á este valiendo mucho mas; y si siendo poseedores de buena, ó mala fé

(a) Leyes 47 ff. de Re judic. y 39 ff. de Adoptionib. (b) Ley 12 t. 2 P. 3. (c) Leyes 17 Cod. y 2 ff. Familiæ erciscund. (d) Ley 17 cit.

los coherederos, deberán restituir al ausente los frutos respectivos á su parte, ó su estimacion.

9 Y se responde que si el ausente quiere recibir el precio en que se vendió su parte, puede exígirle del coheredero, porque en este juicio como universal para los interesados sucede el precio en lugar de la cosa; (a) pero si rehusa su percibo, porque fue poco, ó porque la cosa vendida era raiz, y quiere su parte con frutos, se ha de distinguir: si el coheredero tuvo buena fé, porque al tiempo de la particion corria la fama de haberse muerto, no estará obligado á satisfacerle mas que el precio que recibió, sea el justo, ó menor que lo que valia; y si este se perdió, ó le empleó en otra cosa, la qual pereció sin culpa suya, tampoco estará obligado á entregarle mas que el que embolsó, y si nada se utilizó, nada deberá restituirle, (b) ni tampoco podrá exígir la cosa ni sus frutos del comprador ni de su heredero, si el vendedor se obligó á la eviccion; pero no habiéndose obligado á ella, se la podrá sacar: (c) si tuvo mala fé el coheredero, porque sabiendo que el ausente estaba vivo, y en parage de donde avisándole podia venir, ó enviar poder, no le avisó, y ántes bien procedió á hacer la particion sin él, debe devolverle su parte con frutos, entregando estos, si exísten, (d) y si no exísten, pero que existirian, si se hubiesen conservado, volviéndolos en la propia especie; pues no debió haberlos consumido ni vendido, por no ser suyos, y en haberlo hecho cometió hurto, (e) excepto que hubiese tenido causa justa para venderlos, como pagar deudas de la herencia, ó estar para perderse, en cuyo caso se hallará obligado únicamente á restituir el precio justo que tenian al tiempo de la venta; y si el heredero ausente estimare mas útil recibir el precio que su parte, podrá hacerlo. (f) Y si los frutos se consumieron, ó vendieron mucho ántes que el ausente solicitase su parte, de modo que no se podian conservar hasta entónces, y por lo mismo no solo fué

(a) Leyes 20 y 22 ff. de Petit. hæredit. (b) Leyes 23 y 25 §. 17 ff. del mismo tit. (c) Ayor. de Partit. part. 1 c. 5 nn. 19, &c. y 24. (d) Ley 17 cit. Cod. Familiæ erciscundæ. (e) Leyes 40 y 52 ff. de Petition. hæred. y 3 Cod. de Cond. ex lege. (f) Ayor. cap. cit. n. 25.

útil sino necesaria su venta, solo estará obligado á la solucion del precio que acredite haber percibido por ellos, no obstante que si se hubieran podido conservar y conservado, valiesen mas: (a) todo lo qual debe observarse respectivamente así en los casos expresados como quando hay poseedor de cosa agena con buena ó mala fé, sea reconvenido por la accion universal de peticion de herencia, ó por la particular de reivindicacion.

10. La accion para pedir la division de herencia es mixta de real y personal. (b) Se llama real, porque intentándola el heredero trata de cosa suya como el que reivindica; y personal, por razon de las obligaciones personales que un heredero suele contraer á favor de otro, esto es, de las contribuciones personales que se exigen con nombre de *lucro*, *daño*, ó *expensas*: de lucro, como si uno de los herederos percibe alguna cosa de la masa comun, pues debe participarla á los demas: (c) de daño, como si por culpa, ó negligencia de un heredero sobreviene alguno á las cosas hereditarias, porque debe resarcirle á los demas proporcionalmente; (d) y de expensas, como si uno de los herederos hace algunas en los bienes de la herencia que debia hacer por su parte, pues se las deben reintegrar los otros á prorata. (e)

11. Por 30 años se prescribe la accion de pedir la particion contra el coheredero que posee la herencia, á causa de ser mixta de real y personal, (f) aunque por estar los coherederos ó sócios mas de los 30 ó 40 años en la posesion de las cosas hereditarias ó comunes, no tiene lugar dicha prescripcion: (g) ya porque no puede inducir la prescripcion un acto voluntario, qual es haber permanecido voluntariamente todos y cada uno en la comunion; y ya porque por el hecho de poseer en comun

(a) Leyes cit. 20, 40 y 52 ff. de Petitione hæredit. (b) Valasc. de Partit. cap. 2. n. 3, y §. 20. Instit. de Action. (c) Leyes 44 §§. 2 y 3 ff. Familiæ erciscundæ, y 3. Cod. del mismo tit. y §. 4. Instit. de Offic. Judic. (d) Leyes 16 §. penúlt. y 25 §. 16 y §. 18 ff. Familiæ erciscund. (e) Leyes 18 §. 3 y 25 cit. §. 13 ff. Familiæ erciscundæ. (f) Ayor. part. 2 q. 29 nn. penúlt. y últ. Valasc. de Partit. cap. 38 nn. 2. y 3. (g) Valasc. n. 3 cit.

parece que cada uno defiende su derecho, y no se le puede imputar negligencia que es una de las causas inductivas de la prescripcion. (a)

12 Mas para que la particion se entienda hecha entre mayores, no se requiere el transcurso de 30 años, y así si los hermanos despues de la muerte de su padre viven separados 10 años estando presentes y 20 estando ausentes, se presume hecha la division de la herencia paterna. (b) Lo propio milita, quando los herederos, ó sócios callaron en dicho tiempo, y principalmente si poseyeron las cosas de la herencia ó sociedad, pues la posesion y su taciturnidad induce la misma presuncion que hace tenga quien pide la division, la obligacion de probar que no se hizo, sin embargo de que por ser cosa de hecho no se presume y debe probarla el que alega estar hecha. (c)

13 Si alguno de los herederos ántes de hacerse la particion vendiere á un extraño la parte que le puede caber en la herencia, se ha de adjudicar al comprador, quien intervendrá en el juicio divisorio, como si fuera uno de los instituidos; pues por la venta se transfieren en él todas las acciones útiles que competian al coheredero vendedor ó contra él. (d)

14 Lo mismo sucede, quando por el delito que cometió alguno de los herederos, recae la herencia en el fisco; pues este se reputa como heredero, le competen dichas acciones, puede decir de nulidad del testamento, pedir suplemento de legítima y restitucion por entero, y practicar todo quanto es permitido al heredero. (e)

15 Pero los coherederos pueden retraer por el tanto dentro del término legal toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes inmuebles ó raices, porque son partícipes y comuneros. (f) Lo mismo se ha de decir, aunque todos los bienes de la herencia sean muebles, (g) y

(a) Olea de Ces. jur. tit. 3 q. 6 desde el n. 28. Ayllon al Góm. lib. 1. Var. cap. 9 n. 17. (b) Góm. lib. 2. Var. c. 11 n. 17 al fin. Valasc. dich. cap. 38 n. 6. (c) Guerreir. de Divis. lib. 1 c. 1 nn. 49 y 50. (d) Los tit. Cod. y ff. de Hereditat. vel action. vendit. (e) Morquech. de Divis. lib. 1 cap. 10 n. 9 hasta el fin. (f) Leyes 10, 13 y 24 tit. 11 lib. 5 R. Matienz. en la 7 dich. tit. y lib. glos. 1 n. 48. (g) Ley 55 t. 5 P. 5.

de los derechos y acciones vendidos con las cosas muebles y semovientes, no habiendo en ella otros bienes, de la comodidad del usufructo por razon de la comunion, (a) y tambien del heredero del censo perpetuo, porque se reputa inmueble. (b)

16 De todas las cosas propias del difunto en que tengan parte sus herederos, y sobre que está permitido celebrar contratos, se puede hacer regularmente la division; pero si entre ellas hubiere escritos ó libros reprobados, yerbas ú otros simples ponzoñosos, se deben quemar y no partir; y si tiene algunas robadas ó mal adquiridas, tampoco se han de dividir sino restituir á sus dueños. (c) Asimismo si alguno de los herederos dice que son suyas ciertas cosas que señala, no se deben incluir en el juicio divisorio. (d)

17 Tocante á los papeles de la herencia, sean honoríficos ó títulos de sus fincas ú otros, si los herederos son muchos, deben estar en poder de quien tuviere mayor parte en ella, que ha de dar traslado de ellos á los demas siempre que le pidan; si fueren iguales en el haber, ha de tenerlos el mas honrado, mas anciano y de mejor fama, excepto que sea muger, pues aunque esté adornada de estas qualidades, no se le han de entregar; y si fueren iguales en partes, honra y lo demas, han de echar suertes, y no queriendo echarlas se depositarán en lugar seguro; (e) pero si el testador manda que uno de los herederos nombrados los tenga, debe tenerlos, sea el mayor ó el menor, dando traslado de ellos ante todo á los coherederos á costa de la herencia, y obligándose á manifestárselos siempre que los necesiten y lo pidan, porque tocan á todos; (f) bien que lo expuesto debe entenderse, quando una finca de la herencia se divide entre todos, ó algunos de los herederos, ó quando en un instrumento, v. gr. de compra estan inclusas muchas; en cuyos casos se

(a) Greg. Lóp. dich. ley 55 glos. 2 al fin. (b) Palac. Rub. ley 70. de Toro n. 22. Castill. en la 74 verb. Parte en ella. Sobre este retracto y el de consanguinidad véase el cap. 9 §. 5 de la Prim. Part. (c) Ley 2 tit. 18 P. 6. (d) Ley 45 Familiæ erciscundæ. (e) Ley 7 tit. 15 P. 6. Greg. Lóp. en toda ella. (f) Ley 8 dich. tit. y P.

observan las citadas leyes poniendo así en el original como en los traslados las notas competentes; mas no quando de cada finca hay títulos separados, pues entónces se entregan al heredero á quien se aplica, que es lo que se debe practicar.

18 En todos los juicios debe oir el Juez á las partes en via ordinaria excepto en los casos de alimentos y otros que traen los AA. y no estando comprehendido en ellos el de division, ni siendo de poco momento, ni de los que no admiten dilacion por seguirse perjuicio de ella, parece que debe proceder en dicha via admitiendo todas las excepciones que los interesados opongan.

19 Mas no obstante se debe distinguir. Si el sugeto á quien se demanda, ó pide que haga particion de la herencia, ó cosa comun, niega al que lo pretende, la qualidad de heredero ó comunero, y por consiguiente que tenga derecho á la herencia ó cosa, se ha de proceder en via ordinaria; si bien no se tratará del juicio divisorio hasta que se le declare heredero ó sócio, y declarado, ó concluido este juicio, se incoará, ó no aquel, segun sea la declaracion. (*a*) Y si el demandado confiesa al demandante la expresada qualidad, debe proceder sumariamente el Juez, mandando á todos los partícipes nombren partidores que evacuen la particion, para lo qual ha de señalarles tiempo y lugar; y que no compareciendo alguno de los nombrados la hagan los que asistan, con apercibimiento á las partes que los nombraron, de que valdrá lo que practiquen los concurrentes, y les parará el mismo perjuicio que si los suyos estuviesen presentes. (*b*) Este es el estilo de muchos pueblos; pero la práctica de esta corte es "hacer saber el nombramiento á los peritos, quienes aceptan el encargo, obligándose baxo de juramento á evacuarle bien y fielmente segun su inteligencia, y sin causar agravio á los interesados," como lo manda la ley; (*c*) y luego se les pasan los autos de inventario y demas papeles concernientes al asunto, se juntan en casa

(*a*) Ley 1 ff. Familiæ erciscund. (*b*) Ayor. de Partit. part. 1 c. 5 n. 5. (*c*) La 51 tit. 5 lib. 5 R.

del mas antiguo, conferencian, acuerdan y resuelven cómo se ha de hacer: la evacua el moderno, y hecha en borrador la pasa al otro, y no estando conforme, se arregla: se pone en limpio y se presenta al Juez, quien comunica traslado de ella á los interesados, y aprobándola estos la aprueba y se da á cada uno el testimonio de su adjudicacion y haber con insercion de las suposiciones, declaraciones, bienes que se le aplicaron, y sentencia de aprobacion; y finalmente si dicen de agravios, los oye en via ordinaria, ó sumaria, segun sean.

20 Tambien debe proceder sumariamente el Juez, quando alguna de las partes temiendo se le aplique la cosa que está tasada en mucho mas de lo que vale, ó sabiendo que se valuó en mucho ménos, por aplicarla al coheredero, le pide deshaga el agravio, reduciéndola por sí á lo justo, ó mandando se vuelva á tasar por nuevos peritos que elijan, (pues no debe admitir excepciones dilatorias y maliciosas sino deferir á lo solicitado atendida la verdad) porque este incidente no perjudica al negocio principal. De esta manera se expide con mas equidad y prontitud el artículo de tasacion. (a)

21 Lo mismo procede en otros incidentes semejantes, como en la recusacion de los partidores despues que principiaron á entender en el negocio, ó como quando alguna interesado alega que ciertos bienes son suyos, y pide al Juez mande no se incluyan en el inventario, pues acreditándolo sumariamente, debe condescender á la pretension. Pero si hubiese grande duda, ó se requiriese mas escrupuloso exámen é indagacion, se reservará para oir á las partes en via ordinaria. (b) En estos artículos ó incidentes, como que no causan perjuicio irreparable, no debe admitir apelacion de su auto, por ser frívola y dilatoria, (c) y para evitar que por su admision se eternice el juicio divisorio.

(a) Ley 10 tit. 15 P. 6. Ayor. cap. 5 cit. n. 6. (b) Leyes 3 ff. Ad exhibendum y 13 §. 2 ff. Ad Trebellian. (c) Leyes 130 tit. 23 P. 3, 10 tit. 7 lib. 2, 3 y 6 tit. 18 lib. 4 R. Ayor. cap. 5 cit. nn. 8 y 9.

§. II.

De los partidores, su oficio, facultades y reglas que deben observar para hacer justificadamente la particion y adjudicaciones.

22 Ventilados y decididos los referidos incidentes, si los hubiere, deben las partes elegir partidores que dividan entre ellas la herencia. Estos deben ser diversos de los tasadores ó apreciadores de bienes, y muy inteligentes no solo en cuentas que es lo ménos, porque esto se aprende en la escuela, y el error material de cálculo se puede fácilmente enmendar y salvar por medio de una declaracion ó prevencion sin necesidad de volver á formar la particion, sino tambien en los puntos de derecho, de que, por ser lo mas arduo y dificil, procuraré tinturar á los legos quanto me sea posible, por sino tienen quien les disuelva sus dudas; pues no concurriendo en ellos ámbas circunstancias, será un absurdo quanto hagan, se fomentarán por su impericia costosos pleytos y originarán imponderables perjuicios á los interesados; por cuya razon en esta corte solo los Abogados pueden hacer particiones judiciales segun el auto del Consejo de 11 de abril de 1768. Asimismo deben jurar en los términos expuestos en el núm. 19, al modo que los Jueces árbitros y tasadores, ante el Escribano originario, ó de diligencias de la testamentaría, segun se practica.

23 Todas las personas á quienes se permite por derecho comparecer en juicio, tratar y contratar, pueden ser nombradas para hacer particiones, porque este acto no es judicial sino extrajudicial; (*a*) bien que su parecer se ha de presentar al Juez para que le apruebe y mande cumplir, siendo arreglado. Así que, el menor de 25 años, si tiene 18, podrá ser partidor, puesto que no teniendo curador puede contratar por sí, ser procurador en negocios

(*a*) Ayor. part. 1 cap. 4 n. 2.

extrajudiciales, (a) y asimismo exercer jurisdiccion delegada. (b) Lo propio digo del infame por derecho (c) en quanto á ser partidor.

24 No pueden ser compelidos estos partidores á aceptar el encargo de tales; pero una vez aceptado los puede apremiar el Juez á que lo evacuen. (d) Tampoco pueden recusarlos las partes que los nombraron sino por causa justa superveniente, probada ante el Juez ordinario ó superior del recusado, pues no basta el juramento solo de tenerlos por sospechosos; (e) pero siendo nombrados por el Juez de motu propio se les puede recusar como á este con dicho juramento sin necesidad de expresar ni justificar causa; y admitida en ámbos casos la recusacion se les removerá enteramente del conocimiento del negocio, nombrándose otros en su lugar, (f) como se practica. Si estan diputados públicamente para el ministerio de hacer particiones, se debe observar en su recusacion lo que acerca de los tasadores públicos expliqué en el cap. 1 de este lib. n. 114, porque milita la misma razon.

25 Las causas porque pueden conceptuarse sospechosos y ser recusados, son: una grande enemistad ó motivo para tenerla, nacida despues del nombramiento entre el nominado y el nominador: el haber contraido afinidad con la parte contraria, ó sucedido en su herencia: el haber sido ordenado de órden sacro, desterrado, ó preso por delito: el haber enfermado, ó ausentádose por largo tiempo, y otras á arbitrio del Juez docto y prudente. (g)

26 Ayora controvierte (h) si el hermano, primo, ó cuñado de la parte que le nombra, podrá ser recusado por la contraria, y resuelve que el partidor nombrado para la particion de alguna herencia puede serlo por las causas expresas en derecho, porque tiene jurisdiccion para pronunciar y adjudicar los bienes hereditarios, y puede agraviar en esto; pero que los nombrados para formar

(a) Leyes 4 Cod. de Integrum restitution. y 12 Cod. de Procurat.
(b) Ley 3 tit. 9 lib. 3 R. (c) Ayor. cap. 4 cit. n 3. (d) Ayor. n. 4.
(e) Cortiad. decis. 18 nn. 6 y 23. Ayor. n. 14. (f) Ayor. n. 15.
(g) Ayor. n. 16. (h) Lug. cit. n. 19. vers. Restat nunc videre.

cuentas de tutores, administradores, compañías y otras personas semejantes no pueden serlo, porque carecen de jurisdiccion, y solo tienen facultad para dar sus pareceres y remitirlos al Juez para que determine. Mas sin embargo de su dictámen, puesto que ninguna ley hace mencion de los partidores de herencias, y que por lo mismo se debe recurrir á las que tratan de los árbitros; distinguiendo debo decir: que si los partidores fueron nombrados como Jueces árbitros y arbitradores, ó componedores amigables, precediendo para ello compromiso de las partes con las facultades de que diesen á la una y quitasen á la otra á su arbitrio, y con pena convencional, podrán ser recusados por las causas porque pueden serlo los árbitros con arreglo á derecho; pues tienen jurisdiccion y pueden hacer agravio; (sobre el qual para ser oida la parte que se dice agraviada, es preciso que se deposite la pena, y apele, ó pida reduccion dentro de los diez dias de la ley) pero faltando dicho requisito no se les podrá recusar, pues por mas autoridad que se les atribuya y quiera conceder, no se extiende á mas que á un parecer ó dictámen que con el título ó nombre de peritos dan segun su inteligencia, y que como no es exequible, miéntras el Juez no le apruebe, y el agraviado en caso de apelar no constituya la fianza prevenida por nuestro derecho, (*a*) no tiene vigor de sentencia; mayormente quando no siendo Letrados estos peritos, no pueden ser nombrados para artículo que consista en derecho, ni para otra cosa que puedan determinar por el proceso, sino para lo que consiste en cuenta, tasacion, ó pericia en arte ú oficio, como lo manda la ley; (*b*) y si hay algun punto obscuro, ó duda de derecho, la deben consultar y proponer al Juez, para que la resuelva con audiencia de los interesados ántes de proceder á formar la particion; y así pueden estos agraviarse del dictámen de aquellos en uso del traslado que se les debe comunicar de la particion, con tal que no la consientan ántes; pues el traslado es para que en su vista se conformen con ella, ó ex-

(*a*) Ley 24 y auto 1 tit. 21 lib. 4 R. (*b*) La 50 tit. 5 lib. 2 R.

pongan ante el Juez ordinario los agravios que contenga, y pidan se deshagan, y no para otro efecto, sobre lo qual si el agravio consiste en hecho, se les debe oir en via ordinaria, como se practica.

27 Como el juicio de la division depende del justo y arreglado arbitrio del Juez segun la ley 10 tit. 15 P. 6, cuyas son estas palabras: "Poderío ha el Juez ante quien pidieren la particion los herederos, de la mandar facer en la manera que él entendiere que será mas guisada, (*justa ó arreglada*) é mas á pro dellos;" si los partidores nombrados por las partes discuerdan, podrá nombrar de oficio tercero en discordia, segun ha parecido conveniente, y se observa en esta corte para evitar las contiendas y discordias que podrian suscitarse entre ellos acerca del nombramiento; y aunque se conformen dos de los tres, no se dexa de comunicar traslado á las partes para que aprueben la particion, ó digan de agravios, del mismo modo que si el tercero no hubiera sido nombrado, y se las oye en via ordinaria; porque el Juez no puede proceder sumariamente sino en los casos expresos en derecho, y el tercero no es mas que un perito como los demas. Y una vez propuestos los agravios, no debe aprobarla, ya se conformen dos de los tres, ya discuerden todos formando cada uno su particion, porque no la hay hasta oir plenamente á las partes; y con vista de las probanzas que hagan, si los agravios consisten en hecho, y de los fundamentos que aleguen, dará su sentencia, de la qual podrán apelar en el término de los cinco dias de la ley, ó consentirla.

28 Quedando la muger viuda y sin hijos, é instituyendo su marido por herederos, v. gr. á dos ó mas hermanos suyos, ó á dos hermanos y dos sobrinos hijos de otro hermano, se han de nombrar dos partidores solos, el uno por los hermanos y sobrinos del difunto, y el otro por la viuda, porque todos los herederos representan á su instituidor, y pretenden una misma cosa, que es la herencia que este á vivir pretenderia, si su muger fuera la difunta, y esta otro tanto como todos juntos de los bienes gananciales. Pero pagada la muger, si la parte de los

herederos quedase sin distribuir y quisiesen repartirla entre sí, nombrará cada hermano su partidor y los sobrinos otro solo; porque estos no representan mas que una persona que es la de su padre, y como que han de heredar por estirpe y no llevar todos mas que cada uno de sus tios que sucede por persona, porque lo mismo llevaria su padre, si viviera, se estiman por un heredero; (a) lo qual procede tambien en la sucesion abintestato. (b) Y si en uno y otro caso quisieren conformarse en un solo partidor por evitar discordias y gastos, como se practica en esta corte y lo tiene mandado el Consejo, pueden hacerlo, porque ninguna ley se lo prohibe.

29 Como una cosa es liquidar el caudal partible y dar dictámen acerca de la quota, ó cantidad que toca á cada uno por sus derechos, lo qual se llama con propiedad *liquidacion*; y otra hacer pago de esta quota con los bienes de la herencia, que es y se llama *distribucion*, *aplicacion* ó *adjudicacion*; debo decir que el Juez puede á su arbitrio hacer las adjudicaciones á uno entera, ó parcialmente, condenándole á que entregue en dinero al coheredero su parte, si la cosa no tiene cómoda division, pues la ley le autoriza para ello, por evitar entre los interesados disturbios que consuman la herencia; como tambien aplicar los demas bienes segun su valuacion, esten bien ó mal tasados: (c) porque el juicio divisorio no es para conocer de la justicia ó injusticia de la tasacion, ni el Juez es perito en este arte, sino para liquidar el caudal partible y adjudicar los bienes de la herencia por los precios en que se hallen valuados, pues para lo primero es el juicio de inventario, en el qual ántes de llegar á la division se han de proponer y deshacer los agravios que haya en las tasaciones, comunicándose á este fin los autos á los interesados, si quieren tomarlos, háyanlas presenciado ó no.

30 Los partidores, segun parece, no pueden hacer las adjudicaciones por defecto de jurisdiccion para deter-

(a) Véanse los nn. 43 y sigg. cap. 7 lib. 2. (b) Ayor. part. 1 cap. 5 cit. n. fin. (c) Ley final tit. 15 P. 6. Ayor. de Partit. part. 3. q. 5.

minar, y solamente tienen facultad para dar su dictámen y exponerle al Juez, para que determine; pero sin embargo de esto podrán hacer la adjudicacion de los bienes que no admiten cómoda division, (*a*) y tambien la de los demas bienes por sus precios; pues por el hecho de nombrarlos las partes y de conformarse el Juez con su nombramiento es visto darles comision para todo.

31 Como en las particiones cada uno de los interesados quiere regularmente lo mejor, para que el partidor proceda justificadamente en las adjudicaciones, y por su impericia no se concilie el odio de los herederos ó socios, ni sea causa de discordias y pleytos entre ellos, debe tener muy presentes 14 reglas ó advertencias. La primera es que observe igualdad y proporcion así en quanto al número, quota ó cantidad que corresponda á cada interesado, como en quanto al valor y estimacion, qualidad y bondad de las cosas que le aplique: de modo que no dé á uno lo bueno y á otro lo malo, á uno lo redituable y fructífero, y á otro lo infructífero, sino á todos proporcionalmente, pudiendo ser, de todas clases y en cada una de bueno, mediano, ínfimo, fructífero, infructífero, exêquible, dudoso, incobrable, mueble, raiz, semoviente, &c. (*b*) y si hay cosas ó géneros comerciables, guarde en ellos la misma proporcion, atendiendo á su buena, mediana, ó poca salida y no precisamente á su valor, informándose á este fin de prácticos en su comercio, y dividiéndolos en tres clases, pues con los de mayor consumo se hace mejor negocio, porque se compra y vende mas veces, y quantas mas se emplea el dinero, mas se lucra. Y si agravia á los interesados, y no son oidos en juicio contradictorio, debe el Juez deshacer el agravio con su audiencia ántes de aprobar la particion; pero si fueron oidos y condenados, y se confirmó la sentencia condenatoria, ó no apelaron de ella, y se pasó en autoridad de cosa juzgada, deben observar en todo la particion, hágase extrajudicialmente por los interesados y preséntese al Juez para su aprobacion, ó judicialmente. (*c*).

(*a*) Ayora q. 5. cit. (*b*) Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 14. nn. 23, 24, 41, &c. y 46. (*c*) Ayor. de Partit. p. 3 q. 6 y 7.

32 La segunda regla es, que si en alguna de las fincas divisibles tiene parte uno de los herederos ó interesados, sea por haberla comprado ántes, ó por habérsele legado, donado, ó adquirídola por otro título, le prefiera el partidor á los coherederos en la adjudicacion de su total, pues debe ser así por la mayor porcion que le toca; y si algunos tienen comunion en ella, debe ser preferido el que tenga mayor parte. (*a*)

33 La tercera es, que si los socios, ó herederos hicieren algunos pactos permitidos acerca de la division de la herencia, ó bienes de la sociedad que contraxeron, los observe el partidor exâctamente sin tergiversarlos ni alterarlos en todo ni en parte, mirando siempre á la utilidad comun de todos y no á la de uno solamente. (*b*) Lo mismo practicará quando los cónyuges los hubieren hecho en los contratos nupciales.

34 La quarta es, que si alguna cosa raiz de la herencia, ó sociedad que tiene cómoda division, se reparte entre todos los interesados, ó entre algunos, no les consigne el partidor sus porciones separadas, v. gr. una al principio, otra al medio, y otra al fin sino unidas en quanto sea posible. (*c*)

35 La quinta es, que si alguno de los partícipes posee un fundo junto á otro de la herencia, ó parte de él, le aplique el de esta, pues debe ser preferido á los demas. Lo propio milita, quando el difunto dexó muchos fundos juntos, pues se han de aplicar unidos á cada uno los que le quepan. (*d*)

36 La sexta es, que si fuere indispensable dividir entre muchos un fundo comun, en que todos hayan de tener servidumbre, no se adjudique á unos la de sus partes por las de los otros; (*e*) pues ninguno de ellos está obligado á dar paso al otro para la suya, aunque no tenga entrada por otra parte, excepto que así lo pacte expresamente, (*f*) segun se ha de decir del vendedor respecto

(*a*) Valasc. consult. 53 y de Partit. cap. 22. n. 3. Morquech. de Divis. bonor. lib. 2 cap. 10 n. 7. (*b*) Guerreir. de Divis. lib. 6 cap. fin. nn. 33 y 44. (*c*) Guerreir. nn. 26 y 29 (*d*) Valasc. cap. 22 cit. n. 19. (*e*) Ley 33 § 3 ff. de Servitutib. prædior. rusticor. (*f*) Parlador. differ. 81 n. 6.

del comprador, sea rústico ó urbano el predio. (*a*) Mas esto no procede, en no pudiendo hacerse la adjudicacion de otra suerte, como si tres hermanos poseen una casa compuesta de tres solares, y á cada uno se aplica su solar, porque así lo quieren, y para usar del suyo el del superior, del mismo modo que quando los poseia todos el padre comun, es preciso pasar por el del inferior, pues en este caso debe el partidor dexar reservada expresamente en las partes de todos la servidumbre para ellos, de modo que ninguno pueda impedir al otro el tránsito, y le tenga franco y expedito, como si fuera único dueño y poseedor de todos tres. (*b*)

37 La séptima regla es, que aplique á cada interesado las cosas ó fundos íntegros y separados para evitar su discordia por causa de la comunion; bien que á veces se ha de permitir á todos el uso comun de alguna, si por algun motivo no se puede dividir, ni estimar ó apreciar de otro modo, ni los interesados quieren que se venda, como si dos de estos tienen dos casas contiguas y para entrar en ellas un portal del uso de ámbas; pues no admitiendo esta cómoda division, no habrá lugar á su estimacion, porque uno de los dos, vendido el portal al otro, si le falta la entrada por él á la suya, se verá en la precision de venderla en baxo precio con grave perjuicio suyo, y así debe quedar indiviso el portal. (*c*)

38 La octava es, que en la division se atienda á lo mas cómodo y útil; quiero decir, que si la cosa no la admite cómoda, se aprecie, y cabiendo á uno de los partícipes se le aplique toda, y de lo contrario entregue en dinero el exceso; (*d*) ó que no entregándole, si es raiz la cosa, se le adjudique imponiéndose censo reservativo sobre ella, y obligándose á pagar al consocio ó coheredero los correspondientes réditos, hasta que le redima, segun se practica para observar igualdad; pues seria cosa injusta que el uno se estuviese utilizando de los fru-

(*a*) Parlador. n. 7. (*b*) Guerreir. cap. fin. cit. nn. 22, &c. y 25. (*c*) Guerreir. cap. fin. cit. nn. 32 y 50. (*d*) Guerreir. lug. cit. nn. 34, 35 y 36.

tos, ó producto de la parte del otro. (*a*) Se dice no permitir la cosa cómoda division, quando por dividirse vale mucho ménos y pierde la estimacion que tiene unida. (*b*)

39 La nona es, que la valuacion ó aprecio que se haga de la cosa que no admite cómoda division, sea de toda ella, y no de la parte ó porcion que se asigne á cada partícipe separadamente, porque llegado el caso ó precision de venderse, mejor se vende á uno, ó á muchos el todo que pedazo á pedazo; (*c*) fuera de que unas partes por su calidad, ó por otro motivo suelen ser mas útiles que las otras. Si la cosa se tasó íntegra, como el precio de ella fué con atencion á lo bueno, mediano é ínfimo, no se causa perjuicio; pues podria no haber quien tomase lo ínfimo y mediano, y no faltará comprador para el todo uno con otro; y si no se hubiere valuado así, una el partidor todas las porciones y aplíquelas á uno, de suerte que en él quede toda la cosa por el total de su valor, y no cabiénle observe lo explicado en la regla anterior.

40 La décima es, que no se venda la cosa, miéntras se pueda evitar; (*d*) pues así como quando no admite cómoda division, se puede vender, por el contrario, admitiéndola se ha de señalar en ella á cada partícipe su porcion, y no se le podrá compeler á recibir contra su voluntad el importe de su valor. (*e*)

41 La undécima es, que en la division entre el cónyuge y los herederos del difunto haga el partidor separacion de los bienes que conste llevaron á su matrimonio, ó heredaron durante este, ó retraxeron por derecho de sangre, ó trocaron por otros, ó compraron con su mismo dinero, ó con lo que produxéron los propios que vendieron para comprarlos, y si exîsten, se los aplique, y no al cónyuge ó consocio ni á sus herederos dándoles otros en su lugar; pues aunque durante la sociedad son comunes, y en todos y cada cosa tienen todos el dominio pro indiviso para usufructuarlos; (1) una vez que la particion

(*a*) Guerreir. de Divis. lib. 8 cap. 21. (*b*) Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 56 n. 6. (*c*) Guerreir. cap. fin. cit. n. 42. (*d*) Guerreir. de Invent. lib. 2 cap. 3. (*e*) Guerreir. dich. cap. fin. nn. 41, 42 y 43.

(1) Es falso que durante el matrimonio tengan los dos cónyuges el

debe hacerse con bondad, equidad y buena fé, exîgen estas que cada uno goce y posea los que adquirieron sus causantes, ó se subrogaron en su lugar, ya porque conserva su dominio especial, y ya porque no tenga el sentimiento de ver que los lleva y disfruta un extraño; (a) y lo mismo debe hacer el partidor con los muebles del uso privativo del cónyuge y de los herederos por la propia razon. Si las cosas mismas que uno de los cónyuges llevó al matrimonio, no existen y hay otras de igual especie, bondad y calidad, se las aplicará á él, ó á sus herederos; pues habiéndolas tiene derecho á recuperar en ellas el fondo que puso, como subrogadas en su lugar, ninguno compete al consocio, porque no se le comunica su dominio, y es justo que se haga así para que no se le perjudique por beneficiar á su socio; bien que así como tiene derecho á que se le entreguen las existentes, no debe resistirse á tomarlas, si se le aplican, aunque no le acomoden, por el precio que entónces se les dé. Lo propio milita, quando el marido con el dinero dotal y con voluntad de su muger compró alguna finca, é igualmente entre hijos de dos ó mas matrimonios, quando su padre ó madre dexó algunos bienes conocidos adquiridos constante el suyo que se hallan pro indiviso; pues la parte que tocaba al muerto y llevaria, si viviera, se les debe aplicar con su aumento intrínseco, como que le representan y ocupan su lugar, y no á sus medios hermanos, padrastro, ni madrastra en la particion que se haga por muerte del viudo ó viuda. Pero lo expuesto no tendrá lugar, si los interesados mayores de 25 años hacen algun pacto contrario, ó si hay motivo grave que obste practicarlo así.

42 La duodécima regla es, que si en la herencia hu-

dominio pro indiviso de dichos bienes, aunque sean comunes sus frutos, utilidades y obvenciones, lo qual es muy diverso. Cada consorte conserva el señorío de sus propios bienes, como poco más abaxo dice Febrero, y esta es la razon principal porque deben adjudicárseles. Lo mismo se ha de decir de los socios, si su compañia es singular; bien que siempre ha de estarse á los pactos con que se celebre siendo justos y arreglados. En la compañia universal si se transfiere recíprocamente á los socios el dominio de sus bienes y efectos.

(a) Mendez de Castro in Prax. part. 1 lib. 4 cap. 3 n. 3.

biere derechos incorpóreos como censos, juros, jurisdiccion, servidumbre, &c. divida el partidor sus capitales y pensiones con la misma equidad y proporcion que se ha expuesto; y si los derechos no se pudiesen dividir, se dividirán sus frutos y pensiones ó réditos. (*a*) El uso ó comodidad de la jurisdiccion se ha de dividir á prorata del haber de cada uno, (*b*) y el de la servidumbre por tiempos. (*c*) Pero el señorío y jurisdiccion como cosa honorífica, y que por lo mismo y por ser la hembra el fin de la familia, es justo continúe en el varon, se le aplicará, y se dará un equivalente á la muger, excepto que el testador mande lo contrario, ó los interesados se convengan en otra cosa. Lo mismo se practicará con el patronato ú otro derecho ó regalía de honor.

43 Tocante á las deudas en favor del caudal ha de hacer el partidor su aplicacion y distribucion de modo que á ningun heredero ó socio perjudique, por beneficiar á otro; y ademas debe adjudicar á cada uno el débito entero, para que el deudor no sea vexado con muchos juicios siendo aquel uno solo, excepto que unas deudas sean de dificil exáccion y otras fállidas, pues de estas dos clases debe aplicar á todos su porcion respectiva en cada una, para que sufran á prorata la pérdida y gastos de cobranza; bien que lo mas seguro y útil á todos es, que uno se encargue de su cobranza, ó que elijan un cobrador, y segun se cobren, las repartan, con lo qual sufren todos el perjuicio y reciben la utilidad proporcionalmente. Y en caso que la adjudique á uno solo, debe reservarle su derecho para que le repita de los demas, y dexar á estos obligados á la eviccion para que le satisfagan las partes que les correspondan así de lo que salga fallido como de los gastos de cobranza, acreditándolos del mismo modo que si le quitáran en juicio alguna cosa que se le hubiese aplicado como efectiva y segura; á no ser que pacten que ninguno ha de quedar obligado á dicha eviccion. (*d*) Pero

(*a*) Covar. Pract. cap. fin. (*b*) Boer. decis. 5 n. 2. (*c*) Morquech. de Divis. lib. 1 cap. 5 nn. 9 y 12. (*d*) Guerreir. de Divis. l. 2 cap. 14 nn. 41, &c. y 48.

debe tener presente el partidor que si interviene en la particion la viuda, ó quien la represente, y habia llevado á su matrimonio bienes dotales, ó parafrenales, no se le ha de hacer pago de ellos con deudas adquiridas por contratos que celebró su marido, miéntras estuvieron casados, sino reintegrarla de su importe con otros bienes equivalentes, ó dinero, y luego aplicarle por razon de gananciales la parte proporcional que le toque de ellas; pues así por haber llevado bienes efectivos como por haberse obligado su marido á su restitucion en otros equivalentes, ó en dinero, tiene accion para recuperarlos, segun se los entregó, ó él se obligó, y no debe ser compelida á recibirlos en deudas, ó créditos habiendo alhajas y fincas con que satisfacerle. Tambien debe tener presente que si durante la comunion se cobran algunos créditos, los debe estimar como dinero, dividirlos como tal entre los partícipes y ponerlos en este concepto por cuerpo del caudal, aunque esten inventariados como créditos.

44 La décimatercia regla es, que si hay deudas contra el caudal, y por no haberse satisfecho ántes de la division, se nombra por pagador de ellas á alguno de los interesados, haga á su favor el partidor adjudicacion, ó hijuela de su total, y le aplique dinero para su solucion hasta en su importe; y no habiéndole, bienes en cuya venta no tenga ningun dispendio como es la plata y el oro por su peso é intrínseco valor; pues así como el desembolso ha de ser efectivo sin la mas leve diminucion ni pérdida, deben serlo tambien los bienes que se adjudiquen al que la haya de hacer, porque de lo contrario seria perjudicado; y puesto que estan obligados proporcionalmente todos los partícipes en la herencia á la satisfaccion de las deudas de esta: que es primero pagar que heredar, y que no hay herencia hasta que estan satisfechas; deben sufrir del mismo modo el gravámen, obligarse á la eviccion, privarse de llevar lo mejor, porque es de los acreedores, y contentarse con lo que les quede bueno ó malo; pero si no hay plata, oro, ni otros bienes, en cuya venta no pueda haber pérdida, deben venderse ántes los necesarios para el pago de deudas, y en su defecto obligarse los cohe-

rederos á satisfacer á prorata al pagador nombrado la pérdida y gastos que tenga en ella, baxada su parte, pues como uno debe concurrir con los demas á proporcion de su haber, y así se expresará en las adjudicaciones, ó por declaracion al final de la particion. Lo mismo debe practicar, si se le hace pagador de legados, con la diferencia de que debe aplicarle los específicos, para que los dé á sus dueños, y no dinero por ellos como quando son genéricos. Por pagador de deudas se debe nombrar al mas abonado, fiel y exâcto con obligacion de acreditar á los coherederos la satisfacion de ellas para su resguardo.

45 Y la décimaquarta regla es, que por ningun título altere el partidor la tasacion de los bienes modificándola ó aumentándola, pues esto no es de su inspeccion sino de la de los tasadores, y conforme esten valuados, ha de formar el cuerpo del caudal y adjudicarlos. Así que, si entre ellos hubiere diamantes, ú otras piedras preciosas inventariadas por el todo de su tasa; por esto mismo y no por el tercio, ni por entre mitad y tercio las ha de distribuir y aplicar, excepto que pacten otra cosa los interesados, ó que exîstan algunas de aquellas que estos hubiesen llevado al matrimonio tasadas por todo su valor, y en el inventario por el intrínseco, real y verdadero que tienen, en cuyo caso, ó ha de reducir el primero al segundo, ó en su defecto aumentar el exceso á este, porque tales piedras como no se consumen ni deterioran, no tienen pérdida, por cuya razon y por no haberse transferido su dominio al consocio, deben volver al socio que las llevó hallándose en el mismo estado, por el precio en que las puso por fondo de la sociedad conyugal, pues de lo contrario seria perjudicado el consorte en el exceso que no era valor real sino aereo ó imaginario. Y en la adjudicacion v. gr. de un aderezo, ó de otra cosa que conste de varias piezas, no ha de hacer separacion de estas sino aplicarlas todas, como que unidas componen una completa, á un solo partícipe, porque de la contrario pierde la estimacion que tiene con la union de todas; y si á ninguno cabe, se ha de vender, ó se han de convenir los interesados acerca de su aplicacion. Si se tarda en hacer la particion, y al-

gunos bienes muebles ó semovientes padecieron decremento, deberán volverse á tasar por evitar perjuicio, lo qual hará presente á los interesados para que los hagan valuar y no aleguen despues lesion en su adjudicacion, excepto que no quieran hacer este nuevo gasto.

46 En órden á si los partidarios pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones, parece que sí, porque una vez que aceptaron el encargo lisa y llanamente, fué para todo y no para la mera liquidacion; pero aquí he visto años pasados executoria del Consejo en contrario en el caso siguiente. Nombraron de conformidad ciertos herederos un partidor para que dividiese la herencia entre ellos. Liquidó el caudal y lo que tocaba á cada uno, y conociendo que eran de un genio díscolo les instó á que se juntasen en su casa para hacer la aplicacion con arreglo al inventario. Se resistieron diciéndole que se los adjudicase; mas lo rehusó haciéndoles presente que ignoraba qué bienes acomodaban á cada uno, y no queria que luego propalasen habia procedido con pasion, ó dixesen de agravios de la adjudicacion y consumiesen la herencia. En vista de esta renuncia se quejaron al Juez, quien, oido el partidor, les mandó juntarse en su casa, y habiendo apelado de la providencia la confirmó el Consejo.

47 Aunque los Jueces ordinario y delegado no pueden enmendar ni revocar su sentencia despues de dada y publicada, por estarles prohibido, á causa de haber usado de todas sus facultades y acabádose en aquel juicio su oficio; no sucede así en los meros partidores, pues sea de oficio, ó á pedimento de qualquiera de los interesados, pueden enmendar el error que hayan padecido y reformar su parecer para evitar controversias, ya porque este no es sentencia, ya porque la comision que les dieron, fué para evacuarla perfectamente por sí mismos, y aunque no lo hayan expuesto así en el nombramiento, se entiende tácitamente; pero la enmienda ha de ser ántes que el Juez apruebe la particion, pues una vez aprobada no se les permite, (*a*) por haber espirado su oficio y facultades.

(*a*) Ayor. de Partit. part. 3 quæst. 8.

§ III.

Cómo se han de dividir las cosas individuas, y entre ellas la jurisdiccion y el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí.

48 Al juicio divisorio vienen las cosas corpóreas é inanimadas que pueden dividirse cómodamente en partes separadas, como el vestido, casa, fundo, olivar y otras semejantes. Tambien vienen algunas que sin daño suyo no se pueden dividir como el caballo, el molino, &c. las quales se llaman individuas en derecho. Asimismo vienen otras que natural y legalmente son absolutamente individuas como las servidumbres que ni por el hombre ni por la ley se dividen ni pueden dividir, aunque se quiera. (*a*) Y finalmente vienen otras que aunque por su naturaleza son indivisibles, pueden dividirse legal é intelectualmente, como los derechos, obligaciones y acciones que ipso jure se dividen activa y pasivamente entre los herederos, (*b*) y no vienen al juicio divisorio sino solamente por via de adjudicacion, porque la ley las divide intelectualmente. (*c*)

49 Para que el partidor no ignore como ha de proceder en la division de las cosas y obligaciones individuas, procuraré instruirle con diferentes exemplos. Pedro prometió que Juan habia de pasar por su heredad y que ni él ni sus herederos se lo estorbarian, y murió dexando varios de ellos. Esta obligacion individua no viene al juicio divisorio, y así compete activa y pasivamente la accion de todos los herederos del uno contra todos y qualquiera de los del otro insolidum, prohiban el paso todos ó uno solo; (*d*) por lo que los herederos han de prestar caucion de indemnidad, de que el hecho de uno no dañará á los otros. Lo propio sucede, si el testador lega la servidum-

(*a*) Ley 35 § 9 ff. Familiæ erciscund. (*b*) Leyes 1 Cod. de Reb. credit. y 2 y todo el tit. Cod. de Hæreditariis actionib. (*c*) Ley 6 Cod. Familiæ erciscund. (*d*) Valasc. de Partit. c. 27 n. 10.

bre, ó tránsito, pues qualquiera de sus herederos está obligado insolidum á concederle y dar la caucion referida. Tambien se ha de proceder por caucion de indemnidad entre los herederos en la promesa penal hecha por el difunto, de que si v. gr. dentro de un año no pagáre cierta suma, satisfará tanto en pena; en cuyo caso para eximirse de esta no basta que uno de los herederos pague su parte, pues ó todos han de satisfacer todo el débito, y uno por sí y por ellos, y en su defecto no se libertarán de la pena, porque al acreedor compete accion insolidum contra todos. (a)

50 Queriendo todos los herederos el fundo, casa, viña, olivar ú otra cosa raiz, ó mueble de estimacion que hay en la herencia, y no conformándose en quien la ha de llevar, ó cómo se ha de dividir, si admite cómoda division, se ha de partir igualmente, ó á proporcion de la institucion. Si no la admite, se ha de aplicar enteramente á uno, y este ha de pagar en dinero á los coherederos las porciones que les podian tocar en ella, precedida su justa tasacion, á lo qual le puede condenar el Juez. Resistiéndose cada uno á llevarla en estos términos, sea porque no se pueda dividir cómodamente, ó por no tenerle cuenta, ó por otro motivo, ha de mandar que se sortee, y aquel á quien toque, no se debe excusar de admitirla con dicha responsabilidad, ó sin ella en caso de caberle; ó si no, hará que se venda entre ellos, y la aplicará al que dé mas por ella, y que deducida su parte entregue el resíduo y se divida entre los demas, ó que se venda á un extraño, si no quieren comprarla, ó no dan su justo precio, ó aunque uno le ofrezca, si dice que por su indigencia no puede aprontarle, y aplicarles el que dé el extraño; pues todo depende del prudente y arreglado arbitrio del Juez para evitar disensiones entre los partícipes. (b) Estos modos de hacer particion de cosa individua, ó de la que rehusan tomar en pago de su haber, por pretextar se les perjudica, son los mas freqüentes; pues aunque no está reprobado, no se

(a) Valasc. desde el n. 10. cit. hasta el fin. (b) Leyes 10 tit. 15 P. 6 y 2 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real.

usa regularmente el de que el hermano mayor en edad haga las porciones, y los menores elijan, como lo practicó Abrahan con Loth para evitar las freqüentes contiendas que los pastores de sus ganados tenian, por estar pro indiviso; (a) y como se halla dispuesto en el derecho canónico, quando dos Obispos discuerdan sobre la division de parroquias, (b) en cuyo caso el mayor divide y el menor elige. Pero si uno de los herederos intenta que se subaste la cosa que no tiene cómoda division, tal vez por no acomodarle llevarla, ó por no tener para pagar al coheredero su parte, ó por hacerle mala obra, y este lo resiste y aprontа en dinero la porcion líquida que corresponde al otro, debe ser oido, y no ha de procederse á la subasta, ni causársele estos perjuicios y gastos; por manera que si el Juez no defiere á ello, puede apelar, pues cumple el coheredero con entregar á su consocio su parte líquida en dinero á justa tasacion, que es á lo que se le puede obligar.

51 Aunque la jurisdiccion es indivisible y por esto pertenece in solidum á los mayores en edad que la tienen, sin embargo quando hay muchos pueblos comunes de la herencia con jurisdiccion, se ha de dividir y adjudicar separadamente cada uno con ella, para que cada heredero la use con independencia de los demas, (c) y de esta suerte no tendrán que alternar anualmente, como si se dexase pro indiviso, pero si es de mas valor el que se aplica al uno que el del otro, debe mandar el Juez que el primero satisfaga en dinero el exceso al segundo, y le puede compeler á ello. (d)

52 Si en la herencia hay un pueblo solo con jurisdiccion, puede dividirse con ella, porque así como el pueblo se divide realmente, así tambien la jurisdiccion inherente á él, (e) sino es que por esta division se multiplique la jurisdiccion y tribunal, pues entónces no podrá dividirse sin consentimiento superior y urgencia de la causa pública, excepto en los feudos, ducados, conda-

(a) Genes. cap. 13 v. 9. (b) Cap. 1 de Parrochiis, et alienis Parrochianis. (c) Aimon Cravet. consil. 264 n. 6 al fin vol. 2. (d) Morquech. de Divis. lib. 1 c. 5 n. 5. (e) Ley 19 §. fin. ff. Communi dividund.

dos y otros semejantes, los quales aunque propiamente no se pueden dividir, sí el uso y la administracion anexa á ellos. (a)

53 Quando los dueños jurisdiccionales tienen partes iguales en la jurisdiccion de algun pueblo y discuerdan en el exercicio de ella, deben ser compelidos á concordarse, ó á dividir alternativamente su uso por años ó á elegir de acuerdo un Juez que la exerza; (b) y si tienen partes desiguales, lo deben ser tambien á hacer unánimes la eleccion, ó sino, á nombrar cada uno por el tiempo que le toca, v. gr. el que tiene ocho partes, por ocho meses, y el que quatro, por quatro, &c. (c)

54 Si el testador tomó dinero á censo ó renta vitalicia, y vive el pensionista ó alimentario, debe el partidor dexar el capital recibido en uno de sus herederos por via de depósito con cargo de subministrar la renta anual al pensionista ó alimentario y con la condicion expresa, de que si este viviere tanto que consuma el capital y perciba mas que su importe, ha de poder repetir y exígir el heredero de los coherederos el exceso que le pague á prorata, deduciendo la parte que como á uno de ellos le corresponda satisfacer; y de que si por el contrario muriese ántes que se consuma el capital, comunicará á los demas el sobrante, con lo qual nadie queda perjudicado.

§. IV.

Cómo se ha de dividir la finca enfitéutica.

55 Viene tambien al juicio divisorio la finca enfitéutica hereditaria, (d) y así pueden los herederos dividirla aplicándola proporcionalmente á cada uno segun su haber, ó enteramente á uno solo con obligacion de dar á los otros la estimacion ó valor de sus partes; y no necesitando de requerir al señor del dominio directo, si la quiere por el tanto, por ser la division una enage-

(a) Riminald. consil. 57 n. 4 (b) Morquech. nn. 3 y 4. (c) Morquech. nn. 7 y 8. (d) Valasc. de Partit. c. 25 nn. 1, &c. y 7.

nacion necesaria y no voluntaria, de suerte que por la falta de dicho requerimiento no cae la finca en comiso, ni por la division se debe laudemio, (a) excepto que en la escritura primordial del enfitéusis se haya estipulado lo contrario.

56 Tambien tiene lugar lo expuesto, quando el enfitéusis se concedió á muchos con pacto expreso de que el uno sucediese al otro, ó de que hubiese entre ellos derecho de acrecer; pues en este caso pueden dividirle igualmente en la forma expuesta, sin riesgo de que caiga en comiso, ni necesidad de requerir al señor, porque no hay persona nueva á quien este no conozca, ni haya admitido; y aun enagenar sus partes, porque esta no es propiamente enagenacion sino una anticipada renuncia de su derecho. (b)

57 Enagenando alguno de los herederos del enfitéusis perpetuo la parte que le tocó, sin requerir primero al señor del dominio directo, si la quiere por el tanto, se ha de distinguir: ó estaba en posesion de la finca y en virtud de la enagenacion la entregó al comprador, ó no: si lo estaba, cayó solamente en comiso la parte enagenada, (c) porque esta pena es legal, y la ley castiga únicamente á quien delinque: si no lo estaba, ni entregó la finca, no tiene lugar el comiso. (d)

58 Las mejoras hechas en la finca enfitéutica son propias del que las hace, por ser cosa distinta del enfitéusis, y así las puede legar, donar y enagenar, por lo que si el enfitéusis es perpetuo, vendrán todas á la particion, y aquel en quien quede, ó se encabece el derecho y finca enfitéutica, tendrá que satisfacer en dinero á los coherederos la porcion que les corresponda de las mejoras, las quales se tasarán juntas con el derecho enfitéutico y no separadas de él, porque es individuo, (e) segun se practica.

(a) Guerreir. de Divis. lib. 2 c. 8 nn. 118 y 119. (b) Valasc. nn. 10, &c. y 17. (c) Tiraquel. 1. Retract. §. 23 glos. 1 n. 208. (d) Valasc. de Partit. c. 25 n. 36 al fin. (e) Valasc. de Partit. cap. 26 nn. 23 y 24. Sobre quando el enfitéusis, sea eclesiástico, secular ó mixto, es hereditario, partible y transmisible, y ha de suceder en él varon y no hembra, y

59 Dúdase, si perteneciendo á memoria ó capellanía el enfitéusis, y liberando el dueño del dominio útil su finca afecta á él por tres laudemios, y el duplo capital del cánon ó pension anual con arreglo al auto acordado del Consejo sobre los censos perpetuos de esta Corte, inserto en el n. 88 c. 11 de la primera parte: á lo pactado en la escritura de su creacion, ó en defecto de pacto á la costumbre del pueblo, podrá el Capellan quedarse con los tres laudemios, ó á lo ménos con uno, como quando se celebra venta de la finca, le percibe y hace suyo: ó deberá imponer todo el importe de ellos con el duplo capital á favor de la memoria ó capellanía. Para desvanecer esta duda ha de considerarse, quién es el dueño del enfitéusis, si la memoria ó el Capellan; como tambien si los laudemios son renta ó fruto de ella. En órden á lo primero debo decir que la memoria es la dueña, y el Capellan un mero usufructuario con el gravámen de cumplir sus cargas de la renta de sus fincas, y así no compete á este el derecho de tanteo ni el de conceder licencia para la venta, no obstante el abuso que la ignorancia y falta de discernimiento han introducido, ni tampoco el de apoderarse de la finca por comiso, si el enfitéuta no paga en tres años la pension, pues todos estos derechos como peculiares y privativos del señor del dominio directo en fuerza de la reserva que hizo de ellos para sí y sus sucesores en la escritura de dacion á enfitéusis, tocan á la memoria, la qual en virtud de la translacion de dominio que le hizo el fundador dueño del enfitéusis, se constituyó dueña, se subrogó en su lugar, y le sucedió en ellos. En órden á lo segundo, digo que estos laudemios y duplo capital no son renta ó fruto de la finca de la memoria sino precio y valor en que se estima el derecho de percibir anualmente el cánon, el de apoderarse de ella, si el enfitéuta no le paga en tres años, y el de tantearla, ó en su defecto conceder licencia para la venta y percibir el laudemio que por esta se causa; de suerte que el importe de estos derechos junto con el duplo capital se subroga como

otras cosas concernientes á este asunto, véase á Valasco de Jure emphiteutic. y á Morquech. de Divis. bonor. lib. 1 c. 6.

equivalente en ellos, y pagándole el enfitéuta, se constituye dueño de todos y del solar, consolidando el dominio directo de que carecia, y de que son privativos, con el útil que tenia. Si se me replica que quando hay venta, percibe el Capellan el laudemio que se causa por ella, y que así debe quedarse con uno á lo ménos en el caso propuesto; como asimismo que aun quando se quede con los tres, son beneficiados la memoria y Capellanes, aquella en tener un duplo capital que no tenia, y estos en percibir anualmente doble renta; responderé que el laudemio que el Capellan percibe, quando hay venta, es fruto ó renta que suple y compensa la falta de la competente pension anual que el enfitéuta debia y pagaria por el solar, si le tuviera arrendado, y así quedan vivos é ilesos enteramente los expresados derechos á favor del señor: que por el contrario en el presente caso se extinguen para siempre, de modo que ya ninguno tiene para percibir mas laudemios; y esta privacion de su percibo, y de usar del comiso y tanteo se le resarce con el capital que se forma de ellos y su valor, y con la mayor renta anual que produce, la qual se juzga igual al cánon y laudemios que ántes de extinguirse se pagaban; y que de quedarse con ellos el Capellan, en cuya vida se consolidan ámbos dominios, é imponer solamente el duplo capital, ó este y dos laudemios, léjos de beneficiar á la memoria y Capellanes sucesores se les perjudica: á la memoria, porque se le defrauda parte del capital correspondiente á los derechos que gozaba; y á los Capellanes, porque se les priva de percibir laudemios los que ántes podian superar mucho no solo á los actuales réditos del duplo capital sino tambien á los de el de los tres, si eran muchas las ventas que se celebraban en sus vidas, y mas se debe mirar al beneficio de la memoria y su conservacion, y Capellanes sucesores que al privativo del que quiere lucrarse en su detrimento; mayormente quando por la imposicion del duplo capital y tres laudemios se reintegra con sus réditos anuales del laudemio que dexa de percibir por aquella vez, y goza mayor renta que ántes. Lo propio se ha de decir por la misma razon, quando el enfitéusis pertenece á mayorazgo.

CAPÍTULO III.

De las deducciones llamadas comunes ó generales que se deben hacer del caudal inventariado.

§. I.

Cómo y por qué órden se han de baxar del caudal inventariado la dote y bienes parafrenales de la muger, y en concurrencia de dos ó mas dotes, qual se ha de deducir primero.

1 Son muy considerables los perjuicios que algunos partidores causan á los herederos en sus particiones, por ignorar el modo de hacer las deducciones generales y particulares, y no dar á cada una el lugar correspondiente. Así pues, para que el partidor principiante se instruya á fondo en materia de tanta importancia y no los cause debo decir, que así como en la sociedad convencional para saber si hay utilidad, ó pérdidas, es indispensable separar previamente, como se separan, del cúmulo de todo el caudal los bienes, capital ó fondo que cada socio puso, ó su importe, y las deudas contraidas durante ella con motivo del negocio sobre que se estableció, porque quando se contrae simplemente entre algunos, se entiende de los bienes futuros y no de los capitales, á ménos que especial y expresamente pacten lo contrario: así tambien en la conyugal que regularmente se equipara á la convencional, se deben deducir ante todas cosas del cuerpo del caudal inventariado los que ámbos cónyuges llevaron á la compañía que celebraron con el matrimonio, (sea al tiempo de casarse, ó miéntras estuvieron casados, por haberlos heredado, ó adquirido por otro título lucrativo de algun pariente ó extraño) ó el importe de ellos y las deudas causadas en su tiempo, porque de otro modo es imposible averiguar, si hay ó no gananciales.

2 Enterado el partidor del inventario y demas papeles concernientes á la particion que ha de evacuar, sea

de uno, dos, ó mas matrimonios, conviene que con toda claridad y fidelidad haga suposiciones de lo que resulte de todos por su órden cronológico, y que exprese en la última quanto importa el caudal y el modo de dividirle, para que los interesados sepan lo que se tuvo presente, qué motivo hubo para su distribucion y deducciones, en qué términos se hicieron, y si fueron ó no arregladas; y vean asimismo en sus hijuelas, ó adjudicaciones, como que se deben insertar en ellas, los fundamentos en que se afianza la division, y si se les perjudicó, ó no en su haber, pues las suposiciones, aunque no son esenciales en la particion, dan una clara idea é instruccion de todo.

3 A continuacion de las suposiciones debe el partidor formar cuerpo del caudal, poniendo su total por clases y por mayor, v. gr. en tierras tanto, en viñas tanto, en madera tanto, en ropa blanca tanto, en ropa de seda tanto, &c. como se verá en los exemplares puestos al fin del lib. 2; y no ha de copiar el inventario; pues á mas de ser esto inútil, porque los bienes que contiene, se reparten entre los interesados, á quienes basta saber á quanto ascienden, qué deducciones se hacen de ellos, por qué y cómo, y qué es lo que les toca y en qué especies con individualidad; se les originan gastos infructuosos que debe evitarles, sino hay motivo especial para lo contrario.

4 Formado el cuerpo del caudal en dichos términos ha de hacer de él el partidor las deducciones correspondientes. Lo primero que debe baxar es la dote, legítima y verdadera que la muger acredite legalmente haber llevado al matrimonio y entregado á su marido, (sean legítimos, ó extraños los herederos) por dos razones: la una, porque no solo es fondo, ó capital suyo puesto en la sociedad conyugal para su incremento, sino tambien deuda contra los bienes de su marido y preferida á todas las que este contraxo constante el matrimonio; y la otra, porque aunque no haya gananciales, está obligado á restituírsela de los suyos propios (*a*) regularmente hablando. Pero esto no procede, quando el mismo marido devolvió á su

(*a*) Ley 33 tit. 13 P. 5.

muger la dote, porque no tiene prohibicion de pagar en vida la deuda el que se halla obligado á satisfacerla de sus bienes despues de muerto, y miéntras vive, puede prevenir y hacer voluntariamente lo que por disposicion suya habia de practicarse despues de su fallecimiento, sin que por efectuar la entrega se deba decir que son defraudados sus hijos en los frutos dotales que habria percibido su padre á no haber hecho la restitucion: pues este carece tambien de ellos, y ningun derecho le precisa á conservarla en su poder, ni á adquirir frutos por custodiarla, si le incomoda su conservacion y custodia, ni tampoco á recibirla sino quiere. (*a*)

5 Si la muger llevó al matrimonio bienes muebles, como ropas, menage de casa, alhajas de plata ú oro, y diamantes: ó semovientes, como ganados, sean ó no productivos: ó que consistan en número, peso ó medida, como trigo, vino, aceyte ó dinero, &c. y al tiempo de casarse se valuaron con estimacion cierta que causó venta, y el marido se obligó á la entrega de su precio, disuelto el matrimonio; como que se le transfirió irrevocablemente su dominio, y como dueño pudo disponer de ellos á su arbitrio, es de su cuenta el incremento, pérdida ó menoscabo que despues de celebrado su casamiento, y no ántes padezcan, aunque no haya tenido culpa; por cuya razon, y porque es deudor de la cantidad á que asciendan, por haberse obligado así, y no de los mismos bienes, aun quando perezcan por incendio ú otro caso fortuito, ó no esten deteriorados, debe restituir de su propio capital, sino hay gananciales, el mismo precio á su muger, la qual no puede ser compelida á recibir los bienes ni otros por ellos, (*b*) sino quiere y hay dinero.

6 Mas esto no tiene lugar, quando se pacta otra cosa en la escritura de dote, á la qual debe arreglarse el par-

(*a*) Escobar dice (de Ratiociniis Computat. 18 n. fin.) que quando por empobrecer el marido, ó imposibilitarse de administrar la dote, se entrega á la muger para que la administre, no se le confieren facultades para disponer de ella á su arbitrio sino para que la cuide como un curador, y sostenga con sus frutos las cargas matrimoniales. (*b*) Leyes 18, 19 y 20 tit. 11 P. 4. Covar. Pract. cap. 28.

tidor para hacer á la muger ó á sus herederos la adjudicacion y pago, porque segun se obligue el marido, queda obligado; (a) en cuya atencion aunque se hubiesen apreciado los bienes, si se estipuló que disuelto el matrimonio habia de volverlos, segun estuviesen, ó su estimacion á eleccion suya, y eligiese volverlos, será de cuenta de la muger su deterioro, no probando que su marido tuvo la culpa de él, ó no habiendo recibido este en sí todo el daño que acaeciese en ellos. (b) Si se obligó á restituir los mismos bienes y hubiesen perecido ó destruídose algunos, bastará que entregue otros á justa tasacion, ó que supla con otros su deterioro, y no estará obligado á su estimacion en dinero, ni la muger tendrá accion para pedirle; y si se hizo de ellos un aprecio que no causó venta, y solo por saber su valor, no se le transferirá su dominio como en el caso anterior, ni por consiguiente será de su cuenta su incremento, pérdida ó menoscabo.

7 Pero si el marido no dexó dinero, no estan obligados sus herederos á pagar en él la dote, ni en otros bienes que en los de la herencia, en los quales recibirá la viuda su importe á justa tasacion; (c) ni consistiendo la dote en muebles se les puede compeler á malvenderlos, por darle dinero que no llevó al matrimonio, puesto que ningun perjuicio se le causa: tanto mas que si aun el mismo deudor no puede ser compelido, y ántes bien cumple con dar otros equivalentes á arbitrio del Juez, como lo dispone una ley de Partida, (d) con mayor razon sus herederos que aunque le suceden en todas las acciones y obligaciones, no contraxeron la de restituir en dinero la dote. Así que, este punto se dexará al arbitrio del Juez, como lo advierte Gregorio López, (e) pues nunca dan ni con mucho por los bienes muebles el precio de su tasa, y el marido sale perjudicado siempre en ella.

8 En qualquiera cantidad que se pruebe haber habido

(a) Ley 2 tit. 16 lib. 5 R. (b) Ley 18 al fin tit. 11 P. 4 verb. E si quando. (c) Ley 3 tit. 14 P. 5 y su glos. 2. (d) La 3 citada donde se dice. "Pero si acaeciesse que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometiera, bien puede darle entrega de otras á bien vista del Juzgador." (e) Glos. 2 de dich. ley 3.

lesion y engaño en la valuacion de los bienes dotales, puede pedir el agraviado que se le indemnice, aunque no exceda ni llegue á la mitad del justo precio, como es necesario en las ventas y otros contratos. Así lo dispone la ley 16 tit. 11 P. 4. "E si la dote fuesse apreciada, segun que es sobredicho, é la apreciassen por mas, ó por menos de lo que valiesse, si se sentiera por engañado alguno dellos, puede demandar que sea desfecho el engaño, tambien el que dá la dote, como el que la recibe. E esto se entiende que debe ser guardado en la dote tan solamente. Ca en quanto quier que sea fecho el engaño en mas, ó en menos de lo que vale la cosa, siempre deve ser desfecho, mostrando el engaño, segun que es dicho, aquel que se tiene por engañado. Mas esto non es en los otros pleytos. (*pactos ó contratos*) Cá non es tenudo (*obligado*) de desfacer el engaño el que lo ficiesse: fueras ende si montasse mas, ó menos de otro tanto del precio derecho que valia la cosa." Esta ley no señala término para usar de su privilegio, y así parece que se podrá hacer en qualquier tiempo que se advierta el engaño, acreditándose y existiendo las cosas dotales.

9 Si aunque se hubiesen valuado los bienes, no causó venta su aprecio, por constar haberse hecho solamente para saber su valor, por si al tiempo de la disolucion del matrimonio se habian muerto, consumido ó deteriorado por culpa del marido; se ha de distinguir: si los bienes consisten en número, peso ó medida, debe restituir otros tantos de la misma calidad, especie, bondad, peso, medida y número, ó el valor que tengan otros iguales al tiempo de la disolucion del matrimonio, porque se le transfirió su dominio no obstante el aprecio; (*a*) pero siendo de otras especies ó ganados, pertenece á la muger el incremento ó decremento que experimenten, porque no se transfirió al marido su dominio, y así no habiendo gananciales no debe responder de ellos, con tal que pruebe no haber tenido culpa en que pereciesen, ó se

(*a*) Ley 21 tit. 11 P. 4. Covar. (pract. q. cap. 28) trata de los casos en que causa ó nó venta el aprecio.

deteriorasen; pues no probándolo, está obligado á satisfacer su pérdida, menoscabo ó perjuicio con otros bienes equivalentes, mediante á que es un administrador de los bienes dotales, y por su administracion estan obligados tácitamente los suyos propios; (*a*) bien que si hay gananciales se deducirán de ellos no como dote sino como fondo puesto en la sociedad que debe separarse ántes que se dividan las utilidades: lo qual se practica como justo y razonable en estos reynos de Castilla (*b*) así en este caso como en los precedentes.

10 Habiéndose entregado sin aprecio al marido bienes que consistian en número, peso ó medida, los quales se consumen con el uso, le pertenecen tambien su incremento y decremento, porque sin embargo de no haberse valuado se le transfirió su dominio; pero en este caso debe restituir á su eleccion otros tantos en número, especie, medida, peso y calidad, ó el precio que tengan al tiempo de la disolucion del matrimonio, y no el que tenian al de su recibimiento y celebracion de este, valiesen entónces mas varatos ó mas caros, (*c*) por lo que no habiendo gananciales le pagará de sus propios bienes; aunque esto se ha de entender, quando se obligó en dichos términos, pues si su obligacion se circunscribió solamente á volver otros tantos de la misma especie y bondad, deberá cumplirla, esten mas caros ó mas varatos.

11 No consistiendo en número, peso, ni medida los bienes dotales entregados sin aprecio sino en otras clases ó en ganados no productivos como bueyes, carneros, &c. toca á la muger su incremento, pérdida ó deterioro, de suerte que no habiendo gananciales cumple su marido con entregar los existentes, segun se hallen, y no debe responder con su capital de los perdidos, consumidos ó menoscabados sin su culpa; (*d*) pero habiendo gananciales se deducirá de estos lo que valian, no como dote sino co-

(*a*) Greg. Lóp. ley 17 tit. 11 P. 4 glos. 2. Góm. en la 50 de Toro n. 43. (*b*) Mont. ley 1 tit. de las ganancias lib. 3 del Fuero Real. Greg. Lóp. en la 18 tit. 11 P. 4 glós. 3 al fin. (*c*) Ley 21 tit. 11 P. 4. Góm. n. cit. vers. Limita tamen. Ayor. de Partit. part. 1 cap. 7 nn. 9 y 10. (*d*) Leyes 18 y 21 tit. 11 P. 4.

mo fondo puesto por la muger en la sociedad, (a) regulándose prudentemente su valor segun costumbre de estos reynos de Castilla. Si los ganados son productivos como cabras, ovejas, vacas, yeguas, &c. ha de reemplazar con los hijos ó crias que procreen, otras tantas cabezas como perecieron de sus madres, (b) haya llevado pocas ó muchas reses; pues aunque por derecho comun está dispuesto que llevando la muger manada ó rebaño de ellas, haga su marido el reintegro de los muertos con otros tantos hijos, y que no siendo manada sino ménos de diez los pierda la muger; (c) como la ley 21 tit. 11 P. 4 que debemos seguir, no distingue, no debemos distinguir tampoco; por lo que, lleve ó no rebaño, ha de hacer la restitucion y reemplazo con los hijos, segun se ha expuesto. Sino hubiere hijos ni gananciales, será de cuenta de la muger su pérdida, y no los pagará el marido de su capital; pero habiendo gananciales, aunque no haya crias, sacará de ellos su valor como fondo de la sociedad y no como dote, (d) que es lo que se practíca. Si no hay crias de estos ganados no apreciados que la muger llevó en dote, ó heredó, mas sí otros gananciales, sacará el valor que tenian, quando se murieron, y no otras tantas cabezas, porque en la obligacion de restituir la cosa, si perece, sucede en su lugar la restitucion de su estimacion; (e) y así no tendrá derecho á pedir lo que valdrian al tiempo de la particion, si vivieran, porque despues de muerta la cosa no puede tener incremento ni decremento; ni tampoco el valor que tenian, quando los llevó al matrimonio, porque hasta que murieron, fueron suyos. (f)

12 Habiendo vendido el marido los bienes dotales no estimados para pagar el débito contraido constante el ma-

(a) Ley penúlt. tit. 10 P. 5. Greg. Lóp. en la 18 tit. 11 P. 4 glos. 3, 4 y 8. Góm. en la 50 de Toro n. 69. Gutier. lib. 2 Practicar. q. 95 n. 16. (b) Ley 21 cit. verb. Pero si acaesciese. Ayor. dich. cap. 7 n. 10. (c) Ley 21 ff. de Legat. 1 § 18 Instit. del mismo tit. leyes 7 ff. Solut. matrim. y 70 ff. de Usufruct. (d) Ayor. part. 3 q. 30 n. 104 cerca del fin. (e) Leyes 68 ff. de Reivindication. y 8 y 14 § 2 ff. de Condition. furtiv. (f) Ley 8 § 5 ff. Solut. matrim.

trimonio ú otro suyo que tenia ántes de casarse, parece que su muger podrá pretender otros tantos ó su estimacion, especialmente si hizo la venta contra la voluntad de ella, porque contra el poseedor de mala fé que vende lo ageno, se da esta eleccion al dueño; (*a*) pero sin embargo no tiene la muger tal derecho, ni su marido estará obligado á satisfacer mas que el precio que recibió por los expresados bienes, pues no es poseedor de mala fé, porque tiene la administracion legítima de ellos. (*b*)

13 Y para que el partidor no dude, quando toca al marido el deterioro ó pérdida de los bienes dotales no estimados, debo decir que es de su cuenta y debe pagarle en estos casos: quando se prueba que perecieron, ó se deterioraron por su culpa: (*c*) quando se obligó á satisfacerle: (*d*) quando fueron muebles que se vendieron y consumieron durante el matrimonio, ó se gastaron en servicio de su casa, excusando con ellos comprar otros precisos para ella; (*e*) y quando hay gananciales en el matrimonio, segun queda expuesto; pues así como aumentándose su valor extrínseco, se dividirá como ganancial el aumento entre ámbos cónyuges, así tambien si hay pérdida, se ha de deducir de ellos. El aprecio se ha de hacer segun lo que justamente valian al tiempo que la muger los llevó, y no al de su restitucion. (*f*)

14 He sentado que lo primero que se debe baxar del caudal inventariado, es la dote; pero Ayora (*g*) dice que esto se entiende, quando el marido la empleó, como era debido, en el fin para que se le dió, que fué el de sostener las cargas matrimoniales y aumentar con ella el caudal de la sociedad; pues si se prueba que la destinó á otros diversos fines como á pagar sus deudas, casar ó acomodar algun hermano ó hermana, &c. no se ha de dedu-

(*a*) Ayor. part. 3 q. 30 cit. n. 106 al principio, y 107 vers. Pero si el ganado. (*b*) Ley 9 Cod. de Reivindication. Ayor. n. 107 cit. vers. Sed in casu præmisso. (*c*) Ley 18 tit. 11 P. 4. (*d*) Ley 18 cit. al fin. (*e*) Góm. ley 50 de Toro nn. 43 y 44 al fin. Ayor. part. 1 cap. 7 n. 6. (*f*) Escobar de Ratiocin. c. 17 q. 24. (*g*) Part. 1 cap. 7 n. 13 vers. Item se ha de entender.

cir del cuerpo del caudal habiendo gananciales, porque seria perjudicada su muger en la mitad de estos, con los quales se la pagaba; y que así lo que habiéndolos se debe practicar, es baxar las deudas contraidas constante el matrimonio, luego partir los gananciales, y del total que toque á su marido, satisfacerle su dote, porque si la hubiese empleado, como debia, hubiera adquirido mas utilidades; y respecto haber privado á su muger de estas, y destinado la dote á usos agenos de la sociedad conyugal, no es justo que por esta causa sea defraudada en lo que le debe corresponder. Mas sin embargo yo dudo de la solidez de esta opinion: lo primero, porque ninguna ley lo ordena: lo segundo, porque el marido no está obligado precisamente á adquirir gananciales, y sí solo á que si los adquiere, no cometa dolo por defraudar en su parte á su muger; fuera de que el adquirirlos ó haber pérdidas es casual, y así no por emplearlos en la sociedad ha de haberlos forzosamente: lo tercero, porque la dote no se entrega al marido para que adquiera utilidades con ella, sino para que le ayuden sus frutos á sostener las cargas matrimoniales, lo qual no sucede en la sociedad convencional, cuyo fondo es para adquirirlas con él y con la industria: lo quarto, porque en la sociedad conyugal se hace regularmente el marido dueño del fondo que la muger lleva á ella y cumple con volver su importe, lo qual no puede decirse de la convencional, pues á ningun socio se transfiere el dominio del capital del otro en iguales términos; y lo quinto, porque estas dos sociedades se diferencian en muchas cosas, como diré mas adelante, y por tanto no se deben aplicar á ellas enteramente unas mismas reglas. Así que, no se debe seguir, ni se sigue la opinion de Ayora, y ántes bien se baxan la dote y capital con las deudas matrimoniales en su respectivo lugar, dividiéndose luego el residuo como bienes gananciales; pues si se siguiera, se defraudaria al marido, seria la muger de mejor condicion que él, y se enriqueceria con detrimento suyo.

15 Consistiendo el todo ó parte de la dote en créditos á favor de la muger, si su padre ú otro ascendiente es el

deudor, aunque el marido no los cobre, no está obligado á la responsabilidad de su importe, y ántes bien toca á la muger el riesgo ó pérdida que haya en su cobranza, porque los yernos é hijos no deben estrechar judicialmente á sus padres y suegros como á los que no lo son; (*a*) y lo mismo ha de decirse por la propia razon, quando el padre ofreció dote á su hija, y el marido no le apremió á que se la entregase: en cuyos casos aunque haya gananciales, no se ha de deducir lo no cobrado de los bienes propios del marido ni tampoco del cuerpo del caudal inventariado, y sí únicamente de este lo percibido, por ser lo mismo que sino lo hubiera llevado, ó no se le hubiera ofrecido; por lo que, ó no se ha de hacer mérito de ello, ó si se hace y pone por caudal, se ha de aplicar en vacío ó entrada por salida á la muger.

16 Pero no siendo ascendiente el deudor ó prometedor se ha de distinguir: ó la deuda es necesaria ó voluntaria: si es necesaria por proceder de venta ó empréstito de alguna finca ó alhaja de la muger, ó de contrato oneroso celebrado á su favor, ó porque su hermano estaba obligado y condenado á dotarla, (pues para el caso todos, excepto los ascendientes legítimos, se tienen por extraños) debe el marido satisfacérsela enteramente, si por su culpa ó negligencia no la exígió del deudor: (*b*) en cuya atencion no se ha de deducir del cuerpo del caudal lo que no cobró, sino de los bienes propios que le toquen, pues si se deduce de aquel, se paga á la muger de su parte de gananciales la mitad de lo no cobrado, en lo qual se le perjudica; si bien quedará al marido la repeticion contra el prometedor. Si la deuda es voluntaria, se distingue tambien: ó es cierta y determinada, como quando uno ofrece cierta alhaja, finca ó cantidad á la muger, esta la incluye en su dote, y el prometedor ratifica al marido la oferta: ó es de cosa indeterminada, v. gr. si ofrece dar á la muger alguna cosa ó cantidad, y dice al marido que le entregará lo que ofreció á su muger, sin señalarlo. En el primero de estos casos si el marido fuere negligente en co-

(*a*) Ley 15 t. 11 P. 4. (*b*) Ley 15 cit.

brar la deuda, y por esta omision diere lugar á que el prometedor se imposibilite de pagarla, debe satisfacerla de sus propios bienes á su muger, y no se deducirá del cuerpo del caudal por la razon expuesta; y en el segundo es de cuenta y riesgo de la muger la pérdida de la deuda, y á nada está obligado; (a) ni aun quando haya gananciales, se debe deducir del cuerpo del caudal ni del suyo propio, y se conceptuará la tal deuda como sino la hubiera, ó se le devolverá y aplicará segun la llevó.

17 Estan discordes nuestros AA. sobre si ocasionándose gastos al marido en cobrar la dote que consista toda, ó parte en deudas, la disminuirán aquellos, ó serán de cuenta del marido. Unos afirman que este debe sufrirlos y compensarlos con los frutos dotales: otros, que deben ser del cargo de la muger, y disminuir su dote; y otros conciliando las dos opiniones resuelven que los grandes se deben imputar á esta y los pequeños al marido. (b) Pero yo me conformo enteramente con la segunda opinion: lo primero, porque los frutos dotales se conceden al marido para sostener las cargas matrimoniales, y así los hace plenamente suyos concurriendo las tres circunstancias que la ley (c) prefine y explicaré en el n. 41: lo segundo, porque si la dote debe ser líquida y efectiva, de suerte que habiendo lesion en su tasacion se debe deshacer en qualquier cantidad que sea, como ya se ha sentado; una vez que haciéndose gastos para que lo sean las deudas, se desfalca, debe disminuirse y reducirse á lo justo é intrínseco que el marido percibió, mayormente quando es cosa inícua que restituya lo que sin culpa suya no entró en su poder: lo tercero, porque si haciendo el marido expensas necesarias en la finca dotal son de cuenta de su muger y puede repetirlas, (d) tambien lo serán los expresados gastos, puesto que son necesarios y que con ellos se mejora la dote: lo quarto, porque si perdiéndose la deuda por no cobrarla el marido, se le culpa de negligente y debe

(a) Dicha ley 15 y ley 33 ff. de Jure dotium. (b) Greg. Lóp. ley 15 cit. glos. 2 y otros que cita. Garcia de Expens. cap. 13 nn. 37 y sig. (c) La 25 tit. 21 P. 4. (d) Ley fin. tit. 11 P. 4.

responder de su importe, segun se ha expuesto; no puede haber razon para que haciendo gastos en su cobranza, por exemplo en pleytos, como regularmente acontece, hayan de ser de su cuenta y no disminuir la dote; y lo quinto, porque si marido y muger teniendo deudas contra sí, quando se casan, deben pagarlas de su propio caudal, porque esto ménos llevan al matrimonio, como diré despues: ¿qué razon de diferencia hay para que la muger no pague los gastos que en su utilidad hace el marido, y mas quando si ella los hubiera hecho ántes de casarse, disminurian su patrimonio, como que habian salido de él, y esto ménos llevaria en dote? ¿ó qué ley manda lo contrario, ó que los compense con los frutos? Estas poderosas razones tienen mayor fuerza, si la dote consiste en muebles y créditos, pues fuera de que ningunos frutos percibe el marido de ellos, mas suelen servirle de carga que de alivio, por quanto tiene que responder de su valor, si fueron estimados, y en venta nunca dan por ellos ni con mucho el importe de su tasa, ni perecen para la muger teniendo el marido con que reintegrarlos. Mas para obviar estas dudas y perjuicios al marido conviene que en la escritura dotal "se obligue á responder del importe líquido que cobre de ellos, deducidos los gastos judiciales y demas que se le causen en su exâccion, de que llevará cuenta puntual, y no en otra forma." Con esta cláusula se evitan disputas, y por la cuenta que lleve el marido, se arreglará el partidor para lo que se ha de abonar de gastos como dote líquida á su muger, y no habrá lugar á la compensacion de ellos con los frutos dotales: lo qual tendrá presente el Escribano para prevenírselo al marido, y poner con su anuencia dicha cláusula.

18 Aunque quien compra en su propio nombre alguna cosa con dinero ageno, la hace regularmente suya, y con la entrega adquiere su posesion y dominio quedando responsable por el dinero á su dueño; si el marido compra con voluntad, consentimiento y dinero que su muger llevó en dote alguna finca ó heredamiento, se transferirá á esta su dominio y no á su marido, y aquella se hará dotal, aun quando suene comprada en nombre del

mismo marido. Así lo dispone la ley 49 tit. 5 P. 5 cuyas son estas palabras. "De dineros agenos que tienen los omes á las vegadas, (*á veces*) compran para sí heredamientos, ó otras cosas que han menester, é porque dubdarian algunos, si aquella cosa que es así comprada, es de aquel que la compró, ó del otro, cuyos eran los dineros, querémoslo aquí decir, é departir. (*Explicar ó distinguir*) E decimos, que debe ser de aquel que fizo la compra en su nome. Fueras ende si tales dineros fuessen de Cavallero, que estuviesse en la corte del Rey, ó en otro lugar en su servicio: ó si fuessen de menor de veinte é cinco años, é el que ficiesse la compra, le tuviesse en guarda: ó si fuessen los dineros de alguna Eglesia, è el Perlado, è el que fuesse guardador á la sazon, ficiessen la compra: ò si fuessen los dineros de la dote de alguna muger, è su marido con voluntad della ficiesse la compra. Ca en tales casos maguer (*aunque*) el comprador compre la cosa en su nome, gana el señorío della aquel cuyos eran los dineros, que fueron pagados por el precio della. Pero en su escogencia es de cada uno dellos de tomar la cosa comprada, ó los dineros, qual mas quisiere." Lo mismo se ha de decir, si una cosa dotal se trocare por otra, pues esta se subroga en lugar de aquella, y se hace dotal, (*a*) por lo que el partidor debe aplicarla á la muger ó á sus herederos, y no otra por ella, caso que no quiera dinero, ó no le haya, segun lo practican los inteligentes; aunque en la sociedad convencional si el socio compra con dinero comun alguna cosa en su nombre, no se hace de la compañía, excepto que esta lo sea universal, ó de todos los bienes de los socios. (*b*) Si el marido compró la finca sin consentimiento de su muger, será dotal en subsidio, esto es, solo en el caso de que el marido esté insolvente; y lo propio milita comprándola con dinero no dotal que la muger le haya entregado; pero no siendo dotal el dinero, no se cons-

(*a*) Ley 11 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real. (*b*) Matienz. ley 8 tit. 11 lib. 5 glos. 4 n. 2. Lara Compend. vitæ hom. cap. 28.

tituirá dotal la finca, aunque la compre con consentimiento de su muger. (a)

19 No habiéndose hecho mejoras en estas fincas estimadas como dotales por la subrogacion, si al tiempo de la compra pactaron marido y muger que habian de ser para esta, y que ninguna utilidad ni pérdida habia de tener su marido, (pues pueden hacer este pacto (b) se le deben adjudicar por lo que costaron, valgan mas ó ménos, puesto que son suyas y que toca á su dueño el aumento intrínseco y diminucion de la cosa; (c) y si nada se pactó entre ellos, quando se compraron, se han de adjudicar por el valor que tengan: de suerte que si es mayor, cederá el exceso á favor de la sociedad conyugal, y si es menor, se completará á la muger el importe del dinero en esta especie, si le hay, y sino, en otra cosa de la herencia.

20 En concurrencia de dos dotes legítimas parece que se deberá deducir la primera ántes que la segunda, porque son créditos de igual naturaleza y privilegio, y el que es primero en tiempo, lo es tambien en derecho; aunque los bienes dotales conocidos de la segunda que exístan, como esta conserva su dominio, y aunque se hayan dado apreciados al marido, no perdieron por su valuacion la naturaleza y privilegio de dotales, se le aplicarán como suyos, y nada llevará de ellos el heredero de la muger primera. (d) Esto es incontrovertible, quando el marido no dexó bienes suficientes para completar ámbas dotes, y los interesados en ellas tratan sobre prelacion; pues aunque haya gananciales conocidos adquiridos en el segundo matrimonio, como todos se contemplan del marido, y hasta que fallece, no adquiere su muger dominio irrevocable en ellos, quando puede adquirirle, no le adquiere por hallarse sujetos á la responsabilidad de la dote primera, y así debe ser preferida á la segunda en bienes no conocidos de esta. (1)

(a) Greg. Lóp. ley inserta glos. 7 y 8. Góm. en la 50 de Toro n. 36. (b) Palac. Rub. in Rubr. §. 63 vers. Limitabis ista primo. (c) Leyes 6 y 9. Cod. de Pignorat. action. (d) Ley 33 tit. 13 P. 5.

(1) La mitad de los gananciales del segundo matrimonio no puede

21 Pero tratando de division por muerte del marido, si este dexó bienes con que reintegrar ú sus mugeres de su respectivo haber, y tambien gananciales adquiridos en el segundo matrimonio, se debe distinguir, si la muger segunda renuncia, ó no los gananciales, y si el marido llevó ó no quando se casó con ella, bienes equivalentes á la dote primera, ó ningunos: si los renuncia, y se contenta con su dote y arras en caso de habérsele prometido, lo mismo es deducirla ántes que despues de la primera, y haya llevado ó no bienes á su poder el marido, porque como hay suficientes para ámbas, á ninguna se agravia. Si quiere la parte que le corresponde en los gananciales, deben distinguirse quatro casos, para instruir perfectamente al partidor principiante, evitar que incurra en errores perjudiciales, desvanecer la confusion con que hablaron los AA. de particiones sobre este punto, y explicar lo que omitieron.

22 El primer caso es, quando el marido llevó algunos bienes al segundo matrimonio, pero no los suficientes para cubrir la dote y demas haber de la primera muger, haya habido ó no gananciales en el de ella. En este caso se deben baxar del cuerpo del caudal inventariado ante todas cosas la dote segunda, despues las deudas contraidas durante el segundo matrimonio, y no otras anteriores, y deducidas estas partidas, como tambien lo que el marido llevó á él, se verá qué gananciales quedan, y se aplicará la mitad de ellos á la segunda muger con su dote y demas haber llevado á poder de su marido. Hecho es-

ser responsable á la dote del primero, porque la muger adquiere verdaderamente el dominio de aquellos aun en vida de su marido no ménos que este, y los bienes propios de una persona no deben estar sujetos á ninguna responsabilidad por las deudas de otra sino en virtud de algun pacto, ó de alguna ley que lo disponga. "Como quier que el Derecho diga (dice la ley 1 tit. 9 lib. 5 R.) que todas las cosas que han marido i muger, que todas se presumen ser del marido hasta que la muger muestre que son suyas; pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido i muger son de ámbos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente, i ansi mandamos que se guarde por ley." Y la ley 2 sig. dice asimismo. "Toda cosa que el marido i la muger ganaren, ó compraren estando de consuno, ayanlo ámbos por medio."

to, se unirá la otra mitad al caudal que este puso en la sociedad, y de todo su importe se deducirán el haber de su primera muger, las deudas propias que el marido tenia ántes de casarse segunda vez, y las arras de entrámbas, si las hubo, y el residuo será caudal paterno partible entre los hijos del marido habidos en ámbos matrimonios segun su arreglada voluntad como herencia paterna. (a) Por exemplo, todo el caudal que dexó el marido, asciende á 400ℐ reales: el que llevó al segundo matrimonio, fueron solamente 30ℐ no obstante importar 100ℐ la dote de la primera muger que no estaba pagada. La de la segunda importa 50ℐ, y las deudas contraidas en su matrimonio con esta 20ℐ. Se forma la cuenta de esta suerte: 50ℐ de la dote segunda, 20ℐ de las deudas de este matrimonio, y 30ℐ que llevó el marido, componen 100ℐ, y deducidos de los 400ℐ resultan de utilidad 300ℐ, cuya mitad son 150ℐ que agregados á los 50ℐ de la dote segunda, suma el haber de la segunda muger por dote y gananciales 200ℐ reales, y quedan otros 200ℐ para satisfacer lo que el marido llevó al segundo matrimonio, (que era parte de la dote primera) las deudas que tuviese ántes de casarse segunda vez y las contraidas en el segundo, y asimismo el resto de la primera dote y algunos gananciales: por lo que despues de satisfechos los 20ℐ de las deudas del segundo matrimonio, y los 100ℐ de la primera dote hay de caudal paterno 80ℐ reales: de los quales se sacarán las arras de ámbas mugeres, si las hubo, y las deudas particulares que el marido tuviese quando se volvió á casar, y el remanente será legítima de los hijos de ámbos matrimonios; pues de deducirse íntegros los 100ℐ de la dote primera en lugar de los 30ℐ que el marido llevó al segundo matrimonio, quedaria desfalcada injustamente la segunda muger en 35ℐ, mitad de los 70ℐ que desde los 30ℐ hasta los 100ℐ hay de diferencia; y de baxarse los 30ℐ y tambien los 100ℐ se le causaria mayor agravio, que seria el de 50ℐ reales ménos de gananciales.

(a) Escobar de Ratiocin. computat. 8. Ayor. part. 1 cap. 7 n. 2. Garcia de Expens. cap. 13 n. 13.

23 El segundo caso es, quando el marido no llevó ningunos bienes al segundo matrimonio, constan el haber de la primera muger, y los gananciales adquiridos durante el suyo, y despues de cubiertas ámbas dotes y lo demas correspondiente á la primera por todos sus derechos, resultan otros gananciales adquiridos en el segundo. En este caso se han de deducir únicamente del cuerpo del caudal la dote de la segunda muger y las deudas contraidas en este matrimonio, si las hubiese, y el resto del caudal inventariado será partible por mitad como gananciales entre la viuda é hijos del primer matrimonio, los quales tomarán parte por razon de la dote y demas haber de su madre como deuda contra su padre, á que era responsable, y parte por herencia paterna, si deducida la dote y demas deudas propias de su padre, y las arras de la segunda en caso de haberlas, sobrare algo; pues seria cosa iniqua que habiendo contribuido á la adquisicion de los gananciales, y no habídolos tal vez en el primer matrimonio, se le defraudasen por utilizar á los hijos de la muger anterior, una vez que hay caudal para todo. (a)

24 El tercer caso es, quando el marido llevó al segundo matrimonio bienes bastantes para cubrir el haber de los hijos de la primera muger existente en su poder, y algunos mas suyos propios. En este caso se ha de deducir del cuerpo del caudal juntamente con la dote segunda todo lo que llevó y no desmembró de él, para dar ó pagar á algun hijo del primero su parte materna durante el segundo: no por razon de haber de la primera sino como capital, ó fondo que realmente puso en la segunda sociedad, y coadyuvó á adquirir las utilidades ó gananciales, porque es lo mismo para el caso que si todo fuera suyo, puesto que existe en su poder quando fallece, sin decremento ni desfalco. Y lo mismo se debe practicar, quando parte del capital no era del marido, porque tenia deudas que no rebaxó entónces, ni se pagaron durante su matrimonio, pues aunque sus herede-

(a) Siguenz. de Clausul. lib. 2 cap. 11 n. 145. Ayor. part. 3 q. 13 nn. 42 y 43.

ros son responsables á ellas por estar sin pagar, respecto á su viuda lo mismo es que todo el capital sea de él, ó solamente parte, una vez que le puso en la sociedad y ayudó á adquirir las utilidades; ni el que le lleven sus herederos ó sus acreedores, es del caso, mediante á que en nada se le perjudica, y de no executarse así se gravaria injustamente á sus herederos.

25 Y el quarto caso es, quando el marido lleva al segundo matrimonio bienes suficientes no solo para cubrir el haber de los hijos del primero que existe en su poder, y les corresponde así por sus legítimas maternas como por el derecho de reserva, sino tambien algunos suyos propios, y durante el segundo les da el todo, ó parte de lo que les toca por los títulos expresados, ó algo mas en cuenta de la paterna. En este caso se ha de distinguir. Si les dió solamente el todo, ó parte de lo materno, se puede girar la cuenta de dos modos. El primero es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, y hecho todo un cuerpo como si todo se hubiera hallado en su poder é inventariado, deducir de él la dote segunda, las deudas de este matrimonio y su capital íntegro, segun le llevó; y lo que quede despues de hechas estas tres deducciones, será lucro que se dividirá por mitad entre su viuda y los hijos de esta y de la primera como herederos todos de su padre; pues de no incorporarse á lo inventariado lo donado á estos, y baxar enteramente su capital, como si nada se hubiera sacado de él, seria perjudicada la viuda en la mitad de su importe y los hijos de la primera beneficiados indebidamente en ella. Y el segundo modo es, no agregar lo entregado, considerar el capital, como que está reducido á esto ménos, ó que no le llevó, y baxar solamente lo que quedó hecha la entrega, á la manera que quando lleva deudas, y se pagan durante el matrimonio, como diré en el n. 50, y saldrá la misma cuenta y porcion de gananciales. Si dió algo mas á los hijos en cuenta de la legítima paterna, se puede hacer igualmente la cuenta de dos modos. El primero es agregar al caudal inventariado no solo lo que

llevaron por su madre sino tambien lo que su padre les anticipó por su legítima paterna; deducir de lo que sume este total la segunda dote, las deudas del segundo matrimonio, y el capital íntegro que el padre llevó á la sociedad conyugal; y el residuo, hechas estas baxas será la utilidad que se dividirá por mitad en la forma propuesta. Y el segundo modo es unir solamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su haber paterno, deducir de lo que importen estas dos partidas, la dote segunda, las deudas citadas, y lo que llevó como suyo propio sin responsabilidad al segundo matrimonio, separando lo que comprehendia su capital, perteneciente á sus hijos por su madre, como entregado ya, ó como sino le hubiera incluido en él; y lo que resulte, hechos estos descuentos, será el mismo lucro que el de la cuenta girada del primer modo. (*a*)

26 Tocante á la dote confesada, no constando su recibo sino por mera confesion que hubiese hecho el marido en testamento, ó en otra última voluntad despues de contraido el matrimonio y de tener en su casa á su muger, no es ni debe estimarse por dote; pues esta confesion, sea de cantidad cierta, ó de otros bienes, léjos de servir de prueba se conceptúa hecha con ánimo de donar á la muger su importe, y por consiguiente como legado que solo se confirma con la muerte; (*b*) y así aunque sea jurada, no perjudica á los herederos legítimos del marido en sus legítimas: (*c*) por lo que solo tendrá cabimiento en el quinto, siendo hijos ú otros descendientes legítimos los herederos, y en el tercio siendo ascendientes, y por tanto se deducirá respectivamente de estos en quanto alcancen, y no del todo del caudal inventariado, excepto que los interesados mayores se convengan en que se deduzca de este, en cuyo caso se expresará así, para que no se atribuya á impercia ó malicia del partidor. Pero siendo otros los herederos se baxará del cúmulo de bie-

(*a*) Véase lo que diré en los nn. 35, &c. y 43 cap. 4 de este libro, y los 53, &c. y 57 cap. fin. lib. 2 donde se forman las cuentas de los quatro modos explicados, para que el partidor no se ofusque (*b*) Ley 19 tit. 9 P. 6. (*c*) Morquech. de Divis. bon. lib. 1 c. 9 nn. 12 y 13.

nes y no del quinto ni tercio, á ménos que el testador lo mando, porque puede dexarles poco ó nada, y deben contentarse con lo que les quede.

27 Si el marido hizo la confesion en contrato constante el matrimonio, no le perjudica, aunque sea jurada, (*c*) excepto que haya renunciado la excepcion del dinero no entregado, ó que sino la renunció, esté pasado el tiempo de oponerla, que son dos años, ó que la haya hecho disuelto el matrimonio, pues en este caso le perjudicará, porque se presume hecha con ánimo de donar su importe á la muger, ó á sus herederos: ó que haciéndola durante el matrimonio, se halle la muger presente, porque entónces prueba contra él, á lo ménos para que se presuma hecha con dicho ánimo, y se estimará como si lo hubiera sido en contrato, aunque no se confirmará con su muerte en el exceso de los 500 sueldos de oro que la ley 9 tit. 4 P. 5 prefine: ó que precediese promesa de la dote, y despues confesase el marido haberla recibido. (*b*) Pero sin embargo de que en estos casos perjudique al marido su confesion, si la hizo en fraude de sus acreedores, ó de las legítimas de sus herederos forzosos, no prueba contra ellos. Para probar el dolo se han de tener presentes la qualidad de las personas, la cantidad que confiese haber recibido, y otras circunstancias y conjeturas. (*c*)

28 No puede enagenar el marido los bienes dotales inmuebles ó raices de su muger, aun quando esta lo consienta verbalmente, pues para que valga su enagenacion, ha de intervenir su anuencia, ó permiso jurado, (*d*) concurriendo por su hecho propio al otorgamiento y celebracion del contrato, jurándole en la forma expresada en el n. 58 cap. 18 de la 1 part. y haciendo la renuncia expresada en el n. 6 cap. 13 de ella.

29 Pero sin embargo de que consienta en la enagena-

(*a*) Covar. lib. 1 Var. cap. 7 n. 5 (*b*) Covar. n. 6. Góm. ley 50 de Toro n. 52. vers. Quod tamen limita (*c*) Morquech. de Divis. lib. 1 cap. 9. n. 21. Puede verse á Covar. cap. 7 cit. donde trata latamente de esta dote, y lo que explicaré difusamente en el cap. del concurso de acreedores nn. 114. y sigg. (*d*) Leyes 1 ff. de Fundo dotali, y 18 y 19 tit. 11 P. 4. cap. Licet mulieres y cap. Cum contingat. de Jurerand. in 6.

cion de los dotales no estimados hecha por su marido, ó concurra al contrato, se le debe pagar su valor; y si le celebra por sí sola con licencia suya y recibe el precio, parece que no deberá satisfacérsele, porque quando procede por su hecho propio como principal y única otorgante, y el marido no concurre al contrato, ni hace otra cosa que darle la licencia, ninguna ley la favorece, sino solamente quando es fiadora de él, ó de otro, ó le otorga con él de mancomun. (*a*)

30 Si la muger consintió en la enagenacion con juramento, y el marido tenia entónces bienes con que reintegrarla de su importe, no puede repetirle disuelto el matrimonio, no obstante que obtenga relaxacion del juramento; pero si no los tenia, y fue enormemente engañada, bien podrá hacerlo precedida la relaxacion, aunque no se pruebe haberla comminado el marido, porque como concurre el miedo reverencial con la lesion, basta para rescindir el contrato de enagenacion. (*b*)

31 En segundo lugar se deben deducir del cuerpo del caudal inventariado los bienes que á mas de la dote llevó la muger al matrimonio, y llaman *parafernales* ó *extradótales*. Para el recobro de estos ó su importe no goza del privilegio de prelacion que para el de los dotales; pero le compete el de tácita hipoteca en los de su marido, y este se halla obligado á devolvérselos, aunque no se obligue expresamente á ello, (*c*) haya ó no gananciales, y exîstan ó no dichos bienes, porque no exîstiendo los satisfará el marido de su capital; bien que esta obligacion se limita al caso en que la muger los hubiese entregado á su marido, para que los cuidase y administrase como los dotales, y este recibídolos y administrádolos, ó ella con su consentimiento; pues si los reservó y administró por sí sola sin intervenir su marido ni entregárselos, cesa la tal obligacion, y si se consumen, deterioran ó pierden, se-

(*a*) Esto se ha explicado latamente en el cit. c. 18 nn. 47, &c. y 61, y sobre ello puede verse á Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 1. (*b*) Gutier. in Authent. Sacramenta puber. n. 93 y 94. Covar. de Sponsalib. part. 2 cap. 2 §. 6 n. 4 et in cap. Quamvis pactum part. 6 §. 4 n. 7. (*c*) Ley 17 tit. 11 P. 4.

rá por cuenta y riesgo de ella, y de consiguiente nada de su importe se le debe abonar ni deducir del cuerpo del caudal, por no haber entrado en el fondo de la sociedad. (a) Lo mismo procede, quando se duda, si se los entregó ó no, porque se presume haber retenido su dominio segun estas palabras de la cit. ley 17. "E si las non diere al marido señaladamente, nin fuere su entencion que haya el señorío en ellas, siempre finca la muger por señora de ellas. Esso mismo seria quando fuessen en dubdas si las dieran al marido, ó non." (1)

32 Si la muger no entregó á su marido sus bienes parafernales; pero los llevó á su poder, y con el uso de ámbos y de su familia se consumieron ó deterioraron, callando y consintiéndolo ella, no tendrá obligacion el marido, ni su heredero, de bonificarle, ó pagarle su valor; (b) excepto que se pruebe haberse hecho mas rico por este uso, pues entónces estará obligado en quanto se utilizó; (c) ó que haya gananciales, en cuyo caso sacará su total como fondo puesto en la sociedad conyugal. Mas si el marido los consumió en el uso de su casa y familia, ignorándolo y no consintiéndolo su muger, está obligado á la restitucion de todo su valor, porque no es visto habérselos donado, (d) haya ó no gananciales, pues en caso de no haberlos los deberá reintegrar de su capital como deuda contra él con hipoteca tácita.

(a) Dicha ley 17. Greg. Lóp. en ella glos. 3. Véase el n. 39 al princip. y su nota.

(1) En duda se debe presumir que la muger entregó al marido los bienes parafernales para que los administrase, pues esto es lo que regularmente, ó casi siempre sucede, por bastarle á la muger el desempeño de los deberes domésticos que son los propios de su sexô; y si algunas veces tiene la muger algun manejo en los bienes, suele ser esto baxo la dependencia y direccion del marido. Las palabras insertas en la cláusula anterior deben entenderse, como se echa de ver en ellas, no respecto de la administracion sino respecto del dominio de dichos bienes que en duda no se presume haberse trasladado al marido, y de consiguiente en duda el riesgo de ellos tocará á la muger. Me ha parecido conveniente esta explicacion para evitar toda obscuridad y confusion.

(b) Góm. ley 50 de Toro n. 44 vers. Et ex superioribus. (c) Góm. n. cit. vers. Secunda conclusio (d) Góm. n. cit. vers. Tertia conclusio.

33 No está prohibido al marido enagenar los bienes parafernales de su muger con su consentimiento, aunque no jure el contrato; (*a*) y si ámbos juntos los vendieron, y su precio se convirtió en satisfacer alguna deuda que la muger habia contraido ántes de casarse, no tiene derecho á pedirle, porque cedió en su utilidad, mediante á que si la hubiese tenido satisfecha al tiempo de casarse, esto ménos hubiera llevado al matrimonio: ni se sacará del cuerpo del caudal, ni de los gananciales, ni tampoco del haber propio del marido, y ántes bien si este la pagare con sus bienes podrá recuperarla de los de su muger. (*b*) Pero si el precio de los bienes parafernales no se convirtió en utilidad de la muger, se la ha de abonar enteramente, deduciéndose de los gananciales, si los hay como fondo ó capital puesto en la sociedad; y no habiendolos, del caudal de su marido, porque está obligado á la responsabilidad de ellos; (*c*) y no se llama utilidad ni provecho suyo el haberse convertido en sus alimentos, porque el marido tiene obligacion de dárselos. (*d*)

34 Podia decirse que la muger se perjudicó con el consentimiento que prestó, y que por lo mismo carece de accion para repetir su precio; pero tal consentimiento es para no poder pedir al comprador, ni á su marido los mismos bienes que le vendió, no para privarse del derecho de repetir de este su valor, pues para esto es necesario nuevo y expreso consentimiento; y aun quando le diera, no serviria, porque se estimaria donacion entre marido y muger que está prohibida por derecho, (*e*) y se confirma solamente con la muerte del donante.

35 Si el marido los vendió sin consentimiento de la muger por su justo precio, podrá esta sacarlos al comprador, porque no perdió su dominio, mediante á que no se transfiere á otro lo ageno sin la voluntad de su dueño; (*f*) y no queriendo molestar al comprador, sacará su total

(*a*) Parlad. differ. 124 nn. 8 y 9. (*b*) Leyes 36, 39 y 43 ff. de Negot. gest. y 27 ff. Pro socio (*c*) Leyes 17 Cod. de Donat. inter vir. et uxor. y fin. Cod. de Pact. convent. (*d*) Ley 9 tit. 3 lib. 5 R. (*e*) Ley 4 tit 11 P. 4 Ayor. de Partit. part. 1 cap. 8 nn. 2 y 3. Véanse los nn. 15, 16 y 17 cap. 12 de la Prim. Parte. (*f*) Regla 13 tit. 34 P. 7.

valor del cuerpo de la hacienda como fondo puesto en la sociedad, y el partidor le deberá baxar de él sin reparo, pues en caso que la muger repitiese contra el comprador, podria este repetir contra el caudal inventariado.

35 Habiéndolos vendido el marido en menor precio que el que valian, se ha de distinguir, ó hay gananciales ó no: sino los hay, ó aunque los haya, si la muger, ó sus herederos los renuncian, es indubitable que tiene derecho para repetirlos de su marido, (*a*) y no devolviéndoselos este le exîgirá su verdadero valor; (*b*) pues por haberse excedido en venderlos sin su permiso, es responsable á la reintegracion de su justa estimacion sin el menor desfalco; y si hay gananciales y los acepta la muger, puede pedir tambien el verdadero valor de sus bienes parafernales vendidos sin su beneplácito, porque aunque el dinero de lo vendido haya contribuido á multiplicar los gananciales, y la muger lleve la mitad del incremento, lleva igualmente su marido la otra mitad; y á no haberse vendido se hubiera aumentado mas el caudal, pues quanto mayor es el fondo de la sociedad, mas puede lucrarse: fuera de que pudo haberse perdido el dinero, con lo qual se hubiera causado mayor perjuicio á la muger; (*c*) y no se compensa el daño, ó culpa cometida en una cosa ó negocio con el lucro adquirido en otro por alguno de los socios. (*d*)

37 No contentándose la muger con el precio en que su marido vendió sin su permiso los bienes parafernales, y ántes bien queriendo el valor legítimo que tenian, se deducirá el de la venta del cuerpo del caudal como incluso en la misma hacienda y fondo de la sociedad; y el mayor valor que el marido dexó de percibir y perdió por su culpa, le pagará baxándose á este efecto de su haber privativo como deuda contra él, y no de los gananciales, porque de baxarse de estos se le pagaria con lo suyo propio la mitad, en la que se le perjudicaba indebidamente. (*e*)

(*a*) Leyes fin. y 17 cit. (*b*) Ley 68 ff. de Reivindication. (*c*) Ayor. dich. cap. 8 n. 7. (*d*) Ley 13 tit. 10 P. 5 verb. E si alguna perdida. (*e*) Ayor. n. 8.

38 Y si la muger pide no solo el valor legítimo de sus bienes parafernales vendidos sin su consentimiento sino tambien la mitad de frutos que desde la venta celebrada por su marido pudieron haber producido segun la estimacion regular, será oida, y el marido tendrá que resarcirle todos los daños é intereses, por haberlos enagenado contra su voluntad, al modo que el socio lo está á los que por su culpa ocasiona á la sociedad; (*a*) pues el que tiene obligacion de hacer, ó no hacer alguna cosa, si procede contra su obligacion, debe pagar el daño é interes; (*b*) y el marido está obligado á conservar en vez de enagenar los bienes parafernales que su muger lleva y le entrega: (*c*) por lo que sino lo hiciere, deberá satisfacer el que se le cause, entrando los frutos que á no haberlos enagenado hubiera percibido; (*d*) bien que si el marido prueba que con el precio de los bienes parafernales de su muger lucró tanto como podian haber producido de frutos, y le podia tocar de estos, no habrá lugar á la pretension de ella en esta parte. (*e*)

39 Deducidos los bienes dotales de la muger y los parafernales que llevó quando se casó, y retuvo ó entregó á su marido, se han de baxar del cuerpo del caudal los demas parafernales ó extradotales que acredite haber heredado por testamento ó abintestato de sus ascendientes, ó de algun pariente ó extraño, ó recaido en ella por otro título lucrativo, miéntras estuvo casada, y no por razon de la sociedad conyugal, si los entregó á su marido, como debe hacerlo no habiéndose pactado lo contrario en los contratos nupciales, (1) porque se contemplan y deben tenerse tambien por parafernales, mediante á no ser del caso el que los lleve al matrimonio quando le contrae,

(*a*) Ley 52 §§. 1 y 3 ff. Pro socio. (*b*) Leyes 2 §. 5, 8 y 75 §. y ff. de Verb. obligation. (*c*) Dich. ley fin. Cod. de Pact. convent. (*d*) Ley 20 §. 2 y 21 ff. de Petition. hæreditatis. (*e*) Ayor. dich. c. 8 n. 9.

(1) Para que la muger pueda administrar por sí misma los bienes parafernales sin permiso de su marido, es indispensable que se hubiese pactado así ántes de celebrarse el casamiento, puesto que segun la ley 55 de Toro la muger no puede durante el matrimonio contraer ni quasi contraer sin licencia de su marido.

ó despues, una vez que entráron en poder de su marido; y á que no son de los que el derecho llama gananciales, ni por consiguiente de los que se comunican entre los dos como estos, sino propios y privativos de la muger en quien recayeron: en cuya atencion si exîsten, se le aplicarán por el valor que se les dé, y su deterioro en dinero, ó en otros equivalentes por su defecto; y no exîstiendo se sacará la estimacion que tenian al tiempo de recaer en ella y que los entregó á su marido. Y aunque consistan en número, peso ó medida, no tendrá derecho á pedir igual cantidad de cada especie, porque este privilegio se concede únicamente á la dote, y cesando la causa dotal milita la misma razon en la muger que en el marido para la exâccion de lo que puso por fondo en la sociedad conyugal. (*a*)

40 La deduccion de los bienes hereditarios en el lugar expresado debe practicarse en mi dictámen, quando al tiempo de casarse nada se estipuló acerca de ellos; pero si en las capitulaciones matrimoniales, ó en la escritura de recepcion de la dote se obligare el marido á tener por aumento de esta dichos bienes y á restituirlos en igual conformidad que los dotales, para que gocen del privilegio de tales; puesto que se contemplan serlo, aunque se reciban posteriormente, se deberán baxar quando los dotales y ántes que los parafernales: en cuyo caso no podrá la muger administrarlos, porque está obligado su marido á su responsabilidad. Y si no solo no hay gananciales, sino que falta caudal para completar todo lo que ámbos cónyuges llevaron al matrimonio y heredaron durante este, debe perder el marido y suplir del suyo lo que falte para cubrir lo que percibió de su muger, porque entra en su poder, lo administra todo, se le transfiere regularmente su dominio, y tiene que responder de ello.

41 Al marido pertenecen los frutos de la dote de su muger, sea ó no estimada, (*b*) con tal que concurran tres circunstancias: la primera, que el matrimonio se celebre perfectamente: la segunda, que se le haya transferido el

(*a*) Ayor. part. 1 cap. 7 n. 13. (*b*) Leyes 20 Cod. de Jure dot. y 7 ff. del mismo tit.

dominio y posesion de la dote, porque hasta entónces no se llama así; (a) y la tercera, que sostenga las cargas matrimoniales: (b) lo qual se entiende, ya sean los frutos naturales, civiles ó industriales, ya sean los bienes muebles, raices ó semovientes, ya excedan ó no á las cargas del matrimonio, (c) y ya consistan en bienes vinculados, penas, multas, tributos ó en otras utilidades provenientes de ducado, condado, dignidad ó jurisdiccion de la misma muger; pues de todo tiene el usufructo y comodidad, miéntras dura el matrimonio. (d) De los bosques dotales cuyo usufructo y utilidad consisten en cortar no solo las ramas sino tambien los mismos árboles, puede hacer la corta, caso que de su tronco ó raices nazcan otros; mas no de los árboles frutales, excepto que se sequen ó pudran, (e) y entónces deberá reponer otros.

42 No parece debe militar lo expuesto en los frutos de los bienes parafernales de la muger, porque si los retiene en sí, le pertenecerán del mismo modo que su propiedad, constante el matrimonio, y no á su marido: lo primero, porque las leyes citadas conceden solamente á este los de la dote, y así en perjuicio de ella no se deben ampliar á otros: lo segundo, porque como accesorios siguen lo principal; y lo tercero, porque en la dote únicamente hay un título oneroso, mediante el qual lucra el marido sus frutos por remuneracion y recompensa de las cargas matrimoniales que sostiene. (f) Pero no obstante, entregue ó no á su marido los bienes parafernales, se dividirán entre ámbos sus frutos, (g) pues son comunes á los dos, como lo prueban las leyes 4 y 5 t. 9 lib. 5 R. que hablan absoluta é indistintamente. (1)

(a) Ley 13 § fin. ff. de Fundo dotali. (b) Leyes 18 y 25 t. 11 P. 4. (c) Leyes 23 tit. 31 P. 3, y 25 tit. 11 P. 4. (d) Góm. ley 50 de Toro n. 33. (e) Gutierr. de Tutel. part 3 cap. 27 n. 11. (f) Góm. dicho n. 33 vers. Adde tamen quod fructus. (g) Leyes 3 tit. 3 lib. 3 del Fuero Real, 4 tit. 9 lib. 5 R. Matienz. en ella glos. 1 n. 2. Montalv. en la del Fuer. glos. 1. Góm. lug. cit. vers. Hodie tamen. Greg. Lóp. en la 17 tit. 11 P. 4 glos. 2.

(1) "Maguer que el marido, dice la ley 4, aya mas que la muger, ó la muger mas que el marido quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean comunes de ambos á dos, y la heredad y las otras cosas, do

§. II.

De dónde se deben deducir el capital que el marido llevó al matrimonio, y los bienes que durante este heredó, ó le donaron.

43 Deducidos del todo del caudal inventariado los bienes dotales, parafernales y hereditarios que la muger haga constar haber llevado á su matrimonio, ó su importe, si no existen, se han de baxar en caso de haber utilidades que partir, los que el marido acredite igualmente haber llevado quando le contraxo, y recaido en él por herencia ú otro título lucrativo durante su casamiento, porque como fondo ó capital puesto en la sociedad, se debe segregar ántes que se proceda á la division de los gananciales, segun ya se ha sentado. Lo mismo se ha de observar, aun quando no haya gananciales, si tampoco hay deudas contra el caudal, ó este alcanza para su satisfaccion, y para la de la dote y capital. Y si el marido llevó al matrimonio algun caudal ageno por habérsele constituido pagador de deudas, ó para reintegrar á otros, y no los pagó miéntras estuvo casado, se ha de estimar por caudal suyo para el efecto de deducirle ántes que los gananciales; porque entró en la sociedad conyugal, y el que sea ó no suyo no es del caso.

44 Aunque al parecer haya gananciales, porque resulten muchos bienes comprados ó adquiridos por ámbos cónyuges constante su matrimonio, si se descubren tantas deudas contraidas en este que exceden á su importe total, se deben deducir primero que el capital

vienen los frutos ayalos, el marido ó la muger, cuyas ántes eran, ó sus herederos." = "Pero que los frutos y rentas dellos, y de todos otros qualesquier oficios, se les en la ley 5, aunque sean de los que el derecho uvo por casi castrenses, i los otros bienes que fueron ganados, ó mejorados durante el matrimonio, i los frutos i rentas de los tales bienes castrenses, y oficios, i donados que lambos los ayan de consuno."

del marido, y el residuo será lo que este perciba por parte de su capital; pues regularmente hablando, debe satisfacerlas y no su muger, sin embargo de que se haya obligado con él á su satisfaccion, porque su obligacion es subsidiaria en defecto de bienes de su marido, y esto únicamente en quanto se le siga utilidad, ó por pechos y derechos Reales, como lo ordena la ley 61 de Toro. Y si las deudas igualan solamente á los gananciales, nada de estos habrá que repartir entre los cónyuges, y no sacará cada uno mas que el importe de lo que llevó á la sociedad conyugal.

45 Si las deudas consumieren el capital y gananciales, no se prorratearán entre el marido y su muger, porque aquel no entrega á esta sus bienes, ni ella los administra, ni se obliga á su restitucion como él á la de los dotales, ni se le transfiere su dominio como al marido el de los de ella, y así este será quien lo pague todo, aunque nada le quede. (*a*)

46 Habiendo gananciales que partir, aunque los bienes que llevaron ámbos cónyuges al matrimonio, hayan perecido, y todos los que existan, sean adquiridos en él, se ha de deducir primero el importe de los capitales de ámbos, y deudas, pues no es del caso el que permanezcan los mismos bienes, ó haya otros en su lugar, sino que el total valor de los existentes cubra, ó supere el importe de los llevados á la sociedad conyugal y sus deudas; bien que en caso de haber gananciales lo mismo es deducir el capital ántes, ó despues que las deudas, porque sale la misma cuenta.

47 Llevando el marido al matrimonio, ó heredando despues de casado bienes que consisten en número, peso ó medida, si se consumieron, y no hay gananciales, no podrá pretender otra tanta cantidad en especie, ni su estimacion como su muger por los suyos; ya porque ninguna ley le obliga á tal responsabilidad, y ya porque de los bienes de estas clases que la muger lleva, pasa el señorío al marido que los administra y ha-

(*a*) Ayor. de Partit. part. 1 cap. 7 nn. 7, 8 y 39.

ce suyos, y no por el contrario, en cuya atencion el riesgo, pérdida ó aumento que tengan, cede en su beneficio, ó detrimento, y se halla obligado á restituirle otra tanta cantidad de cada especie como recibió, ó su importe. (a) Pero habiendo gananciales sacará el valor ó estimacion que tenian, quando los llevó, como fondo que puso en la sociedad, cuyo importe se ha de baxar y sacar primero, aunque ningunos gananciales queden que partir, y no otros tantos en número de cada especie: (b) lo primero, porque lo que realmente puso en el fondo fue su valor, del qual no se transfirió á la muger el dominio; y lo segundo, porque si cada especie valia mas entónces, quedaria perjudicado, utilizándose su muger del exceso con detrimento suyo; y si valia ménos, lo quedaria esta, por lo que dándole la estimacion que tenian y en la que pudiera haberlos vendido en dicho tiempo, y de que se utilizó la sociedad, á ninguno de los dos se hace agravio. (c)

48 Si el marido llevó al matrimonio ganado productivo sin apreciar que se murió, y hay gananciales, sacará el valor que tenia al tiempo de su muerte, así como la muger por igual razon; pues primero se ha de separar el fondo puesto en la sociedad, que dividir las utilidades de ella. Lo propio se ha de hacer por la misma razon, si le vendió voluntariamente; (d) pero si la venta fue necesaria, v. gr. á fin de satisfacer algun débito contraido constante el matrimonio, ó para otra urgencia indispensable, y se celebró en baxo precio, podrá deducir y exigir todo lo que valia el ganado al tiempo del contrato. (e)

(a) Ayor. cap. 7 cit. n. 11. Morquech. de Divis. lib. 1 cap. 9. n. 3. (b) Ayor. cap. 7 cit. n. 12 al princ. (c) Ayor. n. 12 cit. vers. Ratio diversitatis hasta el fin. (d) Ayor. part. 3. q. 30 n. 108 al principio. (e) Ayor. n. 108 cit. vers. Pero si la venta, y la glos. ley 1 tit. 3 lib. 3 del Fuero Real.

§. III.

Qué deudas se han de deducir ó no del cuerpo del caudal inventariado por muerte del testador: cómo los derechos del inventario y demas gastos que ocurran hasta que se concluye el juicio de particion; y si al heredero que defendió la herencia, ó mejoró los bienes de ella, se deberán pagar las expensas que hizo.

49 Separados del cuerpo del caudal inventariado en los términos expuestos la dote y bienes que los cónyuges llevaron á su matrimonio al tiempo ó despues de contraerle, ó su importe, se deben baxar las deudas legítimas y verdaderas que esten sin satisfacer, y el marido solo, ó su muger con su permiso, ó ámbos juntos contraxeron por razon de su sociedad, miéntras estuvieron casados solamente, y pagarse de los gananciales que haya. Así lo disponen la ley 14 tit. 20 lib. 3 del Fuero Real que está en uso, y dice: "Todo deudo, que marido, é muger ficieren en uno, páguenlo otrosí en uno;" y la 207 del Estilo, cuyas son estas palabras: "Todo el deudo, que el marido y la muger ficieren en uno, páguenlo otrosí en uno. Y es á saber, que el deudo que face el marido, maguer la muger no lo otorgue, ni sea en la carta del deudo, tenida es á la mitad de la deuda." Por deudas no solo se entienden las que previenen de préstamo, arrendamiento, fianza, depósito, compañía, venta ú otro contrato semejante, sino tambien los censos, cargas y responsabilidades á que estan afectos é hipotecados los bienes raices de ámbos cónyuges, pues solo lo líquido es lo partible y lo que se llama herencia; y si habiéndolas contraido marido y muger insólidum, demandaren á esta por el todo sus acreedores, debe pagarlas enteramente en quanto alcancen los gananciales, como lo ordena dicha ley 207. "E otrosí es á saber, que si la muger se obliga con el marido al deudor de mancomun, y cada uno por todo, que si á la muger demandan toda la deuda, que lo puede facer, es te-

nida de pagar toda la deuda." Si alguna de las fincas de la herencia está gravada con censo enfitéutico perpetuo, y se halla en esta corte, se han de deducir de su valor el duplo capital del canon ó réditos anuales que paga, y despues tres laudemios, ó cincuentenas, que es un seis por ciento, del residuo que quede baxada la carga Real, farol, ó alumbrado y duplo capital, pues se debe aplicar libre enteramente del enfitéusis, á diferencia de quando se vende, que entónces se abona solamente el duplo capital, y la cincuentena que se causa por la venta, y toca percibir al dueño del dominio directo, con arreglo al auto acordado del Consejo, inserto en el n. 88 c. 11 de la Primera Parte, excepto que el comprador pacte que se le ha de dar libre en un todo de esta carga, como si nunca la hubiera tenido, en cuyo caso se le deben abonar quatro cincuentenas y el duplo capital, ó redimirle ántes de la venta por este y por las tres, que es lo que conviene practicar para no gastar tanto. Si se halla fuera de esta corte, servirá de regla la escritura primitiva de su constitucion, y si no la hubiere, ó aunque la haya, si no se expresare en ella lo que se ha de hacer, se observará la costumbre del pueblo, y lo líquido sobrante de su valor se aplicará al interesado.

50 He aquí el modo de deducir las deudas que cada uno tenga contra sí. Lleva el marido por exemplo al matrimonio 200 reales de caudal, y luego se sabe que debia 40 que se omitió baxarlos del total, ó se le quita en juicio alguna finca que los valia, ó esta se hallaba afecta á un censo ó responsabilidad de igual cantidad que ámbos redimieron. En este caso lo que realmente llevó son 160 reales, y estos y no mas son los que se han de estimar por legítimo y efectivo capital suyo, y deducir despues de la dote y demas bienes de la muger, y ántes que los gananciales, refiriendo en la correspondiente suposicion de la particion el motivo porque no se dexan los 200 íntegros.

51 Si ningun caudal lleva uno de los consortes, quando se casa, y sí deudas que se pagan de lo adquirido constante el matrimonio, esto ménos debe haber, y le to-

cará de gananciales. El modo justo de formar la cuenta es agregar numéricamente el importe de ellas al de estos, como si existiera, y hecho una suma, dividirla por mitad, y entregar á un consorte la suya en bienes efectivos, y al deudor la otra, aplicándole en vacío, ó entrada por salida el importe de las deudas satisfechas; pues á no haberlas tenido no hubiera que pagarlas, y aquel existiria en el cuerpo del caudal. Hay de gananciales v. g. 10ↀ reales, y se pagaron 4ↀ que estaba debiendo: juntos suman 14ↀ reales, de los quales tocan 7ↀ á cada uno. En este caso el deudor no llevará mas que 3ↀ que unidos á los 4ↀ que debia y se satisfacieron, componen los 7ↀ efectivos; pues de girarse la cuenta partiendo solamente los 10ↀ existentes y no haciendo mérito de los 4ↀ pagados, llevaria el deudor 5ↀ los 4ↀ que para pago de sus deudas habian salido del caudal, y los 5ↀ que percibia efectivos, y el otro cónyuge no mas que 5ↀ debiendo percibir los 7ↀ : de modo que en esta cuenta quedaba perjudicado este en 2ↀ que recibia de ménos, y aquel llevaba otros 2ↀ demas, cuyas dos partidas componen los 4ↀ sacados del caudal que injustamente se refundian en su beneficio. Si no se quiere formar así la cuenta, se separará para el cónyuge que nada debia, otro tanto como se pagó constante el matrimonio por las deudas del otro, y luego se dividirá igualmente el resto entre ámbos. En el mismo exemplo si se separan 4ↀ para el consorte, y dividen con igualdad los 6ↀ entre los dos, sale la propia cuenta, porque el deudor se aplica en vacío como recibidos ántes los otros 4ↀ, y efectiva y realmente de presente los 3ↀ, mitad de los 6ↀ que restan, deducidos otros 4ↀ para entregar al otro cónyuge, y percibe cada uno los 7ↀ que le tocan. Por tanto, es necesario poner gran cuidado en hacer las deducciones generales y particulares, en lo qual despues del punto de derecho consiste la mayor dificultad de una particion, pues si se hacen del caudal que no se debe, ó del modo que no corresponde, se pueden causar muchos perjuicios y pagará quien no está obligado á ello. En las deducciones generales todos los interesados pagan á prorata de su haber.

52 Declarando el testador en su testamento estar debiendo á algun sugeto cierta cantidad, y mandando que sus herederos se la paguen, si por otro medio legal consta la deuda, debe deducirse del cuerpo de bienes como verdadera, sean legítimos ó extraños sus herederos; pero no constando, se distingue: si estos son extraños, se baxará igualmente del cuerpo de sus bienes privativos, no mandando aquel lo contrario, ya sea cierta, ó incierta, ya la acredite, ó no por otro medio, pues como á ninguno se debe legítima, deben contentarse con lo que les dexe, sin inspeccionar la certidumbre ó incertidumbre de ella; y si son legítimos, se deducirá del quinto ó tercio, (segun sean) aunque el testador lo jure, porque su mera confesion, aun jurada, no les daña, y se estima como legado, el qual se debe deducir de aquellos en quanto quepa. (a)

53 Es indudable que segun el derecho natural y positivo (b) la muger casada pudiendo debe mantener á su padre y madre pobres, aunque esta pase á segundas nupcias, si el marido no puede mantenerla; (c) pero no lo es que el gasto de la manutencion debe deducirse de los gananciales. Matienzo (d) lleva la opinion afirmativa fundándose en que si el débito voluntario contraido por marido y muger durante su matrimonio se deduce de ellos, con mayor razon se debe deducir el necesario, qual es el de dichos alimentos, una vez que corresponde la mitad á la muger; pero yo soy de parecer que no probándose, ó no pudiéndose conjeturar que el ánimo de su marido fue condenarlos y no cargarlos á su muger, y contribuir por piedad á los padres de esta con ellos, debe sacarse el expresado gasto de los bienes que le pertenezcan: lo primero, porque la referida obligacion es privativa de la muger, y no comprehende al marido, por no ser hijo ni consanguineo de sus padres: lo segundo, porque la tal deuda y obligacion se contraxo ántes del matrimonio por el hecho de haber sido engendrada, criada y alimentada la muger

(a) Ayora de Partit. part. 2. q. 37. n. 36. (b) Ley 9 al fin tit. 19 P. 4. (c) Lara de Aliment. in leg. Si quis à liberis 5 Si quis ex his nn. 273 y sig. (d) Ley 3 tit. 9 lib. 5 R. glos. 7 n. 16.

por sus padres; y los débitos cantraidos ántes no se deben satisfacer con los gananciales sino con los bienes propios del que los contraxo: lo tercero, porque aunque el débito contraido por uno de los socios durante la sociedad se debe pagar y deducir del cuerpo del caudal multiplicado en ella; esto procede, quando se contraxo por razon de los negocios de la misma sociedad, y no por el propio y privativo de algun socio; y lo quarto, porque la sociedad conyugal no lo es de todos los bienes de los consortes en estos reynos de Castilla, sino tan solo de lo que se lucra y adquiere miéntras dura, de suerte que es una sociedad singular, (a) en la qual todo lo que el socio expende del caudal comun en alimentar á su muger é hijos, se le imputa privativamente, como se observa tambien entre los hermanos socios singulares, para que se guarde igualdad y ninguno se enriquezca con detrimento del otro, (b) por no presumirse donacion á ménos que se pruebe. Así pues, la opinion de Matienzo debe entenderse, quando se permite al marido restituir la dote á su muger constante el matrimonio, para que se alimente y alimente á los suyos en los casos que prescribe el derecho. (c)

54 Lo mismo que se ha dicho acerca de la muger, procede en órden al marido, por lo que si este mantiene á su padre, ó madre, ó alimenta, ó dota á algun hijo de su primer matrimonio durante el segundo, deberá imputársele en cuenta de su haber el importe de los alimentos y dotacion; (d) bien que lo expuesto, háblese de la muger ó del marido, se ha de entender no pactándose lo contrario al tiempo de casarse, ó reclamando su parte el otro cónyuge, pues por piedad y por otras razones que suele haber, muy raras veces se reclaman los alimentos de hijos ni padres, ni es bien visto que se reclamen, puesto que quando se casan, lo hacen con este co-

(a) Matienz. ley 2 t. 9 lib. 5 R. glos. 3 n. 10. (b) Marquech. de Divis. honor. lib. 2 c. 2 nn. 33, &c. y 37. (c) Leyes 73 §. 1 ff. de Jure dotium, 20 y 21 ff. Soluto matrimonio, y 21 §. 1 ff. de Donat. inter vir. et uxor. Marquech. lib. cit. c. 12 nn. 33, &c. y 137. (d) Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 11 nn. 120 y sig. Burg. de Paz 9. 8 nn. 19 y sig. Gut. lib. 2 Pract. q. 127 n. 5 y q. 129.

nocimiento, y no pueden alegar ignorancia ni engaño.

55 Entre las deudas que se deben baxar del caudal comun, se comprehenden los salarios de los criados, por lo que si un hijo, ó hijastro en el tiempo y caso que se le debia dar salario, sirvió á su madre ó padrastro, excusándole un criado mientras vivieron estos, no le pidió, y despues de su muerte pretende su satisfaccion, se le debe pagar el devengado en el que los estuvo sirviendo. No obstará el haberse pasado muchos mas años que los tres que una ley recopilada (a) señala á los criados para pedir sus salarios; pues la prescripcion para con los hijos empieza desde la muerte, porque en vida ni acostumbran pedirlos por reverencia y respeto, ni parece bien que demanden á sus padres por ellos. (b) Mas para que no se presuma que los sirvieron por piedad y obsequio, y sí con ánimo de repetir su salario, conviene que así lo protesten, en cuyo caso no se dudará que se les deben; bien que sirviendo á su padrastro ó hermano no necesitan protestarlo, porque respecto á estos no tiene lugar dicha presuncion. (c)

56 Ninguna ley ni autor he visto que haya tratado sobre de donde se han de deducir, y cómo se han de satisfacer los derechos de inventario, tasacion, particion, su aprobacion y demas que ocurren, hasta que á cada partícipe se entrega el testimonio de su haber; y procediendo en este punto con la debida distincion, debo decir que si el marido muere no habiendo llevado capital, ni su muger dote, y siendo por consiguiente todos los bienes gananciales, se deben pagar dichos derechos en esta forma: la viuda pagará la mitad de todo como socia interesada en ella y los herederos del marido la otra mitad, y si este le legó el quinto, tercio, ú otra quota, satisfará tambien á proporcion de estos; pero aunque le toquen arras de cantidad cierta, por habérselas ofrecido su marido, nada mas debe satisfacer por esta razon, pues aquellas son deuda contra sus bienes que como acreedora debe cobrar sin desfalco, y no herencia, utilidad, ni lucro de

(a) La 9 tit. 25 lib. 4. (b) Flores de Mena lib. 1 Var. q. 8 §. 2 nn. 53 y 54. Gom. ley 29 de Toro n. 24 vers. Et quo subinferur. Ayor. part. 3 q. 2 y 3. (c) Parlad. lib. 1 Rer. quotid. tit. 19 n. 5.

la sociedad. Lo propio milita en el lecho quotidiano que la ley le concede, y en el luto que los herederos deben darle, pues nada de estas cosas percibe como ganancial sino como débito.

57 Si llevó dote ú otros bienes al matrimonio, y hay gananciales, se debe practicar lo mismo que en dichas arras, luto y lecho, porque tocante á ellos es igualmente acreedora contra los de su marido, y no interesada como socia; en cuya atencion y en la de no percibir por esta razon utilidad alguna de la sociedad, no se deberá tener consideracion á su haber patrimonial que hay obligacion de satisfacerle efectivamente sin dispendio de los bienes de la herencia, aunque nada quede á los hijos ó herederos del difunto, pues para reintegrarla de su crédito no es necesario hacer inventario, tasacion, ni particion, puesto que es líquido, y así pagará solamente á proporcion de lo que le toque de gananciales. Si no hay ningunos, nada debe pagar la viuda por las razones expuestas, y si solo legándole su marido el quinto, ú otra quota de la herencia, satisfará á prorata de lo que perciba por esta causa, pues por razon de aquella se la contempla heredera, se utiliza en parte considerable de los bienes del difunto, y para saber á quanto asciende, es indispensable hacer inventario, tasacion, liquidacion y deduccion: lo qual no procede en los legatarios ó legados de cosa especifica, ó cantidad determinada, porque para su entrega nada de lo dicho es preciso practicar.

58 En órden á los herederos se ha de distinguir tambien. Si todos son instituidos igualmente, es incontrovertible que deben pagar con igualdad, porque perciben igual utilidad; pero si alguno, ó algunos son mejorados en el tercio ó quinto, ó en ámbos, ó por ser extraños, estan instituidos en porciones diversas, deben satisfacer á prorata de su haber los gastos y derechos referidos; pues á proporcion de la ganancia deben sufrir el gravámen, como se practica en toda sociedad convencional, porque mayor trabajo se tiene en el prorateo y aplicacion al que mas lleva, que al que ménos, y así se debe formar otra igual

cuenta para la exaccion y repartimiento de ellos. Por otra parte es indubitable que á saberse á quanto ascendian ántes de evacuar la particion, se baxarian del cuerpo del caudal como deuda contra los socios interesados en él, al modo que las demas, y entónces pagaba cada uno en la forma expuesta. Por lo que hace á los derechos de sacar los títulos y papeles que falten de alguna ó algunas fincas de la herencia, ó de la que se divide entre dos ó mas, digo que haya, ó no mejora, deben deducirse del cuerpo del caudal, porque si el testador los hubiera sacado, este ménos dexaria; y puesto que no lo hizo ni dividió sus bienes de modo que no fuese preciso sacar copias de los de alguna ó algunas fincas para los interesados en ellas, es justo que todas las paguen.

59 Los derechos de discernimiento de tutela, curaduría, defensoría, asistencia y trabajo del curador de algun heredero ménor, loco ó fatuo, ó del defensor de ausente no se comprehenden en los referidos, porque como privativos de dichos interesados los deben satisfacer, á mas de los que en el concepto de herederos, ó mejorados, si lo fuesen, les tocan: lo qual prevendrá el partidor por declaracion al fin de la particion, para que la tasacion se execute en los términos expuestos; pues así lo previne, y en virtud de mandato judicial se practicó en la que de los bienes muy quantiosos de un Grande, en que habia mejora, dote, menores y ganaciales, formalicé en esta corte, no obstante el abuso de igualdad introducido por la ignorancia: así por mi dictámen se practicó en otras particiones y aprobó, por ser justo, racional y equitativo; y así se observa en el dia.

60 Se han de baxar igualmente del cuerpo del caudal los gastos útiles y necesarios que alguno de los herederos hizo á su costa en reparar y mejorar los bienes comunes de la herencia durante la comunion, y aplicársele enteramente como acreedor; y sino se baxasen, le deben satisfacer proporcionalmente los coherederos sus respectivas partes, hecho el cómputo entre estos y el que los hizo, porque cedieron en beneficio de todos, y así

se practica en la sociedad convencional. (*a*) Y si habiéndolos interpelado para su pago no se cohiciesen, le deberán satisfacer desde la interpelacion, sea judicial ó extrajudicial, los justos intereses que á no haber expendido su dinero en los bienes de la herencia pudiera haber lucrado empleándole en otra cosa ó negocio. (*b*)

61 Si alguno de los herederos que posee la herencia, estando los demas ausentes, hiciere gastos en defenderla, por querer quitársela otro pariente ó extraño con el pretexto de ser suyos los bienes, ó por otros motivos; parece que los coherederos, si luego que vienen, piden sus partes, deberán abonarle proporcionalmente los hechos en su defensa, porque á no haberlos desembolsado nada tendrian que tomar sino gastar en recuperarlas, si las querian; pero sin embargo no estarán obligados en rigor de justicia á abonarle cosa alguna de su importe, ya porque no los hizo por encargo suyo, por lo que no le compete contra ellos la accion de mandato sino la de negocios hechos (*negotiorum gestorum*) (*c*) que se da contra el que cuidó de los negocios del ausente ignorante sin su órden; (*d*) y ya porque los hizo por su propia utilidad en defender su parte y no la de los coherederos, á cuya conseqüencia solo en el caso de haber satisfecho algunos mas por la defensa de todos deberán abonarle el exceso. (*e*) (1)

(*a*) Ley 16 tit. 10 P. 5. (*b*) Ayor. de Partit. part. 3 q. 20. (*c*) Ley 25 §. 16 ff. Famil. erciscund. (*d*) §. 1 Instit. de Obligat. quæ ex quasi contract. y ley 2 ff. de negot. gest. (*e*) Ayor. part. 3 q. 18.

(1) Si el heredero que defendió la herencia, sabia ó presumia tener coherederos ausentes, no debe dudarse que aunque hizo dichos gastos por su propia utilidad, los hizo asimismo por la de aquellos y con animo de recuperar la parte que les correspondiese, si acase parecian solicitando lo que les tocaba de la herencia: en cuya atencion se hallan obligados por un quasi contrato; esto es, *por un hecho honesto que nos obliga ignorantemente con un consentimiento presunto por razon de equidad ó utilidad*; y asi compete al heredero poseedor la accion de negocios hechos. En apoyo de esto puede alegarse la ley 26 t. 12 P. 5 que dice asi: " Vánse los omes á las vegadas de sus tierras, é de sus lugares á otras partes, por desacuerdo, ó por olvidanza non encomiendan sus casas, nin sus heredades á quien las recabde, nin las labre. E acaece que algunos de los que fincan en aquellos lugares, por parentesco, ó por amistad que han con aquellos que se van, estos de su voluntad, sin mandado de otro trabajanse de recabdar, é de enderezar

62 Y si el hermano ó heredero presente que no poseia la herencia, la pidió toda para sí á quien la tenia, dicien-

aquellas heredades, é las otras cosas que assí fincan como desamparadas, é despienden y (*en ellas*) de lo suyo á las vegadas, é á las veces esquilman de las heredades, é aprovechanse dellas. E por ende decimos, que quanto despendiere alguno desta manera en pro, ó en mejoría de la heredad, ó de las cosas de otro en nome de él, que tambien es tenudo de gelo facer cobrar el señor de la heredad, como si lo oviesse fecho por su mandado mismo. Otrosí, el otro es tenudo de dar al señor de la heredad lo que ende (*de ella*) esquilmare, demas de las despensas que y oviere fechas, dándole ende (*de esto*) cuenta verdadera é derecha." Es verdad que esta ley habla solo del caso en que alguna persona se ausente sin haber encargado á nadie la custodia ó administracion de sus cosas, y otros toman á su cargo el cuidado de ellas; pero á mí me parece que esto lo propone la ley como por exemplo y que no excluye los demas casos en que alguno evacue un negocio ageno en ausencia, ó con ignorancia del interesado, mayormente quando la ley 33 del mismo título está concebida en términos generales. "Acuciosamente, (*con mucha diligencia*) dice, é á buena fé, el que se quiere trabajar de recabdar las cosas agenas, lo deve facer. E mayormente quando face esto sin mandado de los dueños dellas, aguardándose (*guardándose*) de non comprar, nin de facer otras cosas que non oviesse usado á comprar, nin á facer aquel cuyo es lo que recabda. Ca si contra esto ficiesse, é de aquella que comprasse, ó ficiesse, viniesse algun daño, ó menoscabo, quier viniesse por ocasion, ó en otra manera qualquier, á él pertenece todo, é non al señor de las cosas. Otrosí decimos, que si ganancia aviniesse, que deve ser del señor de las cosas: pero entonce las despensas que oviesse fecho en recabdarlas, develas cobrar."

Mas el caso expresado no es el que propone y resuelve Ayora en la qüestion 18 citada, pues habla del en que el coheredero, hermano legítimo del poseedor de la herencia, se tenga por muerto; aunque si parece ser el de Febrero en este número, donde no se explica con claridad y padeció equivocacion sacándole del Ayora. Y en el caso de este autor el heredero que se creia muerto ¿no deberá satisfacer á prorata á su coheredero los gastos que hizo en defender la herencia, juzgando hacerlos únicamente por su utilidad? Yo siento que sí, sin embarazarme en la autoridad de Ayora ni de Febrero, y afirmo que así como en el primer caso hay quasi contrato del que dimana dicha obligacion, le hay tambien en este, como se echará de ver, si se examinan todas las palabras de la definicion dada del quasi contrato. Una diferencia se encuentra entre los dos casos: en el primero el heredero defensor de la herencia quiso obligar á su coheredero, y en el segundo el heredero creyendo ser único no podia pensar en obligarle. Pero semejante diferencia no impide que haya un quasi contrato. Quando alguna persona en la persuasion de deber una cantidad á otra se la entrega, y esta la recibe juzgando que se le debia, queda obligada á la restitucion (ley 28 t. 14 P. 5) sin imaginar contraer ninguna obligacion, ni el supuesto deudor el obligarla, y de consiguiente se celebra un quasi contrato fundado en un consentimien-

de ser único heredero, por haber fallecido otro que se habia ausentado, y despues de haber obtenido en juicio parece el coheredero ausente pretendiendo la mitad; sin embargo de haberse dado la sentencia solamente en favor del presente deberá ceder su derecho por mitad al ausente, para que la perciba de los poseedores, y si está en posesion de ella, entregársela, pues la sentencia aprovecha al coheredero, aunque debe pagar las expensas á proporcion. (*a*)

to ficto ó presunto. Créese, ó fingese que quien paga tiene la intencion de obligar á la restitucion, si no debe, al que conceptúa su acreedor, y que este recibe con ánimo de quedar obligado á restituir, si percibe lo que no se le debia; y á este modo diré yo: créese, ó fingese que el heredero que pensando ser único hace gastos en defender la herencia, tiene la intencion de obligar á la satisfaccion correspondiente de ellos al que aparezca despues ser su coheredero, y que este tiene ánimo de obligarse á dicha satisfaccion, siempre que sea heredero y su coheredero expenda en defender la herencia algunas cantidades que él mismo expenderia gustoso por su propia utilidad. He aquí puesta de manifiesto una obligacion eficaz que se ocultó de Ayora y de Febrero. Ademas yo querria que Ayora, Febrero ó qualquiera que siguiese su opinion, me dixera, por qué en el caso propuesto no está obligado el coheredero al pago proporcional de expensas y sí en el del n. 62 siguiente. Por último si los derechos de inventario, tasacion, particion, &c. disminuyen la herencia, de suerte que los satisfacen todos los herederos á proporcion de sus quotas (nn. 56, 57 y 58 de este cap.) tambien la disminuirán los gastos hechos en defender la herencia misma, y así los pagarán todos los interesados proporcionalmente, ó segun lo que hayan de percibir.

(*a*) Ayor. part. 3 cit. q. 19.

CAPÍTULO IV.

Del modo de dividir entre un cónyuge y los herederos del difunto los gananciales adquiridos constante su matrimonio, y miéntras está la herencia pro indiviso, como tambien las mejoras hechas en los bienes libres y vinculados de ámbos consortes; y con quáles se han de satisfacer la dote y capital que dieron ó prometieron á sus propios hijos.

§. I.

Quáles se llaman bienes gananciales y se comunican á los casados, y cómo se han de dividir entre los hijos de dos ó mas matrimonios.

1 Deducidos los bienes que el marido y su muger acreditaren haber puesto por fondo en su sociedad conyugal al tiempo de casarse y despues de casados, (sean, ó no enteramente suyos, pues una vez que entran en el fondo de ella, deben sacarse al tiempo de su disolucion ántes que todo, aunque sean agenos, para que se los pague á sus dueños el que los llevó) y las deudas contraidas constante su matrimonio en la forma y términos explicados en el capítulo anterior, es incremento y utilidad de la misma sociedad todo el residuo, y como ganancial, ó multiplicado se debe comunicar en estos reynos de Castilla y dividir por mitad entre los dos cónyuges, si viven juntos, segun lo ordena la ley 2 tit. 9 lib. 5 R. que dice: "Toda cosa que el marido y la muger ganáren, ó compraren estando de consuno, háyanlo ámbos por medio, y si fuere donadio de Rey y lo diere á ámbos, háyanlo marido y muger; y si lo diere al uno, háyalo solo aquel á quien lo diere."

2 Lo expuesto tiene lugar, no solo quando marido y muger habitan en un mismo pueblo y casa, sino tambien

aunque esten en diversos, con tal que subsistan el matrimonio y la union de voluntades, y no haya habido divorcio, como si el marido está empleado, y la muger porque el clima es nocivo á su salud, ó por otro justo motivo, se queda en su patria, ó si en ella tiene algun tráfico y el marido otro en otra parte; pues en estos y otros casos semejantes todo quanto lucren uno ú otro, ú ámbos, se debe comunicar y dividir por mitad. (a) Algunos dicen que para esto es precisa la cohabitacion, pero se desestima su parecer como destituido de fundamento sólido.

3 Lo mismo procede, aun quando el uno solo constante el matrimonio gane lo lucrado, porque para este único efecto se reputan socios de compañía universal, en la qual no se dexa de hacer la particion de lo adquirido por comerciar y trabajar el uno, y no hacer nada el otro, respecto á que se negocia con el caudal y á nombre de ámbos, aunque suene uno solo, (b) y á que para dicho fin se estiman en el concepto legal por una persona.

4 Sino consta qué bienes llevó cada uno al matrimonio, ó durante él heredó, ó le donaron parientes ó extraños por su mera contemplacion y no por la de la sociedad conyugal, ó no se acredita su importe, todos se conceptúan adquiridos en su intermedio y deben dividirse en la forma expresada; (c) pero si alguno de ellos justifica los que heredó por testamento ó abintestato, ó le dieron, ó legaron en la forma expuesta, sean muebles, raices, ó de otra clase sin excepcion, serán suyos privativamente, y se deberán separar y aplicársele. (d)

5 En la villa de Alburquerque, ciudad de Xerez de los Caballeros, y pueblos de su comarca, en que se obser-

(a) Acev. ley 2 n. 14 vers. de consuno, y en la 6 al fin tit. 9 lib. 5 R. Matienzo dich. ley 2 glos. 1 nn. 42 y 43. Góm. Arias en la 12 de Toro n. 15. (b) Morquech. de Divis. lib. 2 cap. 2 n. 29 y cap. 11 nn. 15 y 16. (c) Ley 1 tit. 9 lib. 5 R. (d) Góm. ley 53 de Toro n. 72 vers. Tertius est.

va el fuero denominado del *Baylío*, todos los bienes que marido y muger llevan á su matrimonio, y heredan ó adquieren despues por qualquier título, son comunicables como gananciales entre ámbos, aunque el uno nada lleve, no pactándose lo contrario al tiempo del casamiento, ó que este se hace segun el fuero de Leon, pues aquel está mandado observar por Real cédula de 20 de diciembre de 1778 (expedida á consulta del Consejo en vista de una representacion del Personero de Alburquerque) que dice estas palabras: "Por la qual apruebo la observancia del fuero denominado del Baylío, y mando que todos los tribunales de estos mis reynos se arreglen á él para la decision de los pleytos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Xerez de los Caballeros y demas pueblos donde se ha observado hasta ahora: entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa, si la necesidad y transcurso del tiempo acreditasen ser mas conveniente que lo que hoy se observa en razon del citado fuero, si lo representasen los pueblos."

6 Los bienes que como gananciales ó multiplicados se deben dividir con igualdad entre marido y muger, son no solo los que entrambos compran durante su matrimonio con el dinero y caudal de ámbos, (*a*) sino tambien los que compra el marido por sí solo, ó su muger con su licencia tácita ó expresa, sea el dinero comun, ó de qualquiera de los dos; pues de todos modos se le comunican en la forma expuesta, (*b*) porque se atiende al tiempo de su adquisicion y no á la persona en cuyo nombre suena la venta.

7 Mas esto tiene sus limitaciones. Si con el precio del fundo de uno de los cónyuges vendido se compran uno ú otros, y se expresa así en la escritura, ó se prueba por testigos ó por otro medio legal, ó lo confiesa el otro cónyuge, (si bien esta mera confesion es prueba débil, por-

(*a*) Covarr. lib. 3 Var. cap. 19 n. 2. (*b*) Matienz. dich. ley 2 gl. 2 an. 1 y 2. Gutier. lib. 2 Pract. q. 117 n. 3.

que se reputa donacion entre los dos) se subrogan los primeros en lugar del segundo, y los adquiere el dueño del vendido, valgan mas ó ménos que este, por lo que se han de estimar y aplicar como sino se hubiesen enagenado. (a) Igualmente si se trueca por otro y se dice que se ha de subrogar en su lugar, se entenderá subrogado y se le adjudicará por el precio del permutado, sea mayor ó menor, y no por el que tenga á la sazon y le haya dado el tiempo solo. (b)

8 Son igualmente comunicables entre marido y muger los frutos de la cosa ó finca que uno de ellos llevó en propriedad al matrimonio, y durante este se consolidó con el usufructo, por haber fallecido el que le tenia ó por otro motivo; (c) pero el derecho de usufructuar no se comunica á los socios, porque es personal. (d) Debe tener presente el partidor esta distincion, pues no todos la saben, y los que la ignoran causan graves perjuicios.

9 Lo propio milita, quando el marido adquiere despues de casado el usufructo de algunos bienes; pues si por exemplo, de su primer matrimonio tiene un hijo baxo su potestad que heredó á su madre, ó á quien sus parientes ó extraños donaron algunas fincas, cuyo derecho de usufructuar corresponde á su padre como tal, miéntras se halle en su poder, con obligacion de alimentarle y darle educacion; aunque la segunda muger no tiene parte en dicho derecho por ser del padre, interin no sale el hijo de su dominio, sí en los frutos que las fincas producen durante el matrimonio, y así llevará la mitad de ellos y no se descontará de los gananciales para aplicarlo todo al marido: (e) lo qual como opinion segura y mas comun se observa en la práctica.

(a) Morquech. cap. 11 cit. n. 6. Matienz. dich. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. glos. 2 n. 4 vers. Limita, y n. 5. (b) Ley 11 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real. Rodrig. Suar. en ella vers. Secundo Limita. Matienz. lug. cit. n. 4. Acev. dich. ley 2 n. 16. Tocante á la finca comprada con dinero dotal, véase el cap. 3 nn. 18 y 19. (c) Gutierr. lib. 2 Pract. q. 116 n. 4. Ayor. de Partit. part. 1 cap. 8 n. 20. (d) Greg. Lóp. ley 18 tit. 11 P. 4 glos. 2. Grám. ley 50 de Toro n. 78 y en la 70 n. 28 cerca del fin, y lib. 2 Var. cap. 15 n. 19. (e) Ayor. cap. 8 cit. nn. 20, 21 y 22.

10 Son comunicables tambien entre los cónyuges los frutos de la parte de herencia ó legado que se dexó á alguno de ellos, y se vencieron despues de su muerte, no obstante que sobre validacion del legado ó division de la herencia haya habido pleyto, y tardado por este motivo el hacerse la particion y entrega; pues sin embargo de que Ayora (a) afirma que el legatario, ó coheredero los ha de llevar todos, fundándose en que no se llama tener perfectamente la cosa, miéntras no se posee realmente, y en que los cónyuges no pusieron trabajo en su produccion, el qual es el motivo fundamental de la ley para que participen de ellos; no debe seguirse su dictámen: lo primero, porque el legatario incontinente que fallece el testador, adquiere dominio en lo legado, (b) y desde el dia de su adquisicion se le deben los frutos, (c) especialmente desde la contestacion del pleyto, desde la qual se constituye poseedor de mala fé el colitigante (d) lo segundo, porque la ley no requiere, ni pide como preciso é indispensable que los cónyuges pongan su industria y trabajo material en su produccion, y basta que constante su sociedad y la union de voluntades se produzcan y devenguen, de lo qual es una prueba el concedérselos hasta de los bienes castrenses y casi castrenses que no se les comunican, como se dirá en el cap. sig. fuera de que si su trabajo personal fuera necesario, no se comunicarian los réditos, pensiones y otros en que nada mas hacen ni tienen que hacer que percibirlos; y lo tercero, porque la demora en determinarse el pleyto no daña al cónyuge, ni adquiere cosa nueva por la sentencia, la qual es tan solo una declaracion del derecho que tenia adquirido.

11 Lo mismo procede, quando durante el primer matrimonio empieza pleyto sobre la pertenencia de ciertos bienes á alguno de los cónyuges; pues si muere ántes de concluirse dexando hijos, se vuelve á casar el viudo ó viuda, y el pleyto se termina constante el segundo matrimonio, percibirán íntegros los bienes los hijos del primero

(a) Part. 3 q. 29. (b) Ley 34 tit. 9 P. 6. (c) Ley 37 dich. tit. 9 p. 6. (d) Ley 22 Cód. de Reivind.

juntamente con la mitad de los frutos vencidos hasta la muerte del dueño de los bienes; y los del segundo únicamente la otra mitad que como á herederos del viudo ò viuda les corresponda con los del primero. (*a*)

12 Se comunica por mitad entre los cónyuges el precio del fundo patrimonial que constante el matrimonio retrae el marido por derecho de sangre como pariente mas inmediato, pero no el fundo; (*b*) (1) en cuya atencion aunque el valor de este se inventarie y considere (segun se debe hacer) como aumento del caudal de ámbos para saber á quanto ascienden las utilidades de la sociedad, no se ha de dividir entre ellos sino aplicarse íntegro al marido como dueño en parte de pago de su mitad y por su muerte á sus herederos, y á la muger se dará otra cosa por la mitad que le toca de su valor; pues á ninguno se debe despojar del dominio de sus bienes conocidos para adjudicarlos al otro, sin que preceda su consentimiento, ò que no se le pueda hacer pago de su haber en otros términos.

13 La estimacion ó valor de los oficios de Regidor, Escribano, Procurador, alguacil y otros enagenados de la corona que durante el matrimonio compran los cónyuges, se les debe comunicar en los propios términos, porque estos oficios por costumbre de estos reynos y tácita permision del Soberano se venden, se dan en pago, se colacionan como transmisibles á los herederos igualmente

(*a*) Garcia de Conjugali acquæstu nn. 190, &c. y 195. (*b*) Góm. ley 70 de Toro n. 28. Matienz. en la 7 tit. 11 lib. 5 R. glos. 12 n. 10. Gutier. q. 116 cit. n. 3.

(1) La razon inductiva del retracto es el afecto que se cree tener cada uno á las cosas de sus mayores, y este no concurre en la muger respecto al fundo que retraiga su marido. (Góm. lug. cit. donde trae otros fundamentos) fuera de que quien retrae alguna heredad, debe jurar segun la cit. ley 7 tit. 11 lib. 5 R. *que la quiere para sí*, y si la muger adquiriese parte en aquella, seria falso el juramento y perjuro el marido, mayormente quando la muger conforme á la opinion mas verdadera y recibida adquiere ipso jure el dominio y posesion de las cosas lucradas constante el matrimonio. (Matienz. lug. cit.) Estas razones parecen mas poderosas que la que podria alegarse en contra de que nuestras leyes disponen se divida entre los consortes lo lucrado en el matrimonio.

que los demas bienes, y se les aplican en las particiones. (a)

14 Y aunque los cónyuges los hayan comprado por poco, si al tiempo de la particion tienen mayor valor, se han de adjudicar por el que entónces se les dé y no por el que costaron; pues su incremento intrínseco toca á la sociedad conyugal, al modo que le tocaria el decremento, si le tuviesen, y de la mitad debe participar la muger; (b) por lo que si esta fallece con hijos, se vuelve á casar el viudo, muere dexándolos tambien del segundo matrimonio, y existe el oficio al tiempo de su muerte, llevarán los del primero su mitad con su aumento intrínseco como parte de herencia materna, y partirán con sus medios hermanos la otra mitad como herederos todos de un mismo padre: lo qual se practica y debe practicar no solo con esta clase de bienes sino tambien indistintamente con otros qualesquiera comprados, ó adquiridos por ámbos durante su sociedad, excepto que los interesados se convengan en lo contrario, como siendo mayores de 25 años lo pueden hacer. Lo propio milita en el derecho de patronato que adquirió el marido constante el matrimonio por fundacion, dotacion ó construccion de alguna iglesia, pues tambien se comunica á entrambos. (c)

15 Supuesto ser comunicable entre los cónyuges la estimacion ó valor de los referidos oficios comprados constante el matrimonio, se duda: si habiendo comprado alguno el marido ántes de casarse, pero no pagado enteramente su precio; ó si estando gravado con algun censo se casa, y despues con el dinero dotal de su muger acaba de pagarle, ó redime el censo tendrá parte la muger en el mismo oficio por la subrogacion de su dinero, con que se acabó de pagar, ó redimió el gravámen; como tambien si el aumento ó mayor valor que tenga al tiempo de la disolucion del matrimonio, será ganancial y de consiguiente comunicable.

16 Tocante á lo primero, aunque es indubitado que

(a) Góm. ley 29 de Toro n. 21. Matienz. en la 5 tit. 9 lib. 5 glos. 4 n. 6. (b) Covar. lib. 3 Var. cap. 19. Ayor. de Part. part. 1 cap. 8 n. 16. (c) Matienz. en la glos. cit. n. 5. Morquech. de Divis. lib. 2 c. 11 n. 14.

lo que se compra con el dinero dotal, se contempla dotal y lo comprado se subroga en el precio dado por ello, segun ya he dicho, (a) sin embargo no sucede así en el presente caso, porque no se compró durante el matrimonio, como lo exíge la ley 40 tit. 5 P. 5, (1) sino tan solo se pagó lo que se debia, y por la mera solucion no se transfiere el dominio á la muger. En órden á lo segundo, el mayor valor que tenga el oficio no será comunicable, y tocará únicamente á su dueño, porque no se adquirió con el trabajo ni industria de ámbos, ni ellos se le dieron, sino el tiempo, ó tal vez ya le tenia, quando le compró, aunque se le hubiese vendido en menor precio; en cuya atencion se le aplicará por el en que se le vendió, así como si valiere ménos; pues del mismo modo que quando el aumento ó mejora sobreviene á una cosa del socio por su naturaleza, por el tiempo, ó por otra causa accidental, no se comunica á los demas socios, tampoco se debe comunicar este aumento intrínseco á los cónyuges, quando el fundo se hizo de mayor valor por dichos motivos. (b) Lo mismo procede, y creo se debe practicar, quando consta que uno de los cónyuges llevó á su matrimonio dinero suficiente para comprar algun oficio ó finca, y el otro ninguno, ni bienes con cuyo producto vendiéndolos se pudiese comprar, ó aunque los llevase, resulta existir sin vender; y á poco tiempo de casados compra el oficio, ó finca, v. gr. por 20 expresando ser con dicho dinero, y al de la muerte del uno se tasa en 60; pues aunque parece que este aumento intrínseco debe comunicarse á la sociedad, por haberse comprado el oficio durante ella, tocará solamente al dueño del dinero, porque es visto haberse comprado con él y subrogado en su lugar; y el otro cónyuge como que ni le tenia para comprarle, ni puso trabajo en su incremento, á nada tendrá derecho, ni tampoco participará de su decremento, si por solo el tiempo

(a) Cap. 3 nn. 18 y 19.

(1) Así lo dan á entender estas palabras: "O si fuessen los dineros de la dote de alguna muger, é su marido con voluntad della ficiesse la compra."

(b) Matienz. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. glos. 1 n. 88.

le padeciere, excepto que ámbos pacten otra cosa. (1)

17 Tambien se comunica á los casados la donacion remuneratoria que se les hace constante el matrimonio por los servicios y méritos contraidos en este tiempo, porque no es propiamente una donacion lucrativa, sino satisfaccion del trabajo hecho ó beneficio recibido; por cuya razon valen la donacion de igual clase que el padre hace al hijo que tiene en su poder, (a) la que mútuamente se hacen marido y muger, ó uno solo al otro por sus méritos peculiares, y la que hace el Prelado eclesiástico de los bienes de su iglesia á quien la sirvió y benefició, aunque no los puede enagenar; (b) y en caso de duda siempre se presume hecha por dichos servicios y en compensacion suya. (c)

18 Mas para que esta donacion remuneratoria se comunique á ámbos cónyuges, si se hace al uno por los méritos hechos constante el matrimonio, es necesario probar que estos son dignos del importe de los bienes donados; (d) pues en quanto se les igualen y no en mas se los comunicarán; y si exceden, tocará el exceso á aquel á quien se donaron, (e) quedando al prudente arbitrio del Juez en caso de duda la regulacion del valor de estos méritos atendidas las pruebas y conjeturas que haya. (f) (2)

(1) Podria decirse que habiéndose comprado el oficio durante el matrimonio debe ser comunicable el aumento de su valor, pues todo lo que se adquiera con el dinero de un consorte, corresponde á la sociedad conyugal, sin atenderse á si el otro cónyuge tenia asimismo dinero, ó á si concurrió con su trabajo á la adquisicion; y dicho aumento viene á ser un fruto sino inmediato, mediato del precio porque se compró.

(a) Glos. in Authent. Unde si parens Cod. de inoffic. testam. (b) Morquech. cap. 11 cit. n. 4. (c) Tiraquel ley Si unquam Cod. de Revocand. donat. n. 71. (d) Tiraquel. lug. cit. n. 70. (e) Greg. Lop. ley 3 tit. 10 P. 5 glos. 7. Gutier. lib. 2 Pract. q. 113. (f) Tiraquel. lug. cit. verb. Donatione n. 102 al fin.

(2) Juan Gutierrez (lug. cit.) hace una distincion que parece razonable y que apoya en la establecida respecto á los bienes castrenses por la ley inserta en el n. sig. Si se dona á un consorte, dice, en remuneracion de algunos servicios ú obras que hizo á su propia costa, solamente él lucre lo donado, y si fue á expensas de ámbos cónyuges, ámbos tengan parte en la donacion. Podria dudarse qué servicios se quisieron recompensar, ó con cuyas expensas se hicieron, y entónces pue-

19 Asímismo se comunica á entrámbos cónyuges lo que el marido adquiere en la guerra, que se llama *peculio castrense*, ó el Rey le dona en remuneracion de los servicios que le hizo en ella, aunque esto se ha de entender, quando sirvió sin sueldo, y se mantuvo á expensas del caudal de los dos; mas si gozó sueldo y se mantuvo con él y no con los bienes comunes, nada tocará á la muger de la donacion que el Rey le hizo, ó cosa que adquirió en la guerra. "Si el marido, (dice la ley 3 t. 9 lib. 5 R. á la que corrobora la 5 sig.) alguna cosa ganare de herencia de padre ò de madre, ò de otro propinquo, ò de donadío de Señor, ò de parientes, ò de amigo, ò en la hueste (*exército*) del Rey, ò de otro que vaya por su soldada, hayalo todo quanto ganare por suyo. Y si fuere en hueste sin soldada á costa de sí, é de su muger, quanto ganare de esta guisa, (*manera*) todo sea del marido, é de la muger: Ca así como la costa es comunal de ambos, lo que así ganaren, sea comunal de ambos." (*a*) Pero si lo donado por el Rey en remuneracion de los servicios hechos en la guerra á expensas de ámbos, excede á estas, no se comunicará el exceso á la muger. (*b*) (1) Y si el marido fuera de campaña ahorra alguna cantidad de su sueldo, esté ò no jubilado, ò retirado del servicio, aquella y lo que compre y lucre con ella, será comunicable á entrámbos: lo primero, porque de ello no habla la ley, y lo prohibido en una cosa se entiende permitido en todas las demas; y lo segundo, porque este sueldo se le da por razon de alí-

de seguirse la opinion de Matienzo, (ley cit. glos. 6) quien aun en las donaciones remuneratorias solo favorece al donatario, lo qual sería por ventura mas conveniente adoptar, ya porque la ley no distingue, y ya por evitar dudas y pleytos, á que suministran abundante pábulo las diversas sentencias de los AA. sobre el expresado punto.

(*a*) Matienz. ley 3 cit. glos. 4, 5 y 6 y en la 5 glos. 2 y 3. (*b*) Acev. leyes 3 y 4 tit. 9 lib. 5 R.

(1) En mi dictámen lo que done el Rey por dicho motivo al marido, se comunicará igualmente á la muger, aunque lo donado exceda mucho á las expensas, ya porque la ley no hace ninguna distincion, y ya porque lo dan bastantemente á entender así las palabras, *quanto ganare de esta guisa, todo sea del marido é de la muger*. Por otra parte el haber de probar si hubo ó nó exceso, puede ser difícil é incómodo, y originar algun litigio cuyas costas excedan al exceso.

mentos, es fruto ó emolumento del empleo que obtiene, como lo que ganan el Juez, Abogado, Escribano y otros, y no donacion Real de las que habla la ley, que regularmente son permanentes y trausmisibles, consistan en utilidad, ó en honor, como la heredad, título, señorío, oficio, privilegio y otras cosas semejantes, las quales tampoco son colacionables, como diré mas adelante. (a)

20 Al modo que lo que el marido adquiere en la guerra, es comunicable con la muger en el caso propuesto, lo es tambien lo que gana con los oficios de Juez, Abogado, Escribano y otros semejantes durante el matrimonio, pues estos oficios son quasi castrenses, y lo que producen, son frutos, los quales de qualquier calidad que sean, les corresponden por mitad, como tambien diré; (b) pero su propiedad que son los mismos oficios, ó la facultad de exercerlos, si el Rey los concede al marido, toca privativamente á este, y nada llevará su muger. (c)

21 El precio de la finca que ántes de casarse tenia vendida el marido con el pacto de retrovendendo, y despues de casado recupera en virtud de este pacto, es igualmente comunicable á entrámbos cónyuges, mas no la finca; y así en la particion se ha de aplicar esta al marido, porque ningun derecho tiene á ella su muger, sino tan solo á la mitad del precio con que se recuperó, como que salió del fondo comun; y en la adjudicacion ha de observar el partidor lo que expuse en el n. 12 acerca de la retraida por derecho de consanguinidad, (d) pues se atiende al principio y no al fin, quando este es consequencia necesaria de aquel. (e)

22 Los partos de las siervas de qualquiera de los cónyuges son comunicables á entrámbos, (f) porque se comprehenden baxo del nombre genérico de réditos, (1) y

(a) Lib. 2 cap. 3. (b) Cap. 5 de este lib. §. 5. (c) Leyes 4 y 5 tit. 9 lib. 5 R. Gom. en la 50 de Toro n. 72 vers. Quartus est. (d) Gutier. lib. 2 Pract. quæst. 115. Morquech. cap. 11 cit. n. 47. (e) Morquech. lib. 4 cap. 5 nn. 15 y 16. (f) Greg. Lóp. ley 20 tit. 11 P. 4 glos. 1. Gut. de Tutel. part. 3 cap. 30 n. 44.

(1) Mas bien en mi concepto se debe dar á los partos de las siervas el nombre de frutos que el de réditos, voz mas propia para significar

estos, procedan de los bienes de uno de los dos, ó de los de ámbos, se les comunican indistintamente, así como los frutos, á los quales se equiparan regularmente. (a) Ademas, si muriendo la esclava se debe resarcir su precio de los gananciales, tambien su parto se ha de dividir, pues quien está al provecho, debe estar al daño y por el contrario. (b) Lo propio milita en los partos de los animales. (1)

23 Dúdase si donando los parientes del marido á su muger al tiempo de casarse, ó despues algunas joyas, vestidos, dinero, ú otra cosa, ó por el contrario los de esta á aquel, se tendrán estos bienes ó su importe por capital del donatario ó de aquel por cuya contemplacion se dan, ó si serán comunicables á entrámbos. Esta question la propone Ayora, (c) y la tratan mas fundamentalmente García (d) y Palacios Rub. (e) y para desvanecer las dudas que por la diversidad de pareceres pueden ocurrir al partidor, conviene distinguir ocho casos. Primero. Si en el dia de la boda dan algo á la novia los parientes del novio, se entiende en caso de duda que se lo dan por contemplacion de este, y de consiguiente que él se lo da, pues así como lo habian de regalar á él, lo regalan á ella; de modo que se reputa donacion esponsalicia, y como tal si el novio la hubiere besado, lucrará la mitad de lo donado, y si el

las obvenciones ó utilidades que rinde ó reditua el dinero en virtud de algun contrato como el de censo ú otro semejante.

(a) Ley 5 tit. 9 lib. 5 R. y en ella Matienz. glos. 5. (b) Marquech. cap. 11 cit. nn. 48 y 49.

(1) Al leer este número, al leer *los partos de las siervas* que se equiparan á los animales, no ha podido ménos de conmoverse y afligirse mi corazon. He aquí una miserable porcion del género humano degradada y humillada hasta el nivel de las bestias. Sin embargo me seria muy fácil demostrar que no hay hombres esclavos sino en los códigos, y en la inhumanidad é insensibilidad de otros hombres libres. La naturaleza no podia permitir, ni mucho ménos aprobar uno de sus mas vergonzosos ultrajes. Políticos ilustrados y sensibles han puesto á las claras esta importante verdad que no podrá ocultarse á nuestro sabio gobierno, y Dios quiera que no prevenga mi muerte al cumplimiento de uno de mis mayores deseos: el de ver desterradas de los códigos las viles y afrentosas voces *de siervo y servidumbre, de esclavo y esclavitud.*

(c) De Part. part. 2 cap. 8 n. 18. (d) De Acquæstu conjugali desde el n. 107. (e) In repet. ruba. §§ 34 y 44.

matrimonio se consumó, lo hace suyo todo, y se le debe aplicar con arreglo á la ley Real: y sino hubo beso ni consumacion, á nada tienen derecho ella ni sus herederos. (1) Lo propio milita en los parientes de la novia respecto del novio ó esposo de presente en quanto á reputarse donado por contemplacion de ella (*a*) y no á lo demas, porque en él no se atiende á si consumó, ó no el matrimonio, y fue, ó no besado. Segundo caso. Si los parientes de cada uno dan algo á su pariente, lo hace suyo tambien este, y nada debe participar el cónyuge, dénselo en el dia de la boda ó despues; y lo mismo procede si se le dan algunos amigos, como lo dispone expresamente una ley recopilada. (*b*) Tercer caso. Si los parientes de un cónyuge dan al otro cosa que es adequada solamente á su sexo, como á la muger un adorno para la cabeza, ó al marido un caballo, pertenece tambien al donatario, porque se presume donada por mera contemplacion suya y no del cónyuge consanguineo del donante, y que esto lo hace por la complacencia que tiene en la union de su matrimonio y enlace con el donatario. (*c*) Quarto caso. Si amigos ó extraños hacen la donacion al tiempo de la boda, ó constante el matrimonio, es comunicable si no expresa lo contrario el donante, porque no versa la razon de aficion por consaguinidad. (*d*) (2) Quinto caso. Si en la donacion hecha al uno se hace mencion del otro, v. gr. *lego á María tal cosa, por estar casada con mi primo Juan, ó á María muger de mi hijo, ó por el parentesco que tengo con su marido Pedro*, se contempla hecha por el

(1) La ley 52 de Toro solo habla de lo que el esposo hubiese dado á la esposa, no de lo que hubiesen donado á esta los parientes de aquel, y parece que si la ley hubiera querido que en la donacion de los unos rigiese lo mismo que en la del otro, lo habria expresado. Tambien parece que de las donaciones hechas por los parientes del novio á la novia ó por los parientes de la novia al novio no se debe hacer ningun mérito.

(*a*) Góm. ley 50 de Toro n. 67. Palac. Rub. in Repet. Rubr. § 43. (*b*) La 3 tit. 9 lib. 5 inserta en el n. 21. (*c*) Gutier. lib. 2 Pract. q. 120 n. 14. Acev. leyes 3 y 4 tit. 9 lib. 5 R. n. 10. (*d*) Garcia lug. cit. n. 114. Góm. lug. cit.

(2) Pero versa la razon de afecto por amistad.

cónyuge como esponsalicia, en cuya atencion si la muger fue besada, lucrará la mitad, y si se consumó el matrimonio, su total, (a) segun se ha sentado, no expresando otra cosa el donante. Sexto caso. Si hay costumbre en el pueblo ó provincia de que el donatario haga suyo lo donado por los parientes del otro cónyuge, se observará la costumbre; pero el donatario debe probarla, no siendo universal ó notoria, porque en duda se presume donacion hecha por contemplacion del otro cónyuge. (b) Séptimo caso. Quando no aparece por contemplacion de quien se donó, y hay costumbre de regalar á la novia los parientes del novio, como sucede en esta corte, pertenece la cosa donada al donatario, pues se cree que se dió á este por respetos suyos y no de la sociedad conyugal; pero debe probar la costumbre, si se duda de ella. (c) Octavo y último caso. Quando consta que los parientes de un cónyuge quisieron que el otro hiciese suyo lo que le donaron, ó por el contrario, lo llevará sin duda alguna aquel á quien fue su voluntad pasase. (d) Teadrá presente el partidor estos casos, pues suelen ocurrir y no todos los saben.

24 Hay dos opiniones sobre si los réditos de censo, usufructo, pension, legado anual, ó renta vitalicia que la muger lleva en dote al matrimonio, son comunicables, al marido como frutos conyugales, ó está obligado á restituírselos como bienes dotales, disuelto el matrimonio. La mas corriente es que no lo son: lo primero, porque ya sean constituidos en última voluntad, en cuyo caso son muchos legados anuales, (e) ya en contrato, y entónces es una estipulacion y contrato; (f) (1) si el marido los hiciese su-

(a) Garcia lug. cit. nn. 108 y 117. (b) Fontanel. de Pact. nuptial. claus. 11 glos. única desde el n. 3. (c) Garcia lug. cit. n. 122. (d) Ayora cap. 8 cit. n. 19. vers. Sed si constaret. (e) Leyes 4 ff. de Annuis legat. y 101 § ult. al fin ff. de Conditionib. et demonstration. (f) Ley 16 §. 1 ff. de Verbor. obligation.

(1) Esta diferencia de ser muchos los legados y uno solo el contrato en el caso de que se habla, no se funda en sólidas razones sino en sutilezas del derecho romano, ni sirve para dar claridad sino para con-

yos, se consumiria la dote, lo qual resiste al derecho, por convenir esten dotadas todas las mugeres para la propagacion del estado: (a) lo segundo, porque los frutos que consumen la substancia de la cosa, no pertenecen al marido, (b) y los expresados son de tal naturaleza: lo tercero, porque en el usufructo de todos los bienes se comprehenden los frutos é intereses del dinero que se debe, mas no el mismo dinero; (c) y así el marido no podrá usar de dichos réditos, y hacerlos suyos sin la obligacion de restituirlos, porque son capital y consumidos nada queda; y lo quarto, porque así como llevando la muger en dote no estimada una cantera, pedrera ú otra cosa que no crece, ni en que renace por su naturaleza lo que se corta ó saca de ella, ni puede haber otro producto, aunque asimismo puede durar algunos años la extraccion, no adquiere el marido las piedras extraidas, porque no son frutos, y debe restituir á su muger el importe de ellas, excepto en el caso que expresaré en el cap. 5 n. fin. (d) así tambien si los expresados réditos se consumen, aunque la pension dure muchos años, debe el marido restituirlos como dotales. La opinion contraria es que el marido los hace suyos sin estar obligado á su restitucion, porque se le conceden para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, y que por tanto se comunican entre ámbos cónyuges como otros qualesquiera frutos ó réditos: (e) sobre lo qual pueden verse los AA. que se citan. (f)

fundir, y así entre nosotros no hay porqué hacer nunca mencion de ella. Atiéndanse las palabras del legado y del contrato, las cosas sobre que estos recaen, y las circunstancias de las personas y sus fines, y no será menester mas para decidir qualquiera duda que ocurra sobre ellos.

(a) Ley 1 ff. Solut. matrim. (b) Ley 7 § 13 ff. Solut. matrimon. (c) Ley 24 ff. de Usufruct. legat. (d) Ley 27 tit. 11 P. 4 Baéz. de Decim. Tutori c. 25 n. 16. Gutier. de Tutel. part. 3 cap. 35 nn. 2 y 6. (e) Morquech. de Divis. lib. 2 cap. 11 nn. 24, &c. y 37. (f) Garcia de Conjugali acquæstu n. 172. Sarmient. lib. 3 Selectar. cap. 10. Gutierr. cap. 35 cit. Spino Specul. testam. glos. 13 n. 66. Morquech. lug. cit. desde el n. 19.

25 Mas yo distinguiendo digo que si los réditos, legado ó pension se concedieron á la muger por ciertos y limitados años, ó por los de la vida del donante, ó por los del marido solamente, debe este restituirlos, ó lo que perciba de ellos, porque en este caso es como una deuda y obligacion de satisfacer anualmente su importe total, y acabado el tiempo de su concesion nada queda á la muger en propiedad ni usufructo, así como quando lleva en dote alguna deuda que ha de pagarse á plazos iguales y ciertos; y lo propio milita en el usufructo por tiempo determinado. (a) Pero si la muger tiene derecho á gozarlos toda su vida, nada debe restituirle el marido, porque tal derecho es la propiedad que lleva por dote, y lo que anualmente percibe, son frutos, emolumentos y comodidad de aquel derecho inseparable, permanente é inalienable que viene á ser á la similitud de la propiedad de finca vinculada, de que no puede disponer el poseedor, cuyos frutos son del marido; y aunque este muera, continua en la muger, y no se constituye de peor condicion que la que tenia ántes de casarse, ni queda indotada para volverse á casar. Solamente en el caso y en los términos propuestos en la Primera Parte (b) estará obligado á restituir los que justamente se pacten, porque es visto haberlos renunciado á favor de la muger, y querido privarse de ellos, lo qual no le está prohibido. Lo mismo digo, quando la muger lleva en dote algun empleo que el marido debe servir, y por muerte de este puede exercer otro con quien se case, como expresé en el n. cit. (c) Y quando se da á la muger un predio en dote para sustentar con sus frutos las cargas matrimoniales, ó se le promete para este efecto cierta cantidad anual, no debe colacionar los frutos, ni esta, porque son alimentos, los quales no son colacionables como el predio, (d) á

(a) Rodriguez de Annois Reditib. lib. 1 q. 3 n. 15. Bersan. de Viduis cap. 2 q. 45 n. 9. (b) Cap. 13 n. 12 que puede verse. (c) Acerca de este punto véase á Morquecho de Divis. bonor. lib. 2 cap. 11 nn. 19, &c. y 37, y á Bersano de Viduis cap. 2 q. 45 que se hace cargo de las opiniones, y distingue de casos, segun sea la constitucion de la dote. (d) Gutier. de Tutel. part. 3 cap. 35 n. 7.

ménos que se pacte lo contrario al tiempo de su dacion ó promesa.

26 A la muger casada se comunica constante el matrimonio el dominio y posesion aunque revocable de la mitad de los gananciales, y por fallecimiento de su marido se hace dueña absoluta en posesion y propiedad de ella; (a) pero el marido aun durante el matrimonio tiene un dominio irrevocable en todos los gananciales, y así los puede administrar, trocar, y no siendo castrenses ni quasi castrenses, vender y enagenar á su arbitrio, no procediendo con ánimo de defraudar á su muger, segun lo dice expresamente una ley Recopilada. (b) Así pues, miéntras el marido vive, y no se disuelve su matrimonio, ó no hay divorcio, no debe decir la muger que tiene gananciales, ni impedirle el uso lícito de los que adquiera con pretexto de que la ley le concede su mitad, porque esta concesion se entiende para los casos expresados y no otros. (1)

27 En consequencia de lo expuesto se duda, si la muger disuelto el matrimonio podrá repetir y cobrar de los deudores y terceros poseedores sin cesion del marido ó de sus herederos la mitad de los gananciales y créditos que

(a) Greg. Lóp. ley 45 t. 5 P. 5 gl. 2 vers. Et facit hoc. Covar. lib. 3 Var. cap. 10. Ayor. de Partit. part. 2 q. 41. (b) La 5 t. 9 lib. 5 que dice: "Y otrosí que los bienes que fueren ganados, y mejorados, y multiplicados durante el matrimonio entre el marido y la muger, que no fueren castrenses, ni casi castrenses, que los pueda enagenar el marido, si quisiere, sin licencia, ni otorgamiento de su muger, y que el contrato de enagenamiento vala, salvo si fuere probado que se hizo cautelosamente por defraudar, ó damnificar á la muger."

(1) La distincion que aquí se hace entre el dominio de la muger y el del marido en los gananciales llamando al uno revocable y al otro irrevocable, es confusa y aun falsa, pues tan irrevocable es el del uno como el del otro consorte. En virtud de la ley los gananciales pertenecen igualmente y pro indiviso al marido y á la muger; pero aquel tiene ademas su administracion, de que esta carece hasta que por fallecimiento del marido se le entreguen los que le toquen, y que podrá administrar por sí misma. Tambien es una misma la posesion del marido y de la muger en los gananciales, aunque el primero tenga su manejo. Así debe hablarse de los gananciales en este punto para evitar toda obscuridad y falta de exáctitud.

le toca. Algunos AA. (a) dicen que si se hace mencion de la muger juntamente con el marido en el instrumento ó contrato, puede hacerlo; mas no de lo contrario, porque en la sociedad universal, ó de todos los bienes no se transfieren los derechos sin la cesion. (b) Pero otros (c) con cuyo parecer me conformo, dicen que no es necesaria la cesion, hágase ó no mencion de la muger en el instrumento, y sean los bienes muebles, raices, derechos, deudas y acciones: lo primero, porque si se hace dueña absoluta de la parte que le corresponde, luego que muere su marido, es superfluo que pida lo que tiene, y el derecho le concede; (d) pues por su mitad le competen todos los interdictos ó remedios posesorios: (e) lo segundo, porque quando la ley divide algo entre varios, no es necesaria la mutua cesion de unos á otros, y así el uno sin la del otro puede pedir su parte: lo tercero, porque al modo que el socio puede denunciar por su parte la obra nueva, si lo hace á nombre de los consocios, dando la competente caucion, (f) podrá exigir tambien los débitos sin cesion: lo quarto, porque la sociedad convencional se diferencia en muchas cosas de la conyugal, como diré en el §. 4. de este capítulo, y lo quinto, porque segun una ley de Partida (g) lo que un socio adquiere en la compañía universal, se comunica á los demas sin cesion, y siéndolo, como lo es, la conyugal en quanto al lucro, se debe comunicar tambien sin ella.

28 No solo en el matrimonio legítimo y verdadero se comunican á los casados los bienes que con su industria y trabajo adquieren, miéntras dura, sino tambien los que ganan durante el putativo y que ellos tienen por legítimo, no de otra suerte, (h) y lo propio milita en la dote, pues goza de iguales privilegios en esto que en aquel,

(a) Avendañ. respons. 20 n. 3. Gutier. lib. 2 Pract. quæst. 118. ann. 15 y 16. Diego Perez ley 4 t. 8 lib. 3. Ordenam. col. 1085. (b) Ley 3 ff. Pro socio. (c) Acev. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. in. 19, 20 y 21. Morquech. dict. lib. 2 cap. 14. (d) Ley única Cod. de Thesaur. (e) Matienz. ley 3 tit. 9 lib. 5 R. glos. 3 n. 22. (f) Ley 2 tit. 32 P. 3 y su glos. 5. (g) La 47 al fin tit. 27 P. 3. (h) Cap. 2 de Donation. inter vir. et uxor. Góm. ley 50 de Toro n. 69 vers. Quod extende, y n. 77.

si se padece la misma ignorancia. (a) Asimismo la donacion pura y simple no vale entre ellos, ni se confirma con su muerte. (b)

29 Aunque los hijos del primer matrimonio pretendan gananciales suponiendo haberlos habido en él, no llevarán ningunos, sino es que prueben plena y concluyentemente quales y quantos son, y que existian al tiempo que murió su madre, porque el que se afianza en la qualidad del tiempo, debe probarla como fundamento de su intencion; (c) y sin embargo de que hagan constar que durante dicho matrimonio se compró y adquirió alguna heredad, viña, ú otra cosa, no es suficiente esta prueba para que se les abone la mitad de su valor, aunque existan y su padre las lleve al segundo, ni para que se estimen por bienes multiplicados en vida de su madre, porque pudieron haberse comprado con el dinero dotal de esta, ó del capital de aquel, ó haber enagenado algunos suyos de otra especie á dicho fin, como sucede muchas veces; por lo que se conceptuarán fondo de la sociedad primera y no gananciales de ella: de suerte que para que en caso de existir se reputen multiplicados en el primer matrimonio, es preciso hagan ver claramente que quando su madre murió, habia ademas bienes bastantes para cubrir todo lo que esta y su padre llevaron á su matrimonio, y las deudas contraidas en él (d).

30 No acreditándose suficientemente en qué matrimonio de los del padre comun se adquirieron los gananciales, ni los que este lucró, mientras estuvo viudo, se dividirán igualmente entre los hijos de ámbos, si no mejoró á alguno; y aunque varios AA. (e) dicen que se deben dividir á prorata de lo que duró cada matrimonio, lo qual parece equitativo, no me adhiero á su opinion, porque en el poco tiempo de uno se pudieron haber lucrado muchos, y en el dilatado de otro pocos ó ningunos, ó haberse consu-

(a) Covar. de Sponsal. part. 2. §. 1 cap. 7 nn. 3 y 8. Matienz. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. glos. 1 y 4. Góm. lug. cit. (b) Góm. ley 50 de Toro cit. n. 77. vers. Donatio tamen. (c) Palac. Rub. in Rubr. de Donat. §. 60 n. 16. (d) Ayor. de Part. tit. part. 3 q. 13 n. fin. (e) Siguenz. de Claus. lib. 2 q. 11 n. 146. Escobar comput. 9 y otros que cita.

mido los adquiridos en el anterior, como se experimenta cada dia, segun los negocios, proporciones, gastos, aplicacion, economía y prosperidad ó adversidad que se hubiesen tenido; mayormente quando el padre pudo haberlos gastado todos, y hasta que muere, ningun hijo tiene derecho á que él dé su legítima paterna, ni mas que una probable esperanza de obtenerla, y entónces todos deben ser iguales, no habiendo mejora, sin deberse atender al tiempo que duró cada matrimonio, é inferir que adquirió en él los bienes que dexó, sino solamente á quantos y á que todos son suyos. (1) De lo contrario si v. gr. en el primer matrimonio los habia adquirido todos, nada deberian participar los hijos del segundo, siendo hijos suyos como los otros, y segun la regla del prorateo quedarian privados de su legítima, ó perjudicados, lo qual era suponer en el padre la obligacion de reservarlos para los de cada uno, y no poder usar libremente de los que en cada matrimonio, ó estando viudo habia adquirido, la que ninguna ley le impone, ni le prohibe su uso como dueño de todos.

31 Pero si habiéndose casado el marido, v. gr. dos veces, no formalizó particion, ni aun descripcion de bienes por muerte de la primera muger, de modo que se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios, para dividir entre los hijos de ambos los que tocaron á cada una de sus madres: caso á la verdad que difícilmente puede ofrecerse, es necesario recurrir á pruebas, ó en su defecto á conjeturas prudentes, y así el partidor procurará avenir á las partes, y si no quisieren, y por

(1) Nada hace al propósito que se acredite á no lo expuesto, quando los hijos de dos matrimonios tratan de suceder al padre comun, pues respecto de este es lo mismo que si todos los fueran de una sola madre, y así Febrero padeció una muy notable equivocacion. Escobar á quien cita, solo propone el caso de que habla Febrero en el núm. sig.: el caso en que los hijos de dos matrimonios piden como herederos de sus madres los gananciales que les corresponden, quando no consta quantos se adquirieron en el primero y quantos en el segundo matrimonio; y es de parecer que deben dividirse entre dichos hijos á prorata del tiempo que duró cada uno, y á proporcion de la dote (y demas bienes, añado yo) de cada muger: cuya opinion me parece razonable, aunque merece atenderse lo que dice Febrero núm. cit.

escrituras, ú otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los existentes, los estimará por gananciales respectivos de ámbos, y aplicará á los hijos de cada uno como adquiridos en tiempo de sus madres y con arreglo á sus últimas disposiciones, la mitad de los que aparecieren, pues la otra mitad toca á su padre, en la qual todos son interesados igual é indistintamente, si no mejoró á ninguno. Si nada resultare, se ha de tener en consideracion qué tiempo estuvo casado con cada muger; qué negocios manejó, y qué utilidades ó pérdidas tuvo: qué conducta era la de sus mugeres, pues unas disipan los caudales, y otras los conservan ó aumentan: qué enfermedades y contratiempos le sobrevinieron á él ó á sus mugeres, hijos, ó hacienda, (pues mucho de esto se podrá probar) y hecho un cómputo imparcial y prudencial, llamará á los interesados para manifestárselo é instruirles de todo lo que tuvo presente para hacerlo. Y si sin embargo no se avinieren, lo consultará al Juez para que oyéndolos en forma resuelva y le prescriba reglas fixas que le sirvan de norte y pauta para girar la cuenta, con arreglo á las quales ha de proceder sin mezclarse en hacer oficio de Juez; pues siempre que le ocurra duda que no pueda disolver, acerca de los gananciales, ó de algun otro particular, y las partes no se convengan, debe proponérsela para dicho efecto, haya ó no menores. Lo que se ha expuesto en órden á los hijos de dos matrimonios, milita en los de tres ó mas, sea por muerte del padre ó madre comun, segun los casos ocurran.

§. II.

Quando no se comunicarán, ó perderán los conyuges los gananciales.

32 Como cada regla general padece sus limitaciones ó excepciones, tambien las padece la de que los bienes adquiridos durante el matrimonio se comunican igualmente á los conyuges; pues hay varios casos, (a) en que no so-

(a) Estan recopilados en la Prim. Part. cap. 6.

lo no se les comunican, sino que los pierden, y los quales se van á exponer.

33 Si alguno de los cónyuges comete crimen de lesa Magestad ú otro, por el que segun derecho deba perder sus bienes, nada percibirá de la mitad de gananciales que á no haberle cometido le tocaria, y se reputan por tales todos los que fueran hasta que se declaran en juicio perdidos, aun quando el delito sea de tal calidad que el perpetrador incurra ipsojure en la pena; mas por el del uno no pierde el otro su mitad ni los demas bienes suyos: (a) en cuya atencion aunque por el delito no se confisquen, si se le condena en alguna pena pecuniaria, deberá descontársele de su mitad y aplicarse otro tanto como importe, al otro cónyuge, porque el daño que se causa á la sociedad por dolo ó culpa de uno de los socios, no debe tocar á los consocios. (b)

34 Habiéndose quedado la muger despues de casada en su casa sin haber ido á cohabitar con su marido, ninguna parte le toca de los gananciales que adquirió este entre tanto con su mera industria y caudal: porque ningun trabajo puso en su conservacion, custodia, ni incremento, ni tampoco fondo con el qual pudiese comerciar y lucrar. (c)

35 Si el esposo ántes de llevar la esposa á su casa recibe su dote en dinero, y comerciando con él adquiere muchos gananciales, parece que aun no habiéndola alimentado no tendrá parte la esposa en ellos, ya por lo dicho en el número antecedente, ya porque faltan la union y habitacion *de consuno* que prescribe la ley para ganarlos, y ya porque si se pierde la dote en la negociacion, es de cuenta y riesgo del esposo, y no de la esposa, por habérsele transferido su dominio, especialmente consistiendo en dinero. (d) Pero sin embargo lo contrario tengo por mas cierto: lo primero, porque para contraer la sociedad conyugal no es

(a) Leyes 10 y 12 tit. 9 lib. 5 R. (b) Leyes 7 y 13 tit. 10 P. 5.
(c) Montal. ley 1 tit. 3 lib. 3 del Fuero Real glos. 1. Matle. 2. en la 2 tit. 9 lib. 5 glos. 1 n. 41. Colar. de Sponsal. part. 2 c. 7 §. 1 n. 6.
(d) Palac. Rub. in Repet. c. Per vestr. col. 297.

precisa la cohabitacion, como ya he sentado, y basta la celebracion del matrimonio: lo segundo, porque las leyes mandan que las ganancias adquiridas con caudal comun se dividan entre los socios: (a) lo tercero, porque en el caso propuesto es visto haberse contraído una sociedad entre los esposos de presente, y así el lucro que despues de recibida la dote se adquiere, se debe comunicar á entrámbos, aunque la esposa no esté en la casa del esposo; y lo quarto, porque es innegable que la dote dada al esposo se le dió como á marido, y puesto que este tiene obligacion de dividir con su muger las utilidades que adquiere, debe dividirlas tambien en el caso presente. Por estas razones y por otras que trae Castillo, (b) no me queda duda en que las ganancias adquiridas por el esposo con la dote de la esposa se deben comunicar á esta, entendiéndose que él pone la industria y ella el fondo ó parte de él.

36. Si estando la muger en compañía de su marido la echa este de su casa sin causa legítima, y miéntras se halla fuera, adquiere muchos gananciales, debe comunicarlos con ella, porque subsiste el matrimonio, y no ha cometido delito, porque deba perderlos, mayormente quando se cree hecha la expulsion con ánimo de defraudarla, (c) al modo que si un amo despide sin culpa á un criado, ó hace cosa, por la que se vea en precision de despedirse, debe pagarle el salario estipulado, como si le hubiera servido todo el tiempo pactado. (d) Pero asimismo quando la muger sin causa no quiere vivir con su marido y adquiere algunos gananciales durante la separacion, debe comunicarlos con él; (e) y en caso de divorcio legítimo el que le hubiese motivado tiene que alimentar de sus bienes al hijo de ámbos, y este ha de estar al cuidado del otro. (f)

37. No procede lo expuesto, quando marido y muger se separan recíprocamente por alguna causa con legítima dispensa, pues entónces cada uno hace suyo privativamen-

(a) Leyes 3, 6, 7, 12 y 13 tit. 10 P. 4. (b) Ley 16 de Toro n. 50 y 51. (c) Castill. n. 32. Matienz. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. glos. 1 nn. 43, &c. y 51. (d) Ley 8 tit. de las fuerzas y daños del Fuero Real. (e) Castill. n. 53. (f) Ley 3 tit. 19 P. 4.

te lo que adquiere despues de la separacion: ya porque por el hecho de estar separados por juicio de la iglesia se consideran, como sino fuesen marido ni muger, y de consiguiente no versa motivo alguno de los que tuvo la ley para conceder á la muger la mitad de las ganancias: ya porque como viven separados, tienen sus bienes en la misma forma, y faltan la voluntad, union, sociedad y trabajo de ámbos para ámbos. (a) Lo propio milita, quando voluntariamente se separan votando castidad, (b) y quando por impotencia ú otro motivo se declara nulo el matrimonio; pero en todos estos casos deben partir los gananciales adquiridos hasta que se declaró la separacion, ó nulidad, porque hasta entónces hubo matrimonio, buena fé y sociedad legítima entre ellos, y los adquirieron como marido y muger.

38. Si la muger por la sevicia, excesiva rigidez de su marido, ú otro motivo grave se separa de él, por manera que no hacen vida marital, no solo se le debe restituir su dote sino tambien la mitad de los gananciales, adquiridos ántes de su separacion. (c) Y en quanto á los lucrados despues de la separacion, parece no tendrá derecho á ellos, porque se hizo á su instancia, aunque el marido diese motivo para ella, y por el hecho de no haber querido vivir con él es visto que tampoco quiso participar de los gananciales que adquiriese despues. (d) Pero no obstante, la opinion comun y mas segura es, que deberá llevar la mitad de los adquiridos posteriormente, pues seria injusto que la muger separada sin delito de su marido y por culpa de este, fuese privada del beneficio que la ley le concede, y que le perjudicase su inocencia, utilizando al mismo tiempo al marido su crimen. (e) Lo mismo procede en el marido, quando la muger dió causa al divorcio, pues ámbos son correlativos, y lo que se diga del uno, ha de decirse de la otra habiendo igual razon. (f)

(a) Castill. n. cit. vers. Quæro insuper. (b) Matienz. ley 2 cit. gl. 1 n. 57. (c) Cap. 1. de Donation. Inter vir. et uxor. (d) Castill. n. cit. vers. Item quid si uxor. (e) Góm. ley 12 de Toro n. 15. Covar. in Epitom. de Spons. part. 2. c. 7. §. 1. n. 6. Matienz. lug. cit. nn. 47 y 48.
(f) Castill. dich. ley 16 col. ult. Matienz. lug. cit. nn. 53, 54 y 55.

39 Si la muger es adúltera, ó contra la voluntad de su marido va á casa de hombre sospechoso, en cuyo caso se présume serlo, ó abandona nuestra santa religion, volviéndose Mora, Judía ó de otra secta, no solo perderá los gananciales sino tambien su dote y arras, excepto que su marido le perdone el adulterio y la restituya á su compañía, pues entónces se vuelven las cosas al estado que tenian ántes de cometerle, y así nada perderá por él. (a)

40 Si una viuda vive luxuriosa y escandalosamente, pierde los gananciales que debe restituir á los herederos de su marido, aunque sean extraños; (b) pero esta pena de restitucion no comprehende al marido, porque la deshonestidad no es tan vituperable y ofensiva en un hombre como en una muger, (c) (1) por cuya razon la casada no puede acusar de adúltero á su consorte.

41 Renunciando la muger mayor de 25 años los gananciales, nada percibirá de ellos, aunque tampoco pagará las deudas del matrimonio; (d) y por tanto si ántes ó al tiempo de contraer matrimonio se pacta que todos los gananciales que durante éste se adquieran, han de ser para el marido, valdrá el pacto, y se le adjudicarán todos á él ó á sus herederos, (e) porque no es contra ley ni buenas costumbres.

42 Si constante el matrimonio renuncia los adquiridos y que se adquiriesen en lo sucesivo, tambien valdrá, pues puede hacerlo sin necesitar licencia de su marido, porque tal renuncia cede á favor de él y no le está prohibida; mas debe jurar la escritura para no poder recla-

(a) Leyes fin. tit. 2 lib. 3 del Fuero Real, 23 tit. 11 P. 4, 15 tit. 17 y 6 tit. 25 P. 7, y 11 tit. 9 lib. 5 R. Gom. ley 50 de Toro cit. n. fin.

(b) Leyes 5 al fin y 11 tit. 6 lib. 5 R.

(c) Ley 1 tit. 14 P. 4. Gom. en la 14 de Toro p. 34 y en la 50 nn. 73 al fin y 80.

(1) He substituido esta razon á estotra que trae Febrero: *porque en él no se contempla deshonestidad, por no ser lecho de su muger, como este lo es de él.* Esto ultimo se ha tomado de la ley de P. cit. aunque en ella está mejor dicho.

(d) Ley 9 tit. 9 lib. 5 R. que dice: "Quando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido uviere hecho durante el matrimonio."

(e) Rodrig. Suar. ley 1 t. de las ganancias lib. 3 del Fuero Real.

marla; (a) y así ya los renuncie en el matrimonio, ya despues de disuelto, pertenecen enteramente al marido, como por el contrario renunciándolos este corresponden todos á la muger. (b)

43 Y si siendo viuda y mayor de 25 años los renuncia, valdrá con mayor razon, y no estará obligada á pagar deudas; pero si es menor, necesitará licencia judicial precedido maduro exámen de si le es útil ó nociva la renuncia, para que sea válida, pues no basta la de su tutor ó curador, porque al menor está prohibido no solo enagenar y perder lo que tiene, sino tambien dexar de adquirir. (c) Lo propio milita en la que haga la menor ántes de casarse, ó constante el matrimonio.

44 Quando no se hizo ningun pacto acerca de los gananciales, se debe tener presente para su division la costumbre del pueblo en que se contraxo el matrimonio, (d) con tal que esten en el término del mismo pueblo los bienes que se han de partir; pues no hallándose en él, se ha de estar á la de el en que se domiciliaren; y así para participar la muger de la mitad de los que estan en el pueblo de su domicilio, no es menester pactarlo quando se casa, si allí se comunican los que se lucran, aunque nada se hable de ellos, y se haya casado en donde no son comunicables: de modo que donde se acostumbrare dividir las ganancias allí existentes, se dividirán sin necesidad de pacto, y donde no hubiere tal costumbre, no, excepto que se pacte otra cosa al tiempo de casarse, como puede hacerse, (e) porque la costumbre no extiende sus efectos fuera del territorio en que está introducida, (f) y quando es respectiva á los bienes y no á la persona, se ha de juzgar acerca de ellos con arreglo á la del territorio en que estan sitos. (g)

(a) Burg. de Paz 2. 9 n. 11. Góm. y Castill. ley 60 de Toro. (b) Góm. lib. 1 Var. c. 10 n. 28 vers. Ex quo singulariter infero. (c) Leyes 60 tit. 18 P. 3 y 18 tit. 16 P. 6. Góm. en la 60 de Toro n. un. vers. Nec etiam obstat, y lib. 2 Var. cap. 14 nn. 13, 14, 15 y 27. (d) Ley 24 tit. 11 P. 4. (e) Greg. Lóp. dich. ley 24 glos. 2 vers. Ego tamen hoc intelligerem. Matienz. en la 2 tit. 9 lib. 5 R. glos. 1 nn. 67, &c. y 87. (f) Cap. fin. de Constit. in 6 y ley fin. ff. de Jurisdiction. omnium Judic. (g) Mat. dich. ley 2 glos. 1. Greg. Lóp. en la 24 cit. Góm. en la 50 de Toro n. 75.

45 El marido, como dixe en el n. 26, puede enagenar constante el matrimonio los gananciales; pero probando la muger ó sus herederos haberlos enagenado con ánimo de defraudarla, si la enagenacion fuere de cosas que consisten en número, peso ó medida, ó de otros muebles que no existen, deberá el marido ó su heredero satisfacerle su parte de su propio patrimonio, ó imputársela en la suya de gananciales: si hecha excusion en sus bienes, no quedare la muger reintegrada, podrá usar de la accion revocatoria contra el poseedor de ellos como hecha en fraude suyo; y si la enagenacion fué de cosa que existe, podrá usar tambien de la misma accion contra su poseedor sin hacer la excusion. (*a*)

46 Estan discordes los AA. sobre si donando el marido, ó consumiendo los gananciales en juegos ó en otros vicios, tendrá accion la muger contra sus bienes por la mitad de la parte que donó ó disipó. Unos afirman que cesante el dolo expuesto puede enagenarlos, sin que la muger tenga recurso por su mitad: (*b*) lo primero, porque esta palabra enagenar es tan ámplia y general que comprehende todos los contratos, distractos y actos por los quales se transfieren el dominio útil y directo: (*c*) lo segundo, porque la ley habla generalmente sin distinguir, si la enagenacion ha de ser por venta, donacion ú otro título oneroso ó lucrativo, y por lo mismo se comprehende en ella la donacion; pues la ley se debe entender segun está escrita sin distincion alguna; y lo tercero, (omitiendo otras razones poderosas) porque dicha ley es posterior á las del Fuero que conceden á la muger la mitad de gananciales y las corrige, y así con consideracion á que el marido es el que los adquiere (pues las mugeres apénas se pueden mantener decentemente con su honesto trabajo, como lo vemos) le confiere ámplias facultades para enagenarlos por qualquier título sin licencia de su muger como dueño.

47 Otros AA. fundados en la mera y libre administracion que conceden al marido, son enteramente de con-

(*a*) Góm. dich. ley n. 74. (*b*) Góm. lug. cit. n. 73. Ayor. p. 2. q. 41 n. 46. (*c*) Ley 2 tit. 14 P. 1.

trario sentir en quanto á hacer donacion de los gananciales; porque el donar es perder y desfalcar el patrimonio, y en la administracion general concedida al marido por la ley inserta en el núm. 26 con facultad de enagenar, no es visto habérsele dado la de donar, y así no lo puede hacer el que la tiene, á ménos que especialmente se le conceda. (a) Mas tocante á la disposicion en juegos ú otros vicios no son de opuesto dictámen, porque no lo hace con dolo; y por evitar litigios y discordias, no se hace mérito de ello segun costumbre. (b)

48 Y otros conciliando las opiniones y eligiendo un medio dicen que siendo pequeña la donacion y hecha por causa justa á parientes, criados ó amigos, valdrá; mas no si es inmoderada y no hay causa legítima para hacerla, ó si es tal que arruine el patrimonio, ó le desfalque considerablemente. (c) (1) Esta opinion como mas razonable que la negativa, es la que me parece debe seguirse, pues no priva al marido del libre uso de lo que es suyo, en quanto se le permite á qualquiera persona prudente, porque aunque cada uno como dueño puede disponer de sus bienes á su voluntad, conviene al estado que no abuse enormemente de esta facultad, y así estan prohibidas justamente la prodigalidad y disipacion. (d) En este concepto se debe entender la afirmativa, dexando al prudente arbitrio del Juez, teniendo en consideracion la donacion y donatario, la causa para hacerla y el caudal del donante, el regular y moderar aquella, pues de lo pequeño no se debe hacer mérito. (2)

(a) Molin. de Primogen. lib. 5 cap. 10 n. 6. Morquech. de Divis. lib. 2 cap. 13 nn. 1 y 2. (b) Rodrig. Suar. ley 1 tit. 3 lib. 3 del Fuero Real vers. Quæritur circa hoc. Greg. Lóp. en la 13 tit. 10 P. 5 glos. 5 Góm. en la 50 de Toro n. 66. (c) Molin. lug. cit. desde el n. 65. Acev. ley 5 tit. 9 lib. 5 nn. 9, &c. y 18. García de Conjugal acquæst. n. 148.

(1) De la donacion moderada y hecha con justo motivo no puede inferirse el ánimo de perjudicar á la muger como de la excesiva y hecha sin causa legítima.

(d) Matienz. ley 1 tit. 2 lib. 5 R. glos. 1.

(2) Esta sentencia media que casi concilia la afirmativa y la negativa, es la que sin recelo deben adoptar los Jueces y Letrados como mas conforme á razon, y García asegura (de Conjug. acq. n. 65) que se halla muy recibida entre nuestros intérpretes.

49 No solo está prohibido á la muger donar sus bienes dotales y gananciales constante su matrimonio, sino tambien dar limosna sin expresa licencia de su marido, excepto en quatro casos, de los que expresa tres la ley 12 tit. 23 P. 1 concordante con el derecho canónico, y son el primero, quando la hace de sus bienes parafernales no entregados al marido; el segundo, quando es de pan, vino ú otra cosa de comer que tenga en su despensa, para remediar en el dia la indigencia de algun pobre; pero esto ha de ser con moderacion y en el firme concepto de que su marido no lo llevará á mal; el tercero, quando es para socorrer la extrema necesidad de alguno que á no remediársela pereceria, en cuyo caso, aunque su marido se lo prohiba, debe darle limosna, porque mas obligada está á obedecer á Dios que lo manda por piedad, que á su marido que se lo prohibe por codicia é inhumanidad; y el quarto, quando es de lo que su marido la señala en las capitulaciones con título de alfileres para vestirse, y otros adornos y urgencias mugeriles, como sucede á las Señoras Grandes de esta corte, pues lo hacen suyo privativamente en virtud del pacto, y pueden hacer de ello lo que quieran sin intervencion ni licencia de su marido, segun se observa y podrán pactar otras que no sean Grandes. Por tanto, si la muger hiciere alguna fundacion pia, donacion ó gasto considerable sin que concurra á ello su marido, ó lo apruebe despues expresamente, debe imputársele en su haber, porque es visto haberlo defraudado contra su voluntad, y así se ha practicado y aprobado judicialmente en una particion que he hecho.

50 No está obligada la muger por la fianza que haga su marido, (a) en cuya atencion se fió á alguno, pagó por él, y no recuperó lo pagado, por ser pobre ú otro motivo, se le imputará en cuenta de su haber. Es verdad que las deudas que contrae uno de los socios subsistiendo la sociedad, se deben satisfacer del caudal de ella; (b) pero es-

(a) Ley 7 tit. 3 lib. 5 R. que dice: "Mandamos, que por fianza que el marido hiciere en qualquier manera, ó por qualquiera razon, no sea obligada la muger ni sus bienes." (b) Ley 7 tit. 10 P. 3.

to se entiende quando las contraxo en negocio de la misma sociedad y no en el suyo: (a) de suerte que siempre que por culpa conocida del marido experimentan notable decremento, ó desfalco los bienes de la sociedad conyugal, ó se gravan con censo, ó de otra forma, debe pagarle de su haber, como lo dispone la ley acerca de los socios convencionales; (b) pues el daño que un socio causa por su culpa al otro, no se compensa con lo que adquiere por su industria. (c)

51 Pero si el marido entró en algun arrendamiento ó negocio con otro, ámbos se fiaron, y creyendo utilizarse se perdieron, y por no haber tenido el consocio con que satisfacer la parte en que salió alcanzado, la satisfizo por él, no se le ha de imputar en la suya este daño y será de cuenta de la sociedad conyugal, en cuyo nombre se metió en el negocio, porque fué casual, y así como perdió, pudo ganar, y quien está á lo uno, debe sufrir lo otro, mayormente habiendo sido recíproca entre los dos la fianza, en cuyo caso ninguno se grava. (d)

52 Si la muger que renunciando los gananciales no debe pagar las deudas del matrimonio, segun se ha dicho en el n. 41, los acepta, y porque advierte luego que no son suficientes para su solucion, los renuncia, estará sin embargo obligada á satisfacerlas; pues no se puede apartar del contrato que celebró, mediante á que así los herederos como los acreedores adquirieron derecho á su observancia, aunque si la muger es menor al tiempo de la aceptacion, gozará del beneficio de la restitucion. (e) Pero no es esto tan cierto que no haya quien lleve lo contrario, fundándose en que por la mera aceptacion no es visto haberse obligado á dicha satisfaccion mas que en quanto alcancen los gananciales, y sí únicamente prestado su consentimiento para su admision, si los hubiese; y en que como por la ley solo está obligada á pagar las expresadas deudas, quando quiere percibirlos, no percibiéndolos,

(a) Leyes 12 y 60 ff. Pro socio. (b) Dicha ley 7. (c) Leyes 16 y 25 ff. Pro socio. (d) Ayor. part. 1 cap. 8 nm. 10 y sig. Morquech. lib. 2 cap. 13 un. 12, 13 y 14. (e) Gutier. lib. 4 Pract. q. 68. Matienz. ley 9 tit. 9 lib. 5 R. glos. 1 n. 9. Acev. en la misma n. 13.

queda libre, sino es que al tiempo de admitirlos se obligue, ó despues de viuda contraiga expresamente con los acreedores. (*a*)

§ III.

Cómo se han de dividir las mejoras que hicieron los cónyuges en bienes libres y vinculados.

53 La ley 46 de Toro que es la 6 tit. 7 lib. 5 R. dice: "Todas las fortalezas que de aquí adelante se hicieren en las ciudades, villas y lugares y heredamientos de mayorazgo, y todas las cercas de las dichas ciudades, y villas y lugares de mayorazgo, así las que de aquí adelante se hicieren de nuevo, como lo que se reparare ó mejorare en ellas; y asimismo los edificios que de aquí adelante se hicieren en las casas de mayorazgo, labrando, ó reparando, ó reedificando en ellas, sean ansi de mayorazgo como lo son, ó fueren las ciudades, y villas, y lugares, y heredamientos, y casas donde se labraren; y mandamos que en todo ello suceda el que fuere llamado al mayorazgo con los vínculos y condiciones en el mayorazgo contenidas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion, ó valor de los dichos edificios á las mugeres del que los hizo, ni á sus herederos, ni sucesores, &c." Pero sobre esta ley pueden verse la Prim. P. (*b*) y los AA. (*c*) quienes discuerdan acerca de su inteligencia.

54 Hablándose de bienes libres de marido y muger mejorados en su matrimonio, dice Ayora (*d*) que si es tierra que se plantó de viña, se dividirá, aplicando en ella á su dueño el valor que tenia ántes, y partiendo el mayor que tenga con las mejoras, entre él y los herederos del otro cónyuge. Por exemplo, valia 100 la tierra y con la viña vale 200. Llevará el dueño 150, los 100 por el valor de la tierra, y los 50 por mitad de mejoras como gananciales; y

(*a*) Ayor. part. 1 cap. 8 cit. n. 17. (*b*) Cap. 7 nn. 51 y 52 y sus notas. (*c*) Gom. ley 46 de Toro. Matienz. en la 6 tit. 7 lib. 5 R. Molin. lib. 1 de Primog. cap. 26. Pelaez de Majorat. part. 4 q. 33 n. 3. García de Expens. cap. 13 n. 45. Acev. dich. ley 6. Ayor. part. 1 cap. 10 n. 3. (*d*) Cap. 10 cit.

dichos herederos por la otra mitad llevarán en la misma viña los 50 restantes, y se dividirá y amojonará la viña. Mas tambien dice por el contrario que si es casa, molino ú otro edificio, se aplicará todo con el costo de lo fabricado ó mejorado al dueño del suelo en que se hizo, quien sino le cabe por su mitad de gananciales todo el valor expendido en las mejoras, dará á los otros interesados el exceso en dinero: previniendo que en todo caso se ha de atender á lo que costaron, y qué es lo que salió del caudal comun, y no á lo que valen al tiempo de la particion sea mas ó ménos. La razon de diferencia en practicar así esta division consiste segun el mismo autor, en que la viña la tiene cómoda, y la casa ó edificio no, y en apoyo de su dictámen cita las leyes 3 y 9 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real.

55 Pero sino me engaño, se ha equivocado Ayora en la inteligencia de estas leyes que en mi concepto disponen lo mismo en un caso que en otro acerca de la propiedad del fundo, como se echa de ver en sus palabras. Ley 3. "Quando el marido, é la muger ponen viña en tierra que sea de qualquier dellos, é muriere el uno dellos, cuya fuere la tierra, tome el terrazgo, segun ponen otras viñas en aquel lugar, y el vino partalo con los fijos del muerto, ó con sus herederos, si fijos no hubiere: y esto mesmo sea de otras labores qualesquier que se ficieren en el solar del uno dellos." Ley 9. "Si el marido, ó la muger facen casa en tierra que sea del marido, ó de la muger, é muriere el uno dellos, cuya fuere la raiz, dé la meitad de la preciadura á quien heredase su buena, (*hacienda ó bienes*) quanto asmaren (*estimaren*) que cuesta la fechura, ó finque (*quede*) cuya fuere la raiz con las cosas; é si cuya fuere la raiz, muriere ante, otrosí los que heredaren su buena, den la meitad de la apreciadura, así como dicho es: E otrosí mandamos que esto mesmo sea de los molinos, é de los fornos." Por tanto, sea viña, olivar, casa, horno, molino, huerta plantada de árboles, ú otra cosa hecha en el solar de uno de los cónyuges, debe el dueño de aquel llevarlo todo, pagando la mitad del costo de mejoras á los herederos del otro: lo primero, por-

que este carece de título para pretender parte del fundo, y así se cumple con darle lo que se empleó en la mitad de mejoras, y á no haberse empleado existiria en dinero, ó en otra especie; y lo segundo, porque la ley 3 dice que el dueño de la tierra tome el terrazgo, y parta el vino con los herederos del muerto: que quiere decir, que lleve la heredad, como que es suya, y la mitad de las cepas, y satisfaga al cónyuge la otra mitad de estas; pues á no ser este su espíritu mandaria que los dos partiesen la tierra á proporcion con las cepas ó vino, y no que el dueño tomase el terrazgo y partiese el vino con los herederos del muerto, porque las cepas sin terreno no sirven para fructificar sino para el fuego. Por otra parte, aunque la ley mandára clara y expresamente lo contrario era preciso probar que estaba en uso, y entónces solo en el pueblo en que lo estuviese, deberia observarse, porque segun la primera de Toro no tienen vigor de tales las del fuero sino en donde, y en lo que son usadas y guardadas; por manera que no me queda duda en que se debe practicar la division en los términos propuestos, excepto que haya costumbre contraria, ó los interesados se convengan en lo que dice Ayora, ó no pueda hacerse de otro modo.

56 Haciendo el marido gastos necesarios en las fincas dotales no estimadas, como por amenazar ruina la casa dotal sin su culpa, si la dote consiste en especie y cantidad juntamente, y no hay gananciales, disminuyen los gastos la dote en cantidad: quiero decir, que tanto ménos tendrá la muger que percibir en dinero del que llevó en dote, y su marido que restituirle, quanto importen los hechos en la casa. Si consiste solamente en especie, no la disminuyen; pero el marido puede retener por via de prenda la finca en que los hizo, hasta que se los pague su heredero, porque una vez que no hay gananciales, es visto haberlos hecho de su capital, y debe ser reintegrado por su muger, en cuyo beneficio se emplearon; pues á no estar casada tendria que buscar dinero para evitar la ruina, ó pereceria la finca, y mejor es usar de la retencion que de la accion. Siendo útiles los

gastos, como si en la casa se aumentó algun quarto, ó mejoró la habitacion, si se hicieron con consentimiento de la muger, ó esta es rica, aunque no le prestase, los puede recuperar de ella el marido; pero si son voluntarios, no tiene derecho á su repeticion, y sí únicamente á que la muger los quite de su finca, con tal que de quitarlos no se siga detrimento á esta, de modo que decaiga del estado que tenia quando la llevó; pues si se le causa, no está obligado á ello, y los perderá el marido compensándolos con los frutos percibidos. (*a*) Tampoco tiene accion á repetir los gastos hechos en la recoleccion de frutos ó en su conservacion, excepto que restituya los mismos frutos. (*b*)

57 Y si hay bienes para cubrir la dote y capital del marido, y ademas resultan de gananciales los gastos necesarios y útiles hecho en las fincas dotales, se dividirán entre ámbos, percibiendo el marido su parte en la forma expuesta; y aunque parece que este debe compensar su importe con sus frutos y hacerlos de estos, no es así, porque los frutos le estan concedidos para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, en cuya atencion solo tiene que hacer de ellos los reparos menores que miran á la conservacion de la finca, no los mayores y forzosos que se ofrecen por algun caso fortuito; pues como estos se hacen por la perpetua utilidad y subsistencia de la finca, son de cuenta de la muger, en quien permanece el dominio de ella, y el incremento, ó decremento casual es de su cuenta. "Mejorando el marido, dice la ley final tit. 11 P. 4, la cosa que le dió su muger en dote, non siendo apreciada, assí como si la reficiesse, ó la acresciesse, porque fuesse mejor, é rindiesse mas, si las despensas que en ella metiere, fueren atales que se mejora la dote por ellas, puedelas contar, é averlas aquellas que ficiere, ademas de quanto montare el esquilmo que llevó de los frutos, é de las rentas de la dote." (*c*) Ademas si el marido restituye

(*a*) Ley fin. tit. 11 P. 4. Góm. en la 50 de Toro n. 51. Garcia de Expens. cap. 13 n. 49. (*b*) Garcia cap. 13 cit. n. 57. (*c*) Greg. Lóp. ley 41 tit. 28 P. 3 glos. 5. Cov. lib. 1 Var. cap. 8 n. 4 al fin. Garcia cap. 13 cit. n. fin. Góm. ley 46 de Toro n. 3.

toda la dote sin deducir dichas expensas, puede repetirlas como pagadas indebidamente y con error. (a)

58 Mas para que el partidor no se confunda en el modo de dividir estas mejoras que son gananciales, le instruiré con los exemplos siguientes. Siendo útiles, debe agregar el importe de su valor al caudal efectivo y partible, como que son incremento verdadero de él, no considerando la finca por el mero precio en que la muger la llevó, y aplicarsela con ellas, ó por el todo de su tasa, (la qual debe hacerse con distincion de lo que vale la finca sin ellas, y lo que ellas valen) dexando de entregarle otras cosas, y adjudicándolas á su marido en pago de su mitad: v. gr. vale la finca 20ↀ reales y las mejoras útiles hechas en ella 10ↀ, por lo que se tasó en 30ↀ, y ademas hay de gananciales en otras cosas otros 10ↀ que en todo componen 20ↀ. En este caso se aplica á la muger su finca en los 30ↀ, los 20ↀ porque los valia, y los 10ↀ por las mejoras hechas en ella y mitad de gananciales que hay, y al marido se adjudican por la otra mitad los bienes restantes lucrados. Si hubiere mas gananciales, se le darán en otros bienes para complemento de su parte, y si no hay mas gananciales que las mejoras, pagará la muger á su marido, ó á sus herederos la mitad de estas en dinero, buscándole sino le tiene, ó retendrán aquellos la finca para su reintegro con los frutos.

59 Si las mejoras son necesarias, se ha de distinguir. Ó hay mas gananciales que lo que importan, ó no: si los hay, para que se pueda hacer pago al marido de su mitad, se pone verbal y numéricamente su total por caudal, como si real y efectivamente existiera, y luego se hace la misma aplicacion que quando son útiles, adjudicándose al marido los demas bienes: si no hay mas gananciales, se aplica su mitad á la muger en el valor de la finca, y al marido la otra mitad en otra cosa dotal. Por exemplo, importan las mejoras 10ↀ y la finca dotal vale 20ↀ: se da á la muger por 30ↀ, los 20ↀ que valia,

(a) Baez. de Decim. cap. 18 n. 11. Gutierr. de Tutel. part. 3 c. 29 n. 16.

los 5∂ por su mitad de gananciales, y los otros 5∂ por la otra mitad que toca á su marido, y ella dexa de tomar en otra cosa dotal; pero si no hay otra cosa dotal que se pueda adjudicar al marido en pago de su mitad de mejoras, es menester que la muger busque dinero para reintegrar de ella á su marido, ó á sus herederos; y en su defecto pueden retener estos la misma finca hasta que con sus frutos se hagan pago de lo que les toca, pues á no haber expendido su dinero en repararla le tendria en especie ó en otras cosas, y la muger hubiera perdido su finca dotal. Para graduar de mayores ó menores los gastos, ó reparos hechos en las fincas dotales se ha de atender al fin con que se hicieron y á lo que expendió el marido en cada uno, y no á lo que importan los hechos en repetidas ocasiones por lo que si en una finca dotal hizo muchos en distintos años, ó en uno diversos en varias fincas, los quales componen juntos una crecidísima suma, se deberán reputar todos por menores y compensarse con los frutos, sin embargo de la considerable cantidad á que ascienden unidos, porque cada reparo de por sí es de corta entidad, y hecho únicamente para conservacion, uso y produccion de la finca, no para su perpetua duracion ó subsistencia; y aunque reducidos á una suma importan mucho, no obsta, porque para su compensacion percibió muchos frutos de las fincas dotales que está obligado á reparar y conservar con ellos, y nada expendió de su propio caudal, ni del adquirido por otro medio.

6o Mejorando el marido los bienes dotales y mandando en su testamento *que sus herederos entreguen libremente á su muger los que llevó á su poder*, sin mas expresion; si estos bienes estan mejorados por aumentos hechos en ellos ó por haber redimido las cargas á que estaban afectos, y si tambien hay frutos pendientes en ellos; se duda si en virtud de esta cláusula deberán entregarse á la muger con los frutos, ó si estos y las mejoras y cargas se deberán inventariar, poner por gananciales y dividirse. Parece que sin embargo de la palabra *libremente* se han de poner por gananciales como lucrados constante el matrimonio, y dividirse entre ámbos cónyuges, respecto no haber hecho

mencion de mejoras, cargas, ni frutos, mayormente sabiendo que estos estaban pendientes, y aquellos se habian hecho, ó redimido, y que todo es comunicable á entrámbos; pues si hubiese querido favorecer á su muger, lo hubiera expresado. Mas no obstante debe decirse lo contrario con la distincion de que si los herederos no son forzosos, ha de llevar todos sus bienes la muger con sus frutos pendientes sin descuento de mejoras ni cargas, porque de todo es visto haber querido el testador hacerle donacion ó legado, usando de la palabra *libremente*; y si son legítimos ó forzosos, se le descontará solamente el exceso á lo que pudo disponer en perjuicio de ellos, que es el quinto, ó tercio. Si no mandó mas que restituirle la dote que llevó á su poder, podrán sus herederos descontar de ella y cobrar el importe de las mejoras hechas en sus bienes dotales, porque es evidente no haber querido legárselas, ni beneficiarla con ellas. (*a*)

61 El marido, haya traido mucha, poca, ó ninguna dote su muger, debe curarle sus enfermedades, sufriendo esta carga como una de las matrimoniales, porque es su compañera, recibe de ella servicios, obsequios y beneficios, se expuso á todo quando se casó, (*b*) y en fin porque en el nombre de alimentos no solo se comprehenden el vestido, la comida y habitacion sino tambien las medicinas, y todo lo que es necesario para vivir y sin lo que no puede subsistir ni conservarse el cuerpo humano; (*c*) por lo que carece de accion para repetir de su suegro los gastos que hizo en su curacion, y para retener el todo ó parte de la dote por via de compensacion de ellos, mayormente si él tuvo la culpa de las enfermedades. (*d*) Sin embargo dicen algunos AA. (*e*) que no habiendo sido culpado, si la última que su muger padeció, fué crónica, prolixa y grave, no alcanzan los frutos de su dote por ser ténue para el reintegro de los gastos causados en ella, y el mari-

(*a*) Ayor. part. 2 q. 38 n. 37. (*b*) Fontanela de Pact. t. 2 claus. 6 glos. 2 part. 5 n. 1. (*c*) Surd. de Alim. tit. 4 q. 1, &c. y 8. (*d*) Fontanel. lug cit. nn. 16, 17 y 18 (*e*) Mascard. de Probat. concl. 77 n. 1. Fontanel. lug. cit. n. 9 y otros.

do protesta que los hace con ánimo de exîgirlos y no por piedad ni afecto marital; podrá hacerlo y compensarlos con su dote en caso de no haber gananciales, á la manera que la madre que alimenta á su hijo, y protesta que no lo hace por afecto sino con intencion de cobrar de los herederos de su marido los alimentos que le da; (*a*) y aun añaden que no es necesaria la protesta, porque la dote es patrimonio de la muger, y esta, miéntras se halla enferma, no sirve ni obsequia á su marido, el qual es deudor suyo, y jamas se presume que el deudor gasta con ánimo de donar. (*b*) Pero á pesar de estos fundamentos me inclino á lo contrario que es lo que siempre he visto practicar por las razones expuestas. Por otra parte, quando el marido es pobre y la muger rica, debe alimentarle esta (*c*) como socia conyugal.

62 Si la muger es pobre y su marido rico, debe por su honor enterrarla conforme á su calidad; (*d*) pero teniendo dote no está obligado á ello, y puede exîgir del padre ó persona á quien la ha de restituir, los gastos hechos en su funeral; (*e*) pues una vez muerta su muger no tiene que sufrir cargas de matrimonio que ya no hay; y si el padre es pobre, impútese á sí mismo el marido dichos gastos, puesto que los hizo sabiendo su pobreza. (*f*)

§. IV.

Quando por muerte de uno de los cónyuges poseyó el otro mucho tiempo los bienes de todos, cómo se han de dividir los adquiridos durante la comunion.

63 Si muerto uno de los cónyuges, el otro, ó viudo ó casado segunda vez, tuvo mucho tiempo en poder suyo los bienes comunes y adquirió utilidades con ellos ó con

(*a*) Surd. de Alim. tit. 6 q. 8 n. 64. (*b*) Garcia de Expens. c. 4. n. 25. Fontanel. lug. cit. nn. 12, 13, 14 y 15. (*c*) Surd. de Alim. tit. 1 q. 35. Sanchez de Matrim. lib. 6 de Debito conyugal disp. 4 n. 17. (*d*) Ley 28 ff. de Religios. et sumpt. funer. Leyes 13 Cod. de Negot. gest. y 27 §. 1 ff. de Religios. et sumpt. funer. Véase el lib. 2 cap. 1 n. 21. (*f*) Dich. ley 27 vers. Quod si neque.

sus frutos, parece que se deben comunicar y dividir por mitad entre él y los hermanos del difunto en los mismos términos que se comunicarian y dividirian entre los dos, si este viviera, ó al punto que murió, se hubiera hecho la particion, porque se presume renovada y continuada tácitamente la sociedad con las mismas qualidades por la comunion y taciturnidad, á la manera que si el arrendador concluido el tiempo pactado permanece en la finca arrendada, se entiende continuar en el arrendamiento por el mismo precio y las mismas condiciones que ántes. (*a*) Así lo dispone la ley 6 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real que es la única que en nuestro derecho trata de este punto, y dice á la letra: "El ome que obiere fijos de alguna otra muger, si casare con otra muger, ó si la muger que obiere fijos de otro marido, casase con algun ome: é qualquier dellos ante que haya partido con sus fijos, ficiere alguna ganancia con la parte de los fijos, quier sea mueble, quier raiz: el padrastro, ó la madrastra hayan la meitad de las ganancias: fueras ende si el padre, ó la madre tuviere la buena *los bienes* de aquellos sus fijos en guarda, ó por escrito, así como manda la ley."

64 Mas sin embargo de lo dispuesto en la ley inserta parece se debe tener lo contrario; quiero decir, que el viudo ó viuda percibirá únicamente las utilidades á prorata de su haber, porque aunque las sociedades conyugal y convencional convienen en algunas cosas y esta es mas privilegiada que aquella en quanto al lucro, (*b*) se diferencian: lo primero, en que la convencional se contrae solo por adquirir ganancias, y la conyugal principalmente por la procreacion, amor y union, y siempre se debe atender al fin principal con que se hace: lo segundo, en que en la sociedad convencional se debe observar igualdad entre sus individuos, por lo que si uno pone el fondo, y otro la industria y trabajo, debe ser este igual á aquel, y si no lo es, percibirá mas lucro, ó sufrirá mayor pérdida el que mas

(*a*) Ley 10 t. 8 P. 5. Greg. Lóp. en la 10 tit. 10 P. 5 glos. 1 vers. Tertio limita. Acev. en la 3 tit. 6 lib. 5 R. n. 28. Matienz. en la 2 tit. 9 lib. 5 R. glos. 1 n. 9. (*b*) Morquech. de Divis. lib. 2 c. 15 n. 34.

ponga; (a) y en la conyugal lleve uno mucho, ó nada, y trabaje, ó no, ha de participar de la mitad de utilidades: lo tercero, en que el capital de la muger no debe perecer ni disminuirse sino ántes bien conservarse, lo qual es contra la naturaleza de la sociedad, pues si hay pérdida, todos deben participar de ella á proporcion del fondo, ó capital, y trabajo, ó industria que pusieron: (b) lo quarto, en que en la sociedad convencional ninguno de los socios puede enagenar las cosas de la compañía sin consentimiento de los consocios, excepto las que son venales ó vendibles, y estan destinadas para este efecto; (c) y en la conyugal puede el marido enagenar todos los gananciales sin licencia de su muger, no procediendo con dolo por defraudarla; (d) y lo quinto en que en la sociedad conyugal no se comunican en estos reynos de Castilla las herencias, legados y donaciones que por testamento ó abintestato, ó por contrato lucrativo recaen en cada uno de los socios; (e) y en la universal convencional todos los bienes de estos son mútuamente comunicables, excepto el débito, (1) señorío y jurisdic-

(a) Ley 7 tit. 10 P. 5. (b) Ley 7 cit. (c) Ley 68 ff. Pro socio. (d) Ley 5 tit. 9 lib. 5 R. (e) Leyes 3, 4 y 5 tit. y lib. cit.

(1) La ley 6 que se cita, no dice que en la compañía universal no es comunicable el crédito de un socio, sino que los consocios no pueden demandarle. Entre uno y otro hay diferencia, y á la verdad seria cosa muy extraña que comunicándose en dicha compañía todos los bienes presentes y futuros, qualquiera que sea el título de su adquisicion, y sin exceptuarse el peculio castrense y quasi castrense, no tuviesen los consocios parte en el expresado crédito, luego que se cobrase. Ademas, si este no se comunicara á aquellos, es de creer que lo diria la ley, como lo dice de la jurisdiccion. Pero insertaré la misma ley para que el lector pueda formar juicio por sí mismo. "So tal pleyto faciendo la compañía que todos los bienes que avian los compañeros entonce, é que ganassen dende adelante, se ayuntassen en uno, é fuessen comunales entre ellos, decimos que desde el dia en que tal pleyto fuesse firmado, deben ser comunales entre ellos las ganancias, é los bienes que han, ó que los vinieren en qualquiera manera que sean: é aunque fuesse castrense, vel quasi castrense peculium. Otrosí decimos, que cada uno de estos compañeros puede usar destos bienes, é facer demanda sobre ellos, bien assí como de lo suyo mismo. Pero si alguno de los compañeros oviesse señorío, ó jurisdiccion sobre castillo, ó tierra, ó oviesse á recebir cosa alguna de sus debdores, los otros no lo podrian demandar, nin usar de la jurisdiccion del señorío, si señaladamente no les fuesse otorgado del otro compañero poder de lo facer."

cion de alguno de ellos, á ménos que este lo permita expresamente: (a) de suerte que aquella es una sociedad inducida meramente en quanto al lucro por la costumbre y aprobada por la ley, y no propiamente la que segun derecho puede llamarse así. (b)

65 Por tanto, es evidente que entre las sociedades conyugal y convencional median muchas y notables diferencias, y que por conseqüencia deben ser en ellas diferentes las disposiciones de derecho en caso de duda, ó falta de uso de la ley; pues si solo por poseer el viudo ó viuda todos los bienes se juzgase renovada y continuada tácitamente la conyugal, se seguiria que el que apenas tenia capital ni gananciales, percibia la mitad de frutos de los bienes que tocasen al consocio ó á sus herederos, ó que si tenian igual haber, se comunicaba su industria al que no ponia ninguna, lo qual es absurdo y contra la naturaleza de la sociedad. (c) Tambien se seguiria que con solo el consentimiento del viudo se renovaba, y esto es contra derecho, porque segun él en todo contrato se requiere el de todos los contrayentes y no basta el de uno ellos; (1) ni de la mera comunion en habitacion, comida y posesion de bienes se induce precisamente haber sociedad, para que sean comunicables los lucrados en los mismos términos que si el difunto viviera.

66 Ademas para renovarse y contraerse sociedad tácita entre los hermanos, ó entre el nieto y su tio, hermano de su padre, se requieren actos que no se pueden hacer sino conformándose con las leyes y reglas de ella, y los principales son tres: el primero, que vivan juntos continuamente y por largo tiempo, y que gasten de una misma masa y caudal pro indiviso sin llevar cuenta ni razon: el segundo, que todas las ganancias ó utilidades que ha-

(a) Leyes 6 y 7 tit. 10 P. 5 (b) Gutier. lib. 2 Pract. q. 18 n. 7. Matienz. ley 2 tit. 9 glos. 3 n. 10, en la 3 glos. 1 n. 3 y en la 4 glos. 1 n. 1 tit. y lib. cit. (c) Ley 20 tit. 8 P. 5. Mascard. de Probat. conclus. 13 nn. 11 y 18.

(1) Parece que aquí procede Febrero con equivocacion, pues en el n. 63 supone el consentimiento tácito de los herederos del cónyuge difunto expresando el caso de que el arrendador permanezca en la finca arrendada despues del tiempo señalado en el contrato.

ya, se les comunique con igualdad; y el tercero, que nunca se pidan ni den cuentas los socios unos á otros acerca de ellas, sus costas, ni bien sea, sino que todo se aumente, gaste y emplee, como si fuera de uno solo. (a) Lo mismo se debe entender entre el padre, madre y sus hijos; y quando muerto el marido ó la muger administra el otro consorte los bienes de ambos, es visto hacerlo mas por sí y en su nombre que en el ageno.

67. Supuesto lo dicho que es indubitable, y procediendo á la resolucion de este punto debo decir que muerto el marido se entenderá renovada y continuada tácitamente la sociedad conyugal, y por consiguiente se dividirán los gananciales adquiridos durante la comunion entre su viuda y herederos legítimos, al modo que quando el vivia, ó muerta la muger, entre los hijos casados ó emancipados y su padre, en quatro casos. El primero es, si se convienen en hacer así la division, ó se pactó en las capitulaciones. El segundo es, quando en el pueblo hay esta costumbre no interrumpida, ó se halla en observancia la ley del fuero que así lo dispone, lo qual se ha de probar concluyentemente por otras particiones que se hayan hecho en él. (b) El tercero es, quando todos los bienes redituables, ó dinero que dexó el difunto, los adquirieron él y su viuda constante el matrimonio; pues como le toca su mitad, debe percibir igualmente las utilidades que haya, mientras estén pro indiviso, y estar tambien á las pérdidas que se padezcan; aunque lo que cada uno haya consumido en sus alimentos, se le deberá descontar de su haber, pues ha de alimentarse de lo suyo. Lo mismo se ha de decir, aun quando todos no sean gananciales, si hay algunos fructíferos ó redituables llevados en el matrimonio; pues la mitad de los frutos que estos produzcan en el expresado intermedio, será para la muger por la propia razon, ó para sus herederos, sean legítimos ó extraños, si murió ántes que su marido, y se

(a) Castill. de Usufruct. cap. 3 n. 125. Matienz. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. glos. 1 n. 26. (b) Matienz. dich. glos. 1 n. 16.

conservaron todos pro indiviso en poder de este, aun quando se hiciese inventario y se le constituyese depositario de ellos, porque tal depósito lleva embebida la calidad tácita de administracion, puesto que los bienes redituables, como que nadie se los ha de llevar, no necesitan custodiarse, y sí administrarse y cuidarse; en cuya atencion no puede el marido quedarse con la parte de los frutos líquidos que toquen á los herederos de su muger; bien que será digno de alguna remuneracion por el trabajo de administrarlos. Pero de los que produzcan los privativos del marido, nada percibirán los herederos de su muger, porque con la muerte de esta espiró la sociedad, y no tienen en ellos ningun dominio, que es el que presta título para la adquisicion de frutos. Y el quarto caso es, quando concurren los tres requisitos expresados en el núm. anterior.

68 Por muerte del marido cesa la sociedad de todos sus bienes, ó de cierta negociacion ó arrendamiento que hubiese contraido con alguno, y si la muger era partícipe en ella, dividirá la porcion que tocaba al marido con los herederos de este, segun se hace en la convencional, quando uno de los socios admite en ella á otro sin consentimiento de los consocios, pues este no lo es sino solamente del que le admitió: ya porque la sociedad se contrae con el consentimiento, y como no puede ser mi socio el que no quise que lo fuese, tampoco puede llamarse así el compañero del mio: ya porque la sociedad de muchos se disuelve con la muerte del uno, y el heredero del socio no sucede en ella; y ya porque no puede contraerse sociedad de modo que pase á los herederos, (a) y si se contrae, no valdrá en quanto á estos, á ménos que la reiteren con su nuevo consentimiento expreso ó tácito, (b) ó que sea sociedad de alcabalas ú otras rentas, ó derechos públicos, porque esta no espira con la muerte del socio, si al tiempo de contraerla se hizo mencion del heredero, y ántes bien pasa á este, excepto que fallezca el socio, cuya industria

(a) Leyes 1 y 10 tit. 16 P. 5. (b) Leyes 1 y ultim. tit. 10 P. 5.

se eligió, y su heredero no sea igualmente idóneo para su gobierno y manejo. (a)

69 Si entre el socio y herederos del marido difunto y su viuda se renovó tácita ó expresamente la sociedad, debe corresponder á todos lo que hicieron con el nuevo consentimiento, sea útil ó nocivo; y aunque no se haya contraido nueva sociedad ni intervenido consentimiento, se les ha de comunicar despues de la muerte del socio el lucro percibido de cosa de la anterior, como el fruto del fondo comun, el alquiler de las caballerías comunes, el de las cosas vendidas, &c. (b) pero si el lucro se adquirió de cosa que no era de la sociedad, como si el socio ó su heredero empleó el precio de las vendidas en alguna negociacion, de la qual percibió algun lucro, no se comunicará este. (c) Y el heredero ó muger del socio difunto tiene obligacion de continuar los negocios de la sociedad que empezaron este y su consocio, mas no de principiar otros nuevos. (d)

70 Si el marido era arrendador de alcabalas ú otras rentas ó derechos públicos, y al tiempo de su muerte no habia espirado el de ellas, se deben comunicar á su viuda las utilidades y pérdidas que haya en su arrendamiento despues que falleció. (e)

71 Si habiendo sido mercader el marido prosigue su viuda el mismo negocio ó comercio, se presume que su ánimo mas es de continuar la sociedad que de empezar una nueva negociacion, por lo que las utilidades y pérdidas que haya en su giro y tráfico, se le comunicarán, así como se le comunicarian en vida de su difunto marido. (f)

72 Si muerta la madre que mejoró á uno de sus hijos, poseyó el padre como su administrador legítimo todos los bienes en comun, y con el transcurso del tiempo se aumentaron naturalmente, como si las ovejas ó vacas tuvieron hijos, ó las avenidas del rio agregaron algun peda-

(a) Matienz. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. glos. 1 n. 18. (b) Ley 65 §. 2 y 9 ff. Pro socio. (c) Leyes 47 §. 6 ff. de Administr. tutor. y 60 vers. Item ff. Pro socio. (d) Matienz. lug. cit. n. 20. (e) Matienz. n. 21. (f) Argt. ley 46 y gl. en la ley 35 ff. Pro socio.

zo de tierra á la de la mejora; aunque algunos dicen que esto no aumenta el valor de la mejora, por pertenecer al padre como fruto, debe seguirse lo contrario, porque no es fruto lo que no renace (a) (1). Es verdad que la ley 23 de Toro manda se atienda al tiempo de la muerte del mejorante; pero esto se entiende, quando entónces se hace la division de sus bienes, no quando subsisten algun tiempo pro indiviso, de cuyo caso no habla, y los bienes que despues de la muerte del mejorante se aumentan, no son suyos, ni los ha dexado, de suerte que solo los frutos del aumento tocan al padre (b) y no lo aumentado.

§. V.

Si se han de pagar á los hijos de los bienes gananciales, ó de los patrimoniales la dote y capital que sus padres, ó el padre solo les dan, ó ofrece constante el matrimonio, ó durante la comunion; y si por muerte de uno de estos deberán colacionar aquellas, toda lo percibido, ó solamente su mitad.

73 Sin embargo de que la madre no está obligada á dotar de sus bienes dotales ni parafernales á sus hijas, así ella como su marido deben pagar con los multiplicados constante su matrimonio á la hija de entrámbos la dote y al hijo el capital que juntos les ofrecieron; y aun-

(a) Rozi de Decim. tract. 24 n. 6 y n. 25 con el 21.

(1) Esto no entendió á Acevedo de quien toma la doctrina de este num. y así padeció una crasa equivocacion. La expresion, *porque no es fruto lo que no renace*, puede referirse con verdad al pedazo de tierra que por aluvion se agrega á una heredad; mas no debe aplicarse, como lo hace Febrero, á los partos de las vacas y ovejas; pues estos son verdaderos frutos, pertenecen como tales en el caso propuesto al padre usufructuario de los bienes adventicios de sus hijos, y de consiguiente aumentan la mejora. Por esto, y Acevedo habla del ganado de los hereditarios, cuyo valor crece con el tiempo, haciéndose por exemplo los becerros toros, los cabritos cabrones y los corderos carneros; y de este aumento dice con razon que no es fruto, porque no renace, y que por lo mismo no toca al padre, y se agrega proporcionalmente á la mejora.

(b) Acev. ley 3 t. 6 lib. 5 R. nn. 24 y 25 con el 21 y 24 y

que quando se entregó la dote, no se especificase de qué bienes se habia satisfecho, se entiende de los gananciales. Si estos no alcanzaren, debe padre y madre satisfacer por mitad de los suyos propios lo que falte para completar la promesa que les hicieron, como hecha en contrato oneroso; y lo mismo procede en caso de no haber gananciales. Si el padre solo dotare á la hija, ó diere capital al hijo de ámbos constante el matrimonio, se les deberá satisfacer tambien de los gananciales, aun quando la madre no preste su consentimiento, y aun quando se consuman en ellos todos los gananciales que entónces haya, si no exceden de la legítima que al hijo ó hija puede tocar; pero si no bastaren, ó no los hubiese, pagará el padre de los suyos lo que falte, ó el todo de lo que prometió. (a) Y lo mismo se ha de decir, si el padre al tiempo de dar ú ofrecer la dote ó capital expresa que es por cuenta de la legítima paterna y no de la materna, y el hijo é hija la reciben en este concepto, porque entónces es visto haber ofrecido ó dado únicamente de lo suyo, sea ó no ganancial, y querido relevar á la madre de la contribucion con su mitad, excepto que todo el caudal paterno no alcance para cumplir la oferta, pues deberá suplir la madre lo que falte, de su mitad de gananciales y no de los bienes patrimoniales.

74. Lo expuesto milita no solo quando los padres dotan ó dan capital á sus hijos de los mismos gananciales entregándoselos, sino tambien aunque les entreguen alguna finca, ó fincas que uno de ellos llevó á su matrimonio, ó heredó durante este; pues es visto que la dote y capital en quanto á su importe se hicieron de los gananciales, no obstante que su asignacion y entrega fuesen de cosa propia de alguno de los dos; porque la ley inserta habla indistintamente, y así se debe entender habiendo gananciales, por manera que el dueño de la finca entregada sacará su importe como capital suyo, ántes que se dividan aquellos, (b) excepto que al tiempo de su entrega

(a) Todo se halla dispuesto en la ley 22 de Toro, que es la 1. tit. 4. lib. 5. R.

(b) Ayor. de Pa. dt. part. 2 q. 40 nu. 42 y 43.

renuncie el beneficio de la ley y exprese que quiere no se estime por parte de los gananciales sino como cosa suya de que hace donacion irrevocable; pues entónces se observará el pacto, y todo lo entregado será por cuenta de su haber y no de la mitad de gananciales de la madre, segun se practica.

75 Aunque algunos afirman que la madre puede prometer dote á su hija sin licencia de su marido, y que ha de pagarse entónces de los gananciales, la opinion mas segura es que no puede hacerlo, porque la ley 55 de Toro (*a*) le prohibe hacer contratos y casi contratos, y comparecer en juicio sin ella; (*b*) pero si la hija es mayor de 25 años, y el padre no quiere casarla, ó aunque no los tenga, si pidiendo y habiendo tenido proporcion no la casó segun su calidad y costumbre de la patria; entónces así como en cumpliéndolos puede casarse contra la voluntad de su padre (*c*) y pedirle dote, (*d*) porque la ley le obliga á dársela y no á la madre; (*e*) así tambien esta con licencia del Juez y conocimiento de causa podrá dotarla; y lo mismo procederá estando ausente el padre y no esperándose pronto su regreso. (*f*)

76 Si despues de haber prometido cierta dote á su hija el marido y la muger juntos renunciare esta los gananciales, se ha de pagar de ellos, y no bastando para completarla ha de suplirse igualmente lo que faltó, de los bienes propios de ámbos, no obstante la renuncia, porque en virtud de la promesa hecha ántes de esta quedó obligada eficazmente la madre en los mismos términos que su marido á la entrega de su parte. (*g*)

77 Viviendo marido y muger en pueblo en que no se comunican los gananciales, puede esta repetir de

(*a*) La 1 tit. 5 lib. 5 R. (*b*) Por los motivos expuestos en mi P. Part. c. 1 n. 111. (*c*) Puede verse la última pragmática sobre matrimonios de 10 de Abril de 1803, de que se da noticia en la P. I. cap. 1 n. 136 nota. (*d*) Greg. Lóp. ley 5 t. 7 P. 6 glos. 5 y 8. (*e*) Leyes 8 y 9 tit. 11 P. 4. (*f*) Morquecl. de Divis. bonor. lib. 2 cap. 17 nn. 2, &c. y 7. (*g*) Acev. ley 8 t. 9 lib. 5 R. n. 5.

aquel lo que ámbos prometiéron á su hija, aunque no lo haya protestado, porque en este caso es visto haber hecho la promesa no con ánimo de donar sino de fiar á su marido, lo qual le está prohibido; (a) excepto que sea rica y le conste que su marido se halla imposibilitado de satisfacer todo lo que ofreció, pues entónces se concepttia haberse obligado á suplir de sus propios bienes aquello á que no alcanzasen los de su marido. (b)

78 Tambien se ha de satisfacer de los gananciales la dote y capital que el padre estando viudo ofreció ó dió á su hija é hijo, porque en duda se presume haberlos dado ó prometido de ellos; y aunque acerca de este punto hay variedad de opiniones, esto es lo mas equitativo y corriente en la práctica, porque la carga de dotar como débito contraido constante el matrimonio está afecta á los gananciales adquiridos en él, y así aun despues de disuelto se debe pagar de lo que importen. (c) Lo mismo tiene lugar en la madre viuda hallándose los bienes pro indiviso, porque milita igual razon. (d)

79 Los hijos é hijas á quienes sus padres juntos dieron capital ó dotaron, no deben por muerte del uno colacionar con sus hermanos mas que la mitad del capital ó dote que les dieron; pues quando fallezca el otro y se trate de partir sus bienes, se ha de llevar á colacion la otra mitad. (e)

80 Lo mismo procede, si habiendo gananciales y estando los bienes sin partir da ú ofrece la madre viuda dote á una hija, ó capital á un hijo de su matrimonio, sin expresar de qué bienes, pues como se entiende hacerse de los de ámbos, segun se ha dicho, quando se haga la particion, colacionará la mitad por la parte que le corresponda de su padre, y la otra mitad quando se di-

(a) Ley 61 de Toro. Baez. de Non meliorand. filiab. c. 11 nn. 41 y 42. (b) Baez. n. 41 cit. al fin. Morquech. lug. cit. n. 12. (c) Ayor. part. 2 q. 40. Greg. Lóp. ley 6 tit. 10 P. 5 glos. 1. Matienz. en la 3 tit. 9 lib. 5 gl. 7 n. 9 y en la 8 gl. fin. Cov. lib. 3 Var. c. 19 n. 3 al fin. Acev. ley 8 tit. 9 lib. 5 nn. 28 y 29. (d) Morquech. lug. cit. n. 13. (e) Así lo ordena expresamente la ley 14 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real que está en uso.

vida la herencia de su madre, pues por el hecho de no haber expresado cosa alguna, y no deber ignorar aquella obligacion que tiene, habiendo gananciales, es visto que quiso se le contase solamente la mitad en parte de su legítima paterna y anticiparle la otra mitad, para que la tuviese en cuenta de la materna y la colacionase quando se dividiesen sus bienes, como lo he visto declarado en juicio. Pero si habiendo dotado padre y madre á una hija, ó dado capital á un hijo, falleciere despues la madre, y el padre durante la comunion del caudal entre él y sus hijos, diere alguna cantidad al hijo ó hija dotados, deberán colacionarla toda quando se efectúe la particion: porque como ya estan colocados, y ha cumplido el padre con la obligacion que tenia, se entiende habérsela entregado á cuenta de la legítima materna, á la que ya tenian adquirido derecho por el fallecimiento de su madre, aunque nada se exprese, excepto que al tiempo de la entrega se pacte otra cosa, lo qual he practicado y se ha aprobado judicialmente.

81 Igualmente si el padre solo dió ó prometió dote á su hija, ó capital á su hijo, habiendo gananciales y cabiendo en ellos, muerto aquel deberán el hijo ó hija colacionar solamente la mitad, y la otra mitad quando se trate de la division de los bienes maternos. (a)

82 Quando no hay mas que un hijo ó hija que viene á partir con su madre, y el padre solo le dió dote ó capital de los gananciales, en vista de las razones ya expuestas no colacionará la mitad, sino que ántes bien se quedará con todo lo que su padre le entregó, y luego partirá igualmente con su madre los demas gananciales que haya, percibiendo enteramente tambien el capital de su padre, si le llevó.

83 Dáse si mejorando el padre á un hija en el tercio de sus bienes y en finca lucrada durante su matrimonio que le entrega, valdrá esta mejora en el todo, ó solamente en la mitad correspondiente al mejorante. Ayo-

(a) Gom. ley 53. de Toro n. 24 vers. Pulchrum tamen dubium est. Ayor. de Partit. part. 2 q. 36.

ra resuelve esta duda (a) distinguiendo de este modo. Si el padre hizo la mejora en su testamento ú otra última voluntad, valdrá solamente en la mitad, porque surte su efecto disuelto el matrimonio, en cuyo tiempo adquiere la muger dominio perfecto é irrevocable en la suya, por lo que es visto que no quiso mejorar sino en sus bienes propios; y esto es indubitado. Si la mejora se hizo en contrato, ha de atenderse á si fue con ánimo de defraudar á su muger ó no: si le tuvo, no le perjudicará en su mitad, con cuyo dictámen me conformo; y sino le tuvo, lo qual es presumible, mayormente siendo el mejorado hijo de ámbos, dice el citado autor que si el marido dexó otros bienes con que reintegrarla de su mitad, valdrá dicha mejora del tercio; y que sino los dexó, podrá repetir la muger su mitad del hijo ó hija mejorados, ó del que posea la causa comun, en que su marido consignó el tercio. Yo dudo de esta opinion en los términos absólutos con que se sienta, por lo expuesto en los nn. 26, 45 y 46 de este capítulo, y digo que le competirá dicha repeticion solamente en el exceso de la parte que despues de deducida su legítima importe la mejora, ya se hubiese hecho esta en finca raiz, ya en dinero, ya en alhajas ó cosas muebles adquiridas constante el matrimonio y entregados, porque no puede ser mejorada la hija en contrato ni por el uno ni por la otra, ni la madre está obligada á mejorar al hijo, pues de lo contrario seria ilusoria la facultad que la ley 53 de Toro concede al marido para dotar y dar capital á sus hijos de los gananciales: la dote y capital se dan en cuenta de legítima y no como mejora, para que los hijos se establezcan ó pongan en estado: el padre está autorizado para hacer tales donaciones sin que necesite el consentimiento de su muger, y esta tiene la misma obligacion de hacerlas de ellos. Así pues, hasta en lo que importe la legítima, valdrá la donacion de que se trata, y el hijo únicamente estará obligado á reintegrar á su madre del exceso, ó esta podrá repetir por él contra los bienes de su marido; y solo colacio-

(a) Part. 2. quæst. 41.

nará por muerte del padre la mitad de lo que importe lo recibido, pues el que se llame mejora ó capital, no altera la substancia, y sí el exceso á su legítima, para cuya donacion de los gananciales no le da facultad la ley que no debe ampliarse á lo que no expresa, en perjuicio de la madre. Pero si el hijo es del matrimonio anterior del marido, tendrá lugar la opinion de Ayora con la limitacion sentada en el n. 48. (*a*) Lo mismo y con mayor razon creo debe practicarse, quando marido y muger dieron capital ó dotaron á algun hijo, ó hija, y despues de casados les dió, ó prestó el padre solo alguna cantidad; pues deberá imputárseles esta íntegra en parte de legítima paterna y no la mitad solamente, porque como la madre no estuvo obligada á mas que á dotarlos, lo que despues les dió, ó prestó su padre, es deuda á favor del caudal que se les debe cargar en cuenta del haber paterno, no defraudar á su madre ni privarla de su mitad que no les dió, ni tuvo obligacion de dársela ni prestársela, con pretexto de beneficiarlos ó mejorarlos; porque ya se hallaban en estado, segun lo he visto declarado.

84 No habiendo gananciales en el matrimonio, si el padre promete dote á su hija legítima, se presume prometérsela de los propios de él, aunque administre y tenga en su poder bienes adventicios de ella, y proteste que la dote de estos y no de los suyos, porque tal protesta no le exíme de la obligacion que teniendo facultades para dotarla le impone la ley, aunque en quanto la dote exceda á aquellas, se entiende darla de los adventicios; pero lo contrario se ha de decir no siendo hija legítima. (*b*)

85 Lo mismo procede en el capital que ofrece á su hijo, aun quando administre bienes adventicios de este, porque versa igual razon y causa onerosa, y no hay ne-

(*a*) De esta duda trata Morquecho lib. 2 cap. 13 nn. 5, &c. y 11 hablando de la mejora en cosas inmuebles adquiridas constante el matrimonio, hecha por el marido á algun descendiente, y sigue mi parecer citando á varios AA. (*b*) Ley 8 tit. 11 P. 4 y su glos. 2. Morquech. de Divis. bon. lib. 2 cap. 17 n. 14.

cesidad de que le haga donacion de sus bienes, mediante á que luego que se casa, debe entregárselos, siendo capaz, para que los goce en propiedad y usufructo, y pueda sostener las cargas matrimoniales; (*a*) pues por ser del cargo del padre el dotar á sus hijas, y dar capital ó alimentar á sus hijos, (*b*) siempre se presume que les promete de sus propios bienes la dote y capital, aunque esten emancipados. Lo propio milita en la hija viuda dotada segunda vez por su padre. (*c*)

86 Si el padre que administra bienes adventicios de su hija, le prometiere dote de estos y de los suyos, se presume segun el órden de caridad y aficion, y por la obligacion que la ley le impone, que la dota de los que le corresponden, y en la parte á que estos no alcancen, de los de la hija; (*d*) excepto que sea pobre, pues entónces se cree haberla prometido de los de esta; (*e*) y una vez otorgada la dote no puede declarar despues que se entienda haberlo hecho de los adventicios de ella y no de los suyos. (*f*) Mas para quitar toda duda y evitar pleytos es muy conveniente, como aconsejan los AA. que el padre diga quánto le ofrece de sus bienes y quánto de los de ella, ó que le ofrezca cantidad cierta, computado é incluso en esta todo lo que le debe por sus bienes paternos y maternos, y que se exprese así en la escritura dotal.

87 Si habiendo casado el padre una hija y dándole cierta dote, casa despues otra, y le ofrece tambien dote, se debe conceptuar dotada esta en los mismos términos que aquella, por lo que si la dote primera se satisfizo de los bienes propios del padre y de los adventicios de la hija, se ha de satisfacer la segunda en la misma forma; pues se presume que el padre quiso guardar igualdad entre las hermanas; (*g*) bien que puede dar á una hija mas dote que á otra, con tal que no exceda la dada á aquella de la legítima que le puede corresponder por parte de su padre,

(*a*) Morquech. n. 14 cit. (*b*) Ley 9 tit. 11 P. 4. (*c*) Ayor. part. 3 q. 14 nn. 45 y sig. (*d*) Morquech. cap. 17 cit. n. 22. (*e*) Baez. de Non melior. filiab. cap. 11 nn. 134, &c. y 138, y 156. (*f*) Baez. lug. cit. n. 133. (*g*) Morquech. cap. 17 cit. n. 25.

y solo tendrá ménos que percibir por su muerte, y la ménos dotada mas. (*a*)

88 El padre natural como que está obligado á dar alimentos á sus hijos naturales, (*b*) lo está tambien á dotar á su hija natural, porque la dote hace las veces de alimentos. Lo mismo procede en la madre y abuelo respecto á la hija y nieta, en varios casos que se expresan en el cap. 13 de la 1 part. núm. 9, donde los podrá ver el partidor.

89 Si la madre curadora de su hija y administradora de sus bienes la dota, se entiende dotarla de ellos como tal, y no de los suyos, si no lo expresa, porque está exènta de tal obligacion; y lo propio milita en la abuela que es curadora de su nieta y administra sus bienes, porque teniendo las menores con que alimentarse, no se hallan obligadas á mantenerlas ni dotarlas. (*c*) Pero si les ofrecieron en dote mas que lo que importan sus bienes, es visto haberles prometido de los suyos el exceso, (*d*) excepto que con error y en la inteligencia de que los de la hija y nieta eran mas quantiosos, les hubiesen prometido tanto; pues probado el error no estarán obligadas á la entrega del exceso, porque el error quita el consentimiento. (*e*) Si no son curadoras ni administradoras de ellas, deben satisfacerle de sus bienes, porque se presume haberles hecho la oferta estimuladas de su afecto materno. (*f*)

90 Ofreciendo el padrastro y la madre, ó el padre y la madrastra juntos dote, ó capital á la hijastra, ó hijastro de alguno de ellos, no se ha de entender que se obligaron por mitad de sus propios bienes sino de los del entenado ó entenada, y si no los tenia, se presume que los prometieron con ánimo de exigirlos: porque así como el padrastro no tiene obligacion de alimentar ni tener en su poder á los hijos de su muger, ni patria potestad sobre ellos, y en caso de hacerlo se cree ser con dicho ánimo;

(*a*) Baez. de Non melior. filiab. c. 1 n. 25, y cap. 11 nn. 161 y 162. (*b*) Ley 5 tit. 19 P. 4. (*c*) Leyes 4 y 6 tit. 19 P. 4, y 36 tit. 12 P. 5 y su glos. 6. (*d*) Góm. ley 53 de Toro n. 24. (*e*) Acev. ley 8 tit. 9 lib. 5 R. n. 20. Morquech. cap. 17 cit. n. 6n. (*f*) Góm. dich. ley 53 y n. 24 vers. Si vero mater. Baez. de Non melior. filiab. cap. 11 n. 155.

así tambien no es visto darles ni ofrecerles la dote, ó capital sino en los términos expuestos, á ménos que claramente, ó por vehementes conjeturas conste que tuvo intencion de dárselos de sus propios bienes. (*a*)

91 Mas para poder exigir el padrastro los alimentos dados al entenado son precisas dos cosas: la una, que proteste se los da con este ánimo, ó que por otros medios conste de ello; y la otra, que no se sirva de él; pues no constando de su ánimo se entiende alimentarle por piedad y afecto á su madre, y sirviéndose de él se han de compensar los alimentos con su trabajo personal; (*b*) bien que si el padrastro es pobre, no es necesaria la protesta.

92 Si muertos los padres vivieren hermano ó hermana juntos poseyendo sus bienes pro indiviso, y durante esta comunion se casare la hermana, y su hermano la dotare sin expresar de qué bienes, se cree hacerlo de los de ella, y así se le adjudicará la dote en su haber al tiempo que entre los dos se haga la division, y tanto ménos llevará; pues el afecto fraternal no suele ser tan vehemente que haya de presumirse hecha una donacion en el caso propuesto.

(*a*) Castill. dich. ley 53 lit. G. n. 6. Siguenz. de Claus. lib. 2 c. 12 n. 219. (*b*) Ley fin. tit. 12 P. 5 y sus glos. 1 y 4.

CAPÍTULO V.

Como se dividen los frutos de bienes libres y vínculados que el testador dexa pendientes ó cogidos, sea entre su viuda y herederos, ó entre otros, y háyanse llevado los bienes al matrimonio ó adquirido durante él.

§. I.

A quién pertenecen y cómo se han de dividir los frutos de la finca que vendió el testador y no entregó al comprador.

1 Dos clases hay de frutos: unos se llaman propia y adequadamente naturales, y son los que producen los predios rústicos como tierras, viñas, olivares, &c. sean ó no necesarios el trabajo é industria para su produccion; y otros se llaman impropiamente frutos y con propiedad réditos ó rentas, porque no son producidos naturalmente: v. gr. los fletes, los alquileres de casas, tabernas y otros predios urbanos, y de otras cosas que se arriendan y alquilan, y los réditos de juros, censos y otros efectos, acciones y derechos semejantes; por manera que su producto no depende de la naturaleza sino de la convencion, industria y disposiciones del hombre. (*a*)

2 Si el testador quando murió, tenia vendido y no entregado al comprador algun predio, y este y los herederos de aquel se convienen en el modo de dividir sus frutos ó arrendamiento, se ha de observar enteramente su convenio, siendo justo y arreglado. Si estaban pendientes en el predio vendido los frutos, verdes ó madu-

(*a*) Valasc. de Partit. cap. 28 n. 9. Sobre qué cosas comprehende el nombre de frutos, véase á Garcia de Expensis cap. 23 nn. 1, &c. y 7.

ros, al tiempo de la venta, pertenecen al comprador, (*a*) porque entónces son parte de la cosa vendida, (*b*) y se contemplan comprehendidos en la venta y precio prometido; (*c*) por manera que aunque muera el testador ántes de entregar la cosa vendida, como estaba obligado á su entrega, segun el estado en que la habia enagenado, tendrán obligacion á lo mismo sus herederos, pues la venta se entiende perfectamente celebrada, aun quando no haya tradicion de la cosa ni del precio, con tal que conste de la una y del otro. (*d*) Si al tiempo que se celebró la venta, no tenia frutos pendientes la finca vendida, pero nacieron despues de perfeccionada por el consentimiento de los contrayentes y señalamiento del precio, y ántes de su tradicion, se ha de distinguir: si el vendedor no fue moroso en hacer su entrega, le pertenecen; (*e*) pero si lo fue, porque ya habia recibido el precio del comprador, tocan á este; (*f*) y por el contrario, no le corresponden, quando ántes de satisfacerle percibió los de la que compró y se le entregó; (*g*) y así, como que en el caso de morosidad no son del vendedor, ni tocan por consiguiente á su testamentaría, no se deben inventariar ni tener por caudal suyo, y aun quando se inventarien por ignorancia, debe separarlos de este el partidor para no dividirlos, expresando el motivo de su separacion. Finalmente, si el precio de la venta no se declara al tiempo de su celebracion, y se remite al arbitrio del Juez ó de un tercero, y ántes que estos le declaren, percibe el comprador los frutos, le pertenecen, si paga el precio, porque el contrato es condicional, y cumplida despues la condicion viene á ser lo mismo que si desde luego hubiese sido puro. (*h*) (1) Todo lo referido procede, quando los

(*a*) Ley 11 tit. 15 P. 5. (*b*) Ley 44 ff. de Reivindic. Covarr. lib. 1 Var. cap. 15 n. 1. (*c*) Góm. lib. 2 Var. cap. 2 n. 11. (*d*) Góm. dich. cap. 2 n. 1. (*e*) §. Venditæ Instit. de Rerum division. (*f*) Glos. pen. in leg. Fructus, Cod de Action. empti. (*g*) Góm n. 11 cit. vers. Aut tempore venditionis. Valasc. dich. cap. 28 n. 8. (*h*) Hermosil. ley 9 tit. 5 P. 5 glos. 4 n. 5. Para mayor instruccion puede verse tambien en la 28 del mismo tit. glos. 2.

(1) El precio de lo que se vende, no se puede dexar al arbitrio de

frutos son naturales, ó industriales; pues si consisten en arrendamientos, ó alquileres de la cosa arrendada ó alquilada, y al tiempo de la venta estaban vencidos y cumplido el dia de su pago, tocan al vendedor y no al comprador, ó sino lo estaban, deben ámbos dividirlos á prorata del tiempo corrido desde que se venció el último plazo. (*a*)

§. II.

Cómo se han de dividir los frutos de finca enfitéutica caso que el enfitéusis de nominacion *haya de volver al señor del dominio directo por muerte del enfitéuta.*

3 Quando por muerte del enfitéuta ha de volver el enfitéusis que llaman de *nominacion*, al señor del dominio directo, si el enfitéuta fallece despues de cogidos los frutos de la finca enfitéutica, es indubitable que los ha adquirido, y pasan á sus herederos, viva ó no todo el año, y no al sucesor en el enfitéusis, si no es heredero suyo; pues en este caso no se atiende á lo que vivió, sino solamente á que quando falleció, ya tenia el dominio de los frutos por haberlos percibido en uso del derecho que le competia. Lo propio milita, quando al tiempo de su muerte los habian cogido los colonos, á quienes tenia arrendada la finca, y así las rentas que estos le habian de satisfacer, pertenecen á su heredero, aunque haya fallecido el enfitéuta ántes de cumplirse el tiempo de su pago: porque así el usufructuario como el enfitéuta, entre los quales por no haber razon de diferencia debe valer el argumento de uno á otro, los perciben en vir-

ninguno de los contrayentes, ni de ninguna persona incierta, pues seria nula la venta. Al arbitrio de sugeto determinado sí podrá dexarse, y entónces si le señala, valdrá la venta, y si es mucho mayor ó menor de lo que merece la cosa, ha de arreglarse por el Juez; y si muere ántes de señalarle, la venta será de ningun valor.

(*a*) Góm. n. 11 cit. vers. Et prædicta. Sobre como se han de dividir los frutos pendientes en el fundo vendido con el pacto de retrovendendo y recobrado por el vendedor, véase á Escobar Computat. fin. y el n. 56 cap. 9 de la Prim. Part.

tud del dominio útil que tienen en la finca, el qual bastatener al tiempo de la recoleccion, aun quando se extinga por su muerte. (*a*) No obsta que las rentas se han de pagar mucho despues de la recoleccion, que es quando cumple el plazo, porque incontinente que se celebra el contrato de arrendamiento, nacen la accion á la renta entera de todo el tiempo estipulado y la obligacion del arrendador á pagarla: (*b*) en cuya atencion y en la de que el enfitéuta la percibe por razon del expresado dominio, no se atiende al dia en que se ha de satisfacer.

4 Si el enfitéuta cultivó por sí mismo las fincas enfitéuticas, ó las arrendó, y mediado el año, ó ántes de recoger los frutos, ó estando pendientes, ó sembrados, murió, y el enfitéusis ha de volver por su muerte al dueño del dominio directo, por haberse acabado todos los llamados á su obtencion, pertenecen sus frutos á este, porque se consolida el dominio útil con el directo, y solo estará obligado á pagar las expensas de labores y demas hechas, equiparándose en este caso con el usufructuario; pues como se ha dicho, por militar en ámbos una misma razon, vale el argumento de uno á otro. (*c*)

5 Si hay alguno llamado, y el enfitéusis ha de pasar á él, le tocan los frutos pendientes en la finca enfitéutica; porque como son parte de esta y la tradicion hecha al enfitéuta primero se hizo en nombre de todos los nombrados así como la concesion, siempre el siguiente llamado adquiere en virtud de ella su dominio, muerto el poseedor, y por esto le pertenecen incontinente todos los frutos pendientes baxo la obligacion de entregar á los herederos las expensas de siembra y labores hechas que en todo caso se deben deducir primero y satisfacer al que las hizo, porque á todos está prohibido lucrarse con detrimento de otro, y porque no se llaman frutos, ni los hay, hasta que se deducen dichos gastos. (*d*)

(*a*) Valasc. de Partit. cap. 31 nn. 3 y 4. (*b*) Leyes 58 ff. de Fidejusorib. y 19 § 6 ff. Locati. (*c*) Valasc. cap. 31 cit. nn. 7, 8, 9 y 10. (*d*) Leyes 7 ff. Solut. matrim. y 51 ff. Familiæ erciscund.

6 Tambien procede lo expuesto en caso que el enfitéuta haya arrendado el fundo, recibido al punto del arrendador las pensiones de todo el tiempo del arrendamiento, y fallecido pendientes los frutos ó rentas; pues no obstante, pertenecen al sucesor, ó al señor del dominio directo, quienes no estan obligados á pasar por el arrendamiento, y así los herederos del enfitéuta deberán restituir al arrendador las rentas que su causante percibió anticipadas de mas tiempo que el que vivió, lo qual milita en el usufructuario, por el qual se debe gobernar el partidor en este caso, porque se equiparan. (*a*)

7 Si por delito que cometió el enfitéuta, cae en comiso el enfitéusis, (*b*) ha de volver este al señor del dominio directo, y si al tiempo del crimen hubiere frutos pendientes en la finca enfitéutica, pertenecen todos á dicho señor por la propia y aun mayor razon que la de su muerte; y si los percibieron despues el enfitéuta, ó sus herederos, estan obligados á devolverlos al mismo.

§. III.

Cómo se han de dividir los frutos y pensiones de beneficios eclesiásticos entre los herederos del Beneficiado y el sucesor.

8 Suele dudarse cómo se han de dividir los frutos que dexan pendientes los que gozan beneficios, dignidades y pensiones eclesiásticas, y para instruccion del partidor debo sentar que el Clérigo puede gozar tres clases de bienes. Unos se llaman *patrimoniales*, y son los que hubo de sus padres y parientes, ó adquirió con su industria y trabajo, ó por testamento, donacion, ú otro contrato lucrativo, y de todos ellos puede en estos reynos de Castilla disponer á su arbitrio á falta de herederos forzosos del mismo modo que el lego. (*c*)

9 Otros se llaman *quasi patrimoniales*, y son los que

(*a*) Valasc. cap. 31 cit. n. 12. (*b*) Valasc. lug. cit. n. fin. (*c*) Valasc. de Partit. cap. 35 nn. 1, 2 y 3.

adquiere por razon del órden y oficio clerical, como por la limosna de la misa, por predicar, cantar las horas canónicas, y por otros actos y exercicios espirituales: de cuyos bienes como adquiridos con su trabajo personal puede testar y disponer igualmente, porque se reputan como matrimoniales; (*a*) por manera que en estas dos clases y en sus frutos se sucede conforme á las leyes y reglas de la sucesion de los legos, y del mismo modo vienen al juicio divisorio que los de estos, porque son bienes profanos ó temporales, no espirituales ni sagrados.

10 Otros en fin se llaman adquiridos por razon de la iglesia, esto es, por razon de prebenda, beneficio simple ó curado, obispado, ú otra dignidad eclesiástica; y dexando á parte las opiniones que hay sobre la sucesion de los frutos de estos, diré, que estando pendientes tocan insolidum atendido el rigor de derecho al sucesor en el beneficio, haciendo suyos solamente el beneficiado los que dexó cogidos, quando murió: que se llaman así, aunque no se hallen encerrados en la trox, ó parage donde se custodian, pues basta que esten segados y separados del suelo; (*b*) y que se han de divivir entre sus herederos como los de su patrimonio, porque en estos reynos de Castilla puede testar, y se sucede en ellos por testamento y abintestato por costumbre que ha mandado observar una ley recopilada. (*c*)

11 Pero sin embargo de lo expuesto se observa en estos dominios como mas equitativo el prorratear entre los herederos del Beneficiado y el sucesor del beneficio así los frutos pendientes como los cogidos dentro del año de su fallecimiento: de suerte, que hasta que espira el año civil (que es en el dia último de diciembre) no los hace suyos enteramente el Beneficiado, aunque los tenga recogidos, y únicamente los percibirán sus herederos á proporcion del tiempo que vivió en aquel año, porque como alimentos le tocan hasta entónces, debiendo cumplir las cargas con la misma proporcion. Por este medio se evi-

(*a*) Navar. in Apolog. q. 1. monit. 21 y 22 nn. 1 y 3. Valasc. n. n. (*b*) Valasc. de Partit. cap. 33 n. 11, y cap. 36 n. 11. Gutier. Canon. q. cap. 33 n. 4. (*c*) La 13 tit. 8 lib. 5.

tan muchos pleytos, gastos y perjuicios, (*a*) aunque sobre todo se estará á la costumbre del obispado en que se halle el beneficio, ó capellanía colativa.

12 Del mismo modo se ha de dividir la pension que alguno tiene sobre beneficio, ó dignidad eclesiástica, porque se le concede por via de alimentos, y estos no deben darse al alimentario por mas tiempo que el que vive. (*b*)

§. IV.

Cómo han de dividirse los frutos pendientes del mayorazgo entre el sucesor y herederos del poseedor.

13 Sobre el modo de dividir los frutos pendientes en los bienes vinculados entre el sucesor y herederos del último poseedor estan discordes los AA. Unos opinan que ha de observarse en ellos lo mismo que en los de los feudos: otros son de parecer que los frutos, pensiones ó rentas pendientes de un mayorazgo pertenecen al sucesor, en quien se transfiere su dominio; y otros afirman que se deben dividir entre los herederos del último poseedor y el sucesor á prorata del tiempo que aquel vivió en el año de su fallecimiento. Esta opinion que siguen muchos AA. nuestros (*c*) y que es segurámente la mas equitativa, pues seria cosa iniqua que habiendo estado casi todo el año el último poseedor sufriendo las cargas del mayorazgo, se privase de dichos frutos á sus herederos, por haber fallecido ántes de finalizarse, y que en detrimento suyo se lucrase el sucesor con ellos: esta opinion, digo, se ha adoptado tan generalmente en España que muchísimas veces se ha executoriado el prorateo; y tal costumbre tiene fuer-

(*a*) Covar. lib. 1 Var. cap. 15 n. 22. Gutier. lug. cit. n. 9 y sig. Molin. de Primogen. lib. 3 cap. 11 n. 4. (*b*) Covar. lib. 1 cit. c. 13 n. 13. Molin. y Gutier. cap. cit. Valasc. cap. 36 cit. nn. 19 y 20. (*c*) Burg. de Paz in Proem. leg. Taur. n. 74 vers. Præterea. Molin. de Primog. lib. 3 cap. y n. 11. Avendañ. respons. 5 n. 4. Ayor. part. 1 cap. 9 nn. 6 y sig. Covar. lib. 1 Var. cap. 15 n. 14. Garcia de Expens. cap. 16 n. 6. Castill. de Usufruct lib. 1 cap. 80.

za de ley, por tener los cinco requisitos necesarios para que valga y no se califique de corruptela; á saber, ser general, estar tolerada por el Soberano, haberse seguido por los tribunales supremos, no solo en los dos juicios que prefine la ley, sino en muchísimos, haberse usado por mas tiempo que el de los 20 años que aquella dispone, y no oponerse al derecho divino, natural ni positivo, ni tampoco al bien comun. (*a*) Pero como suele haber diversas especies de frutos pendientes en los bienes vinculados ó de mayorazgo, y los AA. dexaron en silencio mucho de lo que se debe practicar en la division de cada clase y caso, se hablará de este punto con mayor individualidad y extension.

14 Si al tiempo de la muerte del fundador quedan frutos pendientes, sean de los bienes que labraba por sí, ó de los réditos ó pensiones que debian los arrendadores, censuarios, ó enfitéutas, y nada dispone acerca de los expresados frutos, vinculando solo las propiedades y capitales que los producen, ni tampoco dexa muger, ni herederos legítimos ni extraños; son todos del primer llamado, sin que tenga obligacion de dexar otros tantos al sucesor, ni de agregar su importe al vínculo ó mayorazgo; pues por su taciturnidad es visto haber querido los gozase libremente para sí, y como son accesorios, se estiman parte de la misma cosa, y los adquiere quien se hace dueño de ella. (*b*) Pero si los mandare agregar, ó instituyere á alguno heredero de ellos, ó dispusiere otra cosa se observará su voluntad.

15 Sino dexa viuda, pero sí hijos ú otros descendientes legítimos por herederos, y mejora por via de vínculo á uno de ellos en el tercio y quinto, consignándoselos en bienes determinados, cuyo valor en propiedad segun el caudal del difunto completa el total de la mejora; ó le mejora solamente en bienes señalados que no exceden de

(*a*) Leyes 4, 5 y 6 tit. 2 P. 1. Puede verse sobre este punto á Castillo de Usufruct. cap. 80, y á Escobar comput. 20. (*b*) Greg. Lóp. ley 26 tit. 11 P. 4 glos. 3 vers. Quid autem. Ayor. de Partit. part. 1 cap. 9 n. 6 vers. Ideo judicio meo.

ella, imponiendo el gravámen de vinculacion, y llamando á otros á su goce para despues de los dias del mejorado con arreglo á la ley 27 de Toro, y al tiempo de fallecer quedan frutos pendientes en los mismos bienes, los llevará el mejorado desde el dia de la muerte de su padre (que es quando adquirió en los bienes su dominio) y no mas por razon de tal; á cuya conseqüencia se estimarán, ó apreciarán en el estado que se hallen entónces, será caudal partible de su testamentaría el valor que se les dé, y cederá enteramente á beneficio del mejorado el aumento que despues adquieran hasta su recoleccion los de dichos bienes consignados, sin perjuicio de la parte que le corresponda por su legítima en los restantes; y los gastos que se ocasionen hasta entroxarlos, se harán proporcionalmente, cargando al mejorado la parte que atendido el mayor valor tengan, y al cuerpo comun de la testamentaría el residuo de ellos. Por exemplo, quando falleció el mejorante, valian los frutos 1ⅇ reales, y quando se cogieron 1ⅇ500, y en su recoleccion se gastaron 150. En este caso los 1ⅇ reales son caudal de la testamentaría que agregado á lo demas de esta se ha de dividir como libre entre todos los interesados en ella, incluso el mejorado; y los 500 restantes tocan privativamente á este; por cuya regla la testamentaría satisfará 100 reales de gastos y el mejorado como tal 50; pues de los de barbechos y siembra no se hace mérito, porque salieron del caudal de todos ántes de fallecer el testador y estan refundidos en su herencia.

16 Y si ántes de la recoleccion falleciere con hijos el mejorado, ó primer llamado, entrarán aquellos á la particion con sus tios, llevando y pagando lo que su padre llevaria y pagaria, y percibiendo para sí solo el inmediato sucesor los frutos desde la muerte de su padre hijo del mejorante: de modo que se deberá formar otra cuenta separada entre dicho sucesor y la testamentaría de su padre por la misma regla que la anterior y con igual proporcion así en quanto al percibo de frutos como al pago de gastos, valuándose nuevamente aquellos en caso de tener aumento para evitar perjuicios á los interesados.

17 Pero si el fundador ó mejorante que no dexó muger, falleciere acabada la recoleccion, y las tierras quedaren barbechadas y sembradas sin manifestarse los frutos, pertenecen los recogidos al caudal comun de su testamentaría, y los que nazcan despues, son propios del mejorado con obligacion de satisfacer á la testamentaría los gastos de barbechos, semillas y siembra, ó los que sean, segun lo que se haya hecho, los quales se apreciarán, se pondrán por caudal comun, y se dividirán á proporcion de la institucion entre el mejorado y demas coherederos; y no teniendo dinero con que satisfacerlos se le aplicarán en vacío, ó entrada por salida como recibido su importe en cuenta de la parte que le corresponda, al modo que si los colacionara: no haciéndose mérito en este caso de los de recoleccion, ni de la utilidad, ó pérdida que pueda haber en ellos, pues todo queda de su cuenta y riesgo, y viene á ser lo mismo que si él hubiera barbechado y sembrado por sí propio las tierras. Por exemplo, importan los barbechos y siembra de los bienes de la mejora 3∂ reales, y agregados al caudal líquido, é igualmente partible de la herencia, compone el total de este 30∂ reales que han de dividirse entre tres hijos. En este caso se darán al mejorado 7∂ reales efectivos que con los 3∂ que debia aprontar, y retiene en el valor de las labores, suman los 10∂ que como á uno de tres le tocan en la herencia; y si ántes de la division pagare los 3∂, se le darán quando esta se haga, los 10∂ completos, y no llevará tercio ni quinto en frutos, porque solo fue mejorado en los bienes señalados y no en los demas de su padre, de manera que percibirá en estos su legítima y en los señalados su mejora vinculada. (*a*).

18 No siendo primer llamado el poseedor del vínculo, ó mayorazgo, y dexando frutos pendientes, ó manifiestos en las tierras, viñas ú olivares de este que labraba por sí, ó en otros árboles, ó las tierras barbechadas, ó sem-

(*a*) Otras muchas especies acerca de la division de frutos de mejora se tocan en el lib. 2 cap. 2 § 4 por ser su propio lugar, adonde remito al partidor, para que se instruya radicalmente.

bradas solamente, y arrendamientos de otras, alquileres de casas y réditos de censos, juros y otros efectos semejantes, cuyos plazos de pagas no han cumplido, hay dificultad sobre como se han de dividir entre sus herederos y el sucesor estas clases de frutos y gastos, y para la mayor claridad distinguiré de casos.

19 En órden á los pendientes y manifiestos, los herederos del último poseedor los han de percibir á prorata del tiempo que este vivió en aquel año, y tuvo dominio en los bienes vinculados, cuyo año no ha de ser el civil que empieza en enero, y concluye en diciembre, sino el natural que es el desde la cosecha de cada fruto, segun el tiempo en que se coge en cada pais, ó provincia, porque una vez que la naturaleza produce y sazona los frutos en diversos tiempos, se debe observar en quanto al pago y contar el año, segun ella misma nos enseña. Por tanto, si el poseedor del mayorazgo fallece, v. gr. en fin de mayo, y los frutos son de trigo, uva y aceytuna, deben llevar sus herederos y testamentaría la parte correspondiente de trigo desde Santa María de agosto del año anterior hasta el dia de su fallecimiento, que son nueve meses y medio: de uva desde primero de octubre del propio año, que es quando regularmente se hace la vendimia, y son ocho meses; y de aceytuna desde enero que son cinco meses, si se coge á sus principios, y sino, desde el dia en que se acostumbra coger; y así de los demas frutos, segun sea el tiempo de su percepcion en cada pais y en cada finca, produzca ó no todos los años. Lo mismo procede en la lana de cabaña lanar, pues para la prorata se ha de contar el año de esquileo á esquileo.

20 Antes de repartir los frutos se han de deducir de todo el caudal y valor de cada especie los gastos hechos en el barbecho, siembra, caba, poda, siega, recoleccion y demas que haya: se han de abonar á la testamentaría del último poseedor los que por parte de este y de ella despues de muerto se hayan hecho en su beneficio, y al sucesor los que hiciere; y luego se ha de dividir lo líquido en dos partes, aplicando á cada interesado la que le corresponda á proporcion del tiempo que poseyó: v. gr. de tri-

go despues de pagado el diezmo quedan 1@500 fanegas, y todos los gastos ascienden á 2@ reales, de los quales suplió 500 el sucesor, y los 1@500 el poseedor y su testamentaría. En este caso se aplica á cada uno en trigo segun el precio que tenga á la sazon, lo que importan sus expensas, y el residuo del trigo se divide á prorata del tiempo que poseyó, habiendo de esperarse á la cosecha para hacer la division, porque de lo contrario podia suceder que el que hubiese suplido ménos, llevase mas con perjuicio del otro. Lo propio se ha de observar en la division y prorateo de la lana de cabaña lanar vinculada y crias de ella, que son sus frutos, si aquella no se ha esquilado, ni estas han nacido al tiempo de la muerte del último poseedor, hecho ántes por los herederos de este el reintegro de las crias que falten y hayan perecido, pues debe entregar la cabaña completa, segun la recibió.

21 Quedando barbechadas solamente, ó sembradas por el poseedor las tierras sin manifestarse los frutos, debe el sucesor satisfacer á los herederos del predecesor los gastos hechos en sus labores y siembra, y nada percibirán estos de la cosecha próxima, porque á causa de no estar manifiestos, de ignorarse si nacerán, ó no, y de haber muerto en tiempo en que no se conocian, no adquirió el último poseedor derecho á ellos, siendo para el caso lo mismo que muera, hechos solos los barbechos, que sembradas las tierras, una vez que no se ven nacidos los frutos al tiempo de su fallecimiento, y puede perderse la semilla; de modo que no se reputan tales hasta que nacen; y aunque luego se manifiesten, como ya entónces tiene el sucesor el dominio de las tierras por sí solo, y aun el de los frutos pendientes, porque se contemplan parte de ellas; debe llevarlos todos y cumple con hacer el expresado pago; á diferencia de quando estan á la vista, en cuyo caso como el último poseedor adquirió y tuvo dominio en ellos y en el fundo el tiempo que vivió, y este dominio se dividió, se deben dividir tambien y proratear entre los que le tuvieren.

22 Con la misma proporcion y equidad se deben repartir los arrendamientos de las heredades vinculadas, contándose

no el dia en que se celebró el contrato entre el arrendatario y arrendador, sino desde el tiempo, ó mes en que este ha de recoger los frutos, porque como labra las tierras con título ó permiso de su dueño, viene á ser lo mismo que si las labrase este, y así se ha de observar lo propio que está dispuesto por derecho comun acerca de los dotales. (a)

23 Si el poseedor del mayorazgo falleciere despues de recogidos los frutos por el arrendador, y de nacidos ó manifiestos los de la cosecha siguiente, llevará á proporcion del tiempo que vivió, el arrendamiento correspondiente á esta cosecha, sin que para hacer el prorateo sea necesario esperar á que llegue el de recogerlos el arrendador, porque no hay que pagarle á él ni á sus herederos expensas algunas, por no haberlas hecho, excepto que el arrendamiento fuese á esterilidad; pues entónces no puede hacerse, hasta que los peritos con vista de los frutos en el tiempo oportuno declaren quánto debe satisfacer el colono. Y si este tuviese barbechadas solamente las tierras, ó aunque esten sembradas, si no se vieren los frutos, nada llevarán los herederos del último poseedor por las razones expuestas en el núm. 23, y porque este nada expendió en su cultivo y beneficio, sino el arrendador, ni adquirió dominio en los frutos, porque no los habia, de suerte que en quanto á la percepcion del arrendamiento, que es fruto civil, es lo mismo que si el último poseedor hubiese cultivado por sí propio las tierras y no se manifestasen los frutos.

24 Siendo casas ú otros edificios los bienes arrendados, ó juros, censos ú otros derechos semejantes, se han de prorratear sus alquileres, réditos ó pensiones, contando lo que vivió el poseedor desde el último dia en que cumplió el alquiler de la casa, ó el plazo de la escritura de arrendamiento, consignacion ó imposicion; y no se ha de atender á que el año sea civil, ó natural, porque los frutos de estos bienes como civiles, convencionales y no naturales corren, se vencen y devengan todos los dias.

(a) De este punto tratan muy bien Molin. de Primog. lib. 3 cap. 11, y Ayor. part. 1 cap. 9 nn. 6, &c. y 13.

§. V.

Cómo han de partirse los frutos pendientes en los bienes de marido y muger disuelto su matrimonio, sean libres ó vinculados, háyanlos llevado á este ó adquirido durante él uno de los dos, ó ámbos.

25 Lo que se ha dicho repetidas veces de pertenecer por mitad al marido y muger los frutos de los bienes de ámbos, no habiendo renunciado los gananciales, no solo procede, quando muere alguno de los cónyuges acabados de percibir, sino tambien quando al tiempo de su fallecimiento estan manifiestos y pendientes en los bienes comunes, ó en los libres propios del uno, aunque sean dotales, si el fundo es viña, huerta con árboles, olivar, monte alto, castañar ú otra finca que produce naturalmente sin cultivo ni industria. Así lo dispone la ley 10 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real que está en uso y dice al principio: "Porque acaesce muchas veces que ante que los frutos son cogidos de las heredades, ó muriere el marido, ó muriere la muger, establecemos, que si los frutos parescen en la heredad á la sazon de la muerte, que se partan por medio entre el vivo, é los herederos del muerto."

26 Pero si los frutos no estan manifiestos en dicho tiempo, se ha de distinguir: siendo de árboles, viñas, olivos y otros semejantes, en que no es necesario hacer siembra para su produccion, pertenecen privativamente al dueño del fundo de los árboles, cepas, olivos ó cosas que los producen, segun lo ordena dicha ley del fuero. "E si no aparecen, haya los frutos cuya fuere la raiz, é dé las misiones que fueren fechas en la labor, al que las labró, y esto sea, si la labor fuere viña ó árboles." Y si fuere tierra y estuviese sembrada, se partirán por mitad los frutos que nazcan despues, aunque no esten manifiestos, como tambien lo dice la misma ley. "Cá si fuere tierra, é fuere sembrada, maguer que no aparezca el fruto á la sazon de la muerte, pártase por medio quanto ende hubiere." La razon de diferencia con-

siste en que en los árboles, viñas, olivos, &c. obra mas la naturaleza que el trabajo é industria, y como el cónyuge no le tuvo, ó fue leve, no adquirió derecho á ellos sino solamente á la mitad de gastos suplidos por ámbos en caso de haberse hecho alguna labor; y en la tierra que se siembra, son indispensables la industria, semilla y expensas para que fructifique, y como al tiempo de la muerte ya el cónyuge habia puesto su trabajo, empleado su caudal y hecho quanto habia que hacer para la produccion, debe llevar la mitad de frutos, aunque no esten á la vista, y esperar para dividirlos á su recoleccion.

27 Estando la tierra barbechada y no sembrada cumple su dueño con pagar al otro cónyuge la mitad de los barbechos, beneficio y gastos hechos hasta entónces, y hace suyos enteramente los frutos que luego siembre y nazcan en ella, segun lo manda asimismo la citada ley al fin. "E si no fuere sembrada, é fuere barbecho, el que no ha nada en la heredad, haya la meitad de las misiones (*expensas*) que fueren fechas en el barbecho." Así que, el importe de los barbechos se pone por caudal, se aplica su total al dueño del fundo en cuenta de su haber, y al otro se da otra cosa en pago de la mitad que le corresponde en ellos. (*a*)

28 Si los frutos son de rebaños, ó animales libres de qualquiera de los cónyuges, aunque la ley del fuero nada habla acerca de ellos, se comunicarán como industriales á entrámbos en iguales términos por la misma razon, aun quando no esten nacidos, si exísten en los vientres de sus madres, pues para su produccion mas obran la solicitud, trabajo é industria que la naturaleza. (*b*) En quanto á la lana del rebaño ó cabaña lanar, si está próxima á esquilarse ó crecida, se esperará, el esquileo y los gastos que en este y en la manutencion del ganado se causen despues de la muerte de uno de los cónyuges, se baxarán del caudal, y el residuo será lo líquido comunicable y partible entre

(*a*) Ayor. part. 1 cap. 9 n. 1. Góm. ley 53 de Toro n. 71. (*b*) Góm. lug. cit. al fin. Montalv. ley del Fuero inserta.

ámbos; y si la lana no está crecida, ni se puede estimar justificadamente por su nimia cortedad, cederá á beneficio del dueño de la cabaña, de cuya cuenta será la manutencion de esta desde el dia de la muerte del uno de los cónyuges y no de su testamentaría, pues lo poco se reputa por nada; bien que lo mejor es proratear su valor para evitar escrúpulos. Todo lo expuesto es corriente en la práctica, por hallarse en uso en estos reynos de Castilla la ley del fuero inserta.

29 Pero si la muger lleva á su matrimonio un fundo, ó mas con frutos á la vista, y muere ántes que se recojan, acerca de lo qual hay variedad de opiniones, por no haber hablado de ello dicha ley, se han de distinguir dos casos para mayor claridad. El primero es, quando se hizo de los frutos aprecio que causó venta, y entónces los adquiere el marido en virtud de la obligacion que otorgó de responder de su valor, siendo por consiguiente de su cuenta y riesgo su incremento y decremento. Y el segundo es, quando se entregaron simplemente al marido sin apreciar, en cuyo caso debe atenderse á si la muger aceptó los gananciales, ó los renunció. Si los aceptó, se ha de dividir el valor de los frutos entre sus herederos y su marido en esta forma: á los herederos se ha de aplicar sin descuento como parte integral de la finca dotal el que se regule y considere tenian en el dia en que se casó: del aumento que hayan adquirido desde este hasta la recoleccion, (á cuyo tiempo se ha de esperar como oportuno para su verdadera regulacion y liquidacion) se han de deducir los gastos ocasionados; y de lo líquido dar al marido la mitad de lo que se estime haberse aumentado hasta el fallecimiento como lucrada durante su matrimonio, la qual le corresponde no por razon de dominio que tenga en el fundo, ni por la industria ni expensas en su siembra y cultivo, sino por razon de las cargas que sufrió, miéntras estuvo casado; y la otra mitad y el mayor valor que desde la disolucion del matrimonio hasta la recoleccion conste tener, será para la muger ó sus herederos, porque con la muerte espiró la sociedad, y por no haber empleado el marido ningun traba-

jo, ni hecho gastos en la siembra y labores del fundo, ni ser suyo este, carece de accion al incremento que desde su acaecimiento tengan los frutos, como igualmente á lo que valian quando se casó. (*a*) (1) Lo mismo se ha de observar por la propia razon, si el matrimonio se disuelve por fallecimiento del marido. Y si la muger renuncia los gananciales, como cesa la razon de sociedad, no se ha de dividir por mitad el aumento líquido, sino con atencion al que duró el casamiento, y así se aplicará al marido lo que importe, sea mucho mas, ó ménos que la mitad, dividiéndole, baxados gastos de recoleccion y demas, en tantas partes quantos dias, meses, ó semanas pasaron desde el de la boda hasta la cosecha, y dando al marido las correspondientes á los que sostuvo las cargas matrimoniales; y el resíduo será para la muger. Este modo de hacer la division en estos dos casos es el mas justifi-

(*a*) Escobar comp. 19 nn. 6, 7 y 8.

(1) Engáñanse Ayora, Escobar y demas Jurisconsultos nuestros en decir que la ley del Fuero inserta guarda silencio sobre el caso propuesto en este numero, y así se causan inutilmente en resolverle, dando lugar á la variedad de opiniones que hay acerca de su decision, y que es tan comun entre ellos. Dicha ley habla en general, y de consiguiente habla de todos los casos que pueden comprehenderse baxo su generalidad: de consiguiente habla del presente caso, y se deberá decidir conforme á ella y no por el derecho comun, como quiere el citado Escobar. En la ley no se lee ni una sola palabra que le excluya, y por tanto tienen aquí lugar aquellos dos axiomas de la Jurisprudencia: *la ley que habla generalmente, generalmente se debe entender: quando la ley no distingue, ni nosotros debemos distinguir*; pero estos axiomas lo son únicamente en la teórica y no en la práctica de nuestros intérpretes, en su fantasía y no fuera de ella. Si durante el matrimonio no hizo el marido, en la finca dotal ningunas expensas ni labores, esto fué una casualidad de que no se ha de hacer mérito y por la que no debemos separarnos de una ley. Y por otra parte ¿quién quita que constante el matrimonio las hiciese el marido, quando continuamente son necesarias hasta la recoleccion de los frutos? Al ménos tendria el cuidado de estos y del fundo, como que se le habian entregado para sostener las cargas matrimoniales, si no hubo necesidad de otra cosa. No obstante, si el error de los comentadores ha motivado que no se siga la ley del fuero en el caso de que se trata, no deberémos estar á ella, puesto que las leyes del fuero solo se tienen por leyes, quando estan en observancia. Esta nota ha de tenerse presente en algunos de los números próximos.

cado y conforme á nuestras leyes, y así se debe entender respecto al segundo la ley 26 tit. 11 P. 4 que dice: "E porque podria acaescer duda sobre los frutos de la dote que es dada al marido sin apreciamiento, cuyos deven ser los de aquel año en que se departe el matrimonio, querémoslo aquí mostrar. E dezimos que los deven departir desta manera: que deve el marido tomar tanta parte de los frutos de la dote del postrimero año, quantos meses, é quantas semanas duró el matrimonio en aquel año: é todos los otros deven fincar en salvo á la muger, é á sus herederos, si se ella finasse, sacadas las despensas de aquel año, que fizo el marido en labrar la cosa que le era dada en dote. E este año se deve comenzar á contar desde el dia que se cumplió el matrimonio por palabra de presente, é fué entregada la dote al marido, quando acaesciesse que en aquel mismo año que fuera fecho el casamiento, se departiesse. E la parte sobredicha que diximos que deve aver el marido, fasta el dia que fue departido el matrimonio, entiendese tambien de los frutos que fuessen ya cogidos al dia del divorcio, como los que fincassen por coger adelante en esse mismo año. Esso mismo seria si fuesse la dote de tal natura que llevasse dos vegadas en el año fruto, ó si fuesse atal que en tres años non diesse mas de un fruto."

30 En conseqüencia de lo expuesto si la muger que renunció los gananciales, traxo á su matrimonio bienes raices, falleció sin dexar descendientes, v. gr. á los quatro meses de casada, y en su testamento instituyó herederos á sus padres, legando á su marido con arreglo á la ley 6 de Toro el tercio de sus bienes, y los frutos de los dotales estaban á la vista, mas no maduros quando murió, se dividirán á prorata del tiempo que duró su matrimonio; y así el marido como tal llevará la parte correspondiente á los quatro meses que hizo íntegramente suya, por no adquirir gananciales su muger. (a) En órden á las dos terceras partes de frutos de los ocho meses restantes, ni aun como legatario del tercio de los bienes de su muger llevará el

(a) Ley 26 inserta.

de ellas, porque en el legado del tercio, quinto, ó de otra qüota no se comprehenden los frutos desde la muerte del testador sino desde el tiempo de la demora de los herederos; (a) pues por ignorarse, si se dará su qüota al legatario en dinero, ó si en bienes de la herencia, quales serán estos, no adquieren ningun dominio que es el título para la adquisicion de frutos, como sucede en los legados específicos. (b)

31 Mas para la deduccion de esta tercera parte legada se han de considerar y valuar no solo los bienes muebles y raices que la muger dexó, sino tambien el aumento que estos recibieron con los frutos, en el estado que se hallen al tiempo de su muerte; y despues de baxado y separado lo que corresponde al marido como tal por razon de frutos, atendido el tiempo de su matrimonio, se agregará el resto de estos al valor de los bienes, y hecho un cuerpo se sacará el tercio legado para aplicársele del mismo modo que si todos fueran bienes muebles ó raices, y no hubiese frutos. (c)

32 Quando el marido ántes de contraer matrimonio percibió frutos del predio de la esposa, aumentan estos su dote, y aunque vivan juntos, no tocan al marido; pero si vistió y mantuvo á la esposa, miéntras tardó en efectuarse la boda, porque no tenia la edad competente para casarse, ó por otro motivo, ó se anularon los esponsales y no se efectuó el matrimonio, hace suyos los frutos percibidos en compensacion de los gastos hechos en mantenerla. (d)

33 Llevando el marido al matrimonio, heredando durante este, ó donándole algun fundo con frutos sazonados y próximos á su recoleccion, aumentan estos su capital, por lo que si falleciere la muger ántes que se cojan, corresponderán enteramente á su marido; y lo propio sucederá á su muger, si el fundo es suyo, por haberle llevado inestimado en dote, ó heredado durante el matrimonio con frutos en estado de cogerse, porque como

(a) Parlador. differ. 131 n. 13. (b) Ayor. de Partit. part. 2 q. 39. Esto se explica mas latamente en el lib. 2 cap. 2 nn. 95, &c. y 112. (c) Ayor. part. 1 cap. 9 n. 2 y 3. Góm. dich. ley 53 de Toro n. 33 vers. Adde tamen circa superiora. (d) Ley 28 tit. 11 P. 4. Matienz. ley 4 tit. 9 lib. 5 R. glos. 1 n. 3.

estan pendientes, son una misma cosa con él, considerado su estado actual y no en otros términos. Y si el dueño del fundo falleciere acabada de hacer la recoleccion, se observará lo mismo, sacando de su total valor la mitad de las expensas hechas en aquella para el otro cónyuge, por haberlas suplido de su caudal, y lo líquido será para el dueño del fundo. La razon porque estos frutos no han de dividirse igualmente como los demas, es la de no haberse sembrado ni cultivado á costa de la compañía, ni nacido, ni crecido durante ella, que es el motivo de conceder la ley la mitad de ellos.

34 Pero si los frutos estuviesen solamente manifiestos en el fundo que heredó el marido ó su muger constante el matrimonio, ó llevó á este, y sin haber repudiado los gananciales falleciere qualquiera de ellos despues de su recoleccion, de lo qual no habla la ley del Fuero; el dueño del fundo llevará el valor que se estime tenian, quando le heredó ó llevó al matrimonio sin descuento, y el aumento que tuvieron hasta la cosecha, se dividirá por mitad, deducidas de aquel las expensas de cogerlos, por haberse ganado y acrecentado durante la sociedad conyugal. (a) Y si del fundo de la muger se hizo aprecio que causó venta, como que los frutos se estimaron con él, y se transfirió el dominio de todo al marido, los hará este suyos. (b)

35 Si el fundo, sea del marido ó de su muger, estuviese arrendado, y al tiempo de fallecer su dueño, ó el otro cónyuge tuviere frutos pendientes sembrados y beneficiados á costa del arrendador, se dividirá la renta que este debe pagar, á prorata del que en aquel año natural duró el matrimonio, y la restante será únicamente para el dueño del fundo, ó para sus herederos, porque el otro consorte no puso ningun trabajo en su siembra, cultivo, ni beneficio, ni hizo gasto en ellos. Por exemplo, murió en fin de enero, y la renta que el arrendador paga anualmente, son 1ↄ200 reales. En este caso el dueño llevará toda la renta que se devengue desde primero de fe-

(a) Ayor. cap. 9 cit. nn. 2 y 3. Escobar comput. 19 n. 6. (b) Escobar lug. cit. n. 5 vers. Quod ad veritatem.

brero hasta Santa María de Agosto de aquel año, en que se coge la mies y se promete el pago; y la vencida desde Santa María de Agosto del anterior, en que empezó el natural, hasta fin de enero, se dividirá por mitad entre ámbos cónyuges como socios. Si el arrendamiento fuere de viñas, olivares ú otras cosas semejantes, se girará la cuenta contando desde la última cosecha hasta el dia del fallecimiento del cónyuge. (a) Así lo practican, como es justo, los partidores inteligentes.

36 Siendo vinculados ó de mayorazgo los bienes cuyos frutos pendientes se han de partir, debe distinguirse. Si estando ya casados recae en qualquiera de ellos el mayorazgo, y los frutos están próximos á su recoleccion, corresponde al que entra á poseerle, lo líquido que le toque en la particion con los herederos del último poseedor, deducidas las expensas, sin que tenga á ello el otro cónyuge el mas leve derecho, porque como no se adquirió á costa del trabajo de ámbos, ni se aumentó durante la compañía, por hallarse ya sazonados, no versa la razon y motivo de la ley para su division por mitad; pero si no estuviesen en tal disposicion, llevará la mitad de lo que toque al cónyuge sucesor, por el incremento que hayan tenido, pues lo que valian hasta el dia inclusive que falleció el último poseedor, toca á sus herederos, y el aumento desde allí en adelante al sucesor, ó á su testamentaría, si muere ántes que se dividan: baxándose y pagándose proporcionalmente así por este y su muger como por la testamentaría del último poseedor los gastos hechos en labores, siembra, recoleccion y demas, y aplicando su importe á quien le hubiese desembolsado; de suerte que si el sucesor y su muger hicieron solamente los de recoleccion, y el último poseedor todos los restantes, ha de exigir cada uno ante todas cosas del total los suyos, y el residuo líquido es lo partible y proporcionalmente comunicable á la testamentaría del último poseedor, al sucesor y su muger.

37 Si muere el marido dexando frutos pendientes y manifiestos en los bienes del mayorazgo que poseia y que

(a) Ayor. cap. 9 cit. nn. 4 y 5.

labraba por sí, tocará á su muger la mitad de lo líquido de ellos correspondiente al tiempo que su marido vivió, y tuvo el dominio y posesion de sus fincas; pues lo demás hasta su recoleccion es del sucesor, quien aunque sea hijo único del poseedor, se reputa como extraño para el caso, porque no adquiere el mayorazgo por derecho hereditario como los bienes libres.

38 Si la muger es la que fallece, y el mayorazgo es del marido, toca á sus herederos por su representacion la mitad de lo líquido de dichos frutos pendientes y manifiestos de qualquier clase que sean, como sembrados y nacidos durante la sociedad, y á costa de ambos. Lo mismo procede en los hijos de animales que existen en el vientre de sus madres, y en los frutos sembrados y no nacidos, segun se expuso en el núm. 28, porque milita la misma razon, y la ley habla generalmente; sin que se atienda á si vivió, ó no hasta su cosecha, porque como el dominio de los bienes queda en el marido, y de consiguiente en la sociedad, la ley del fuero le concede la mitad, quando se hallan pendientes y han sido sembrados por ambos en sus bienes, estén á la vista ó no, sin distincion de libres ó vinculados, y como aquí no hay translacion de su dominio á tercero como en el caso anterior, lo mismo es que sean de una clase que de otra. Pero si el fundo estuviere solamente barbechado ó cultivado al tiempo de la disolucion del matrimonio, no percibirán los herederos de la muger mas que la mitad de las expensas hechas en sus labores, y el marido tomará la otra mitad con su fundo y frutos que nazcan de lo que siembre, como sucede, quando lo es libre, segun se dixo en el n. 29. Lo propio debe observarse para con el marido en los casos propuestos, quando fallece ántes ó despues de su muger, y el mayorazgo es de ésta, pues como correlativos se gobiernan en quanto á los gananciales y sus frutos por una regla, exceptuando los casos expresados en este capítulo y en el anterior, en los que hay razon de disparidad: todo lo qual he visto practicar como legal y justo, aunque no tratado en ningun autor con esta prolixidad y distincion.

39 Y si los bienes fructíferos del mayorazgo estan ar-

rendados, se dividirán las rentas á prorata del tiempo que vivió el difunto y no mas, muera primero ó despues su poseedor, y el difunto no llevará mas que la mitad de las devengadas en su vida, porque no puso trabajo, ni hizo gastos en sus labores ni siembra como en los casos anteriores, segun dixe en el n. 37 hablando de los bienes libres. Lo propio milita por la misma razon siendo alquileres de casas, réditos de censos, juros ú otros derechos semejantes. Por lo concerniente á las rentas de bienes fructíferos se ha de contar el año natural de cosecha á cosecha, y por lo respectivo á las de censos, juros, casas y demas efectos ó consignaciones se ha de atender al plazo en que cumple el contrato y se deben satisfacer, por las razones expuestas en los nn. 24, 25 y 26, que es lo que practican los inteligentes.

40 No adquiere el marido el tesoro que encuentra en el fundo dotal, ya porque no es fruto de este, y ya porque segun la ley 1 tit. 13 lib. 6 R. que deroga la 45 tit. 28 P. 3, los tesoros pertenecen al Rey y únicamente se ha de dar en premio la quarta parte al hallador que dé cuenta á la Justicia, como se debe hacerlo. Mas para esto es indispensable que se ignore á quien corresponde el tesoro; pues si por algun papel ó instrumento puesto con él se acredita quien le escondió, será de sus herederos, á quienes no se podrá oponer la excepcion de prescripcion, porque la cosa clama siempre por su dueño en qualquiera parte que esté; y no habiéndolos, le llevará el fisco como bienes vacantes. (a)

41 Por lo tocante á las canteras ó pedreras del fundo dotal, si no estan abiertas al tiempo del casamiento, y son de tal naturaleza que crecen y renacen, como parece las hay en Francia y Asia, tocará al marido el producto de las piedras que corte y extraiga de aquellas, porque son frutos, (b) aun quando el fundo sea estéril y no produzca ninguna otra cosa; (c) y lo mismo será, aunque las piedras no renazcan, si por su extraccion se hace el fundo mas útil

(a) Leyes 1 y penult. Cod. de Bon. vacant. (b) Leyes fin. ff. de Fund. dotal. y 7 § 13 ff. Solutú matrim. (c) Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 35 n. 2.

y fructífero que lo era ántes, de modo que se pueda cultivar y destinar á otra cosa mejor; (*a*) pues si no sucede así, pertenece á la muger el producto líquido de las piedras que se extraigan, aumentará su dote, y no le adquirirá el marido, mediante á que no reputándose fruto por no renacer, ni poderse compensar con otra utilidad del fundo, no se le puede conceder para que sostenga las cargas de su matrimonio. (*b*) Pero si quando este se contraxo, estaba abierta la cantera ó vena, corresponderá al marido, porque es visto habérsele dado en dote de su muger con este ánimo, excepto que conste expresamente lo contrario de su voluntad; pues quando alguna cosa que está destinada á cierto uso, se da para que se disfrute, se entiende darse para el que siempre tuvo. (*c*) Lo propio milita en los minerales y otras cosas que no renacen. (*d*)

CAPITULO VI.

De dónde se deben baxar las arras, joyas, alimentos, luto y vestido ordinario de la viuda, y el lecho quotidiano de ámbos cónyuges.

§. I.

Cómo y de dónde se han de deducir las arras y joyas, ó preséas y vestidos que el novio da ú ofrece á su futura muger.

1 Separado del total del caudal inventariado el importe de los fondos ó capitales que los cónyuges llevaron ó pusieron en su sociedad: baxadas las deudas que contraxeron miéntras duró, y liquidadas y divididas con igualdad las utilidades ó ganancias que haya; debe el partidor unir la mitad de estas á todo lo que por sus de-

(*a*) Molin. de Primog. lib. 1 cap. 23 nn. 8 y 9. Garcia cap. 22 cit. n. 48. (*b*) Gutier. lug. cit. nn. 17 y 18. (*c*) Gut. cap. 25 cit. nn. 14 y 15. (*d*) Sobre esto puede verse á Gutierrez lug. cit. cap. 25 y 27.

rechos toca á la muger, y la otra mitad á lo que por el suyo corresponde á su marido; y del total y privativo haber de este, y no del caudal comun ha de hacer las deudas que contraxo ántes de casarse, por corresponderle á él solo su satisfaccion.

2 Entre las deudas particulares y privativas del marido se incluyen las arras que ofreció á su futura muger, ó en nombre suyo su padre ú otro con título de recompensa, ó para mayor seguridad de su dote, ó por honor del matrimonio, ó en consideracion á sus prendas personales; (*a*) pues aunque es voluntario el dárselas ú ofrecérselas, por no obligarle á ello ley alguna, (*b*) despues de ofrecidas se halla obligado eficazmente á su solucion, y así han de exigirse de sus bienes propios como deuda contra ellos, porque la muger las hace suyas, y por su muerte tocan á sus herederos legítimos ó extraños, sino dispone expresamente de ellas, (*c*) ó no se hizo al tiempo de su oferta pacto contrario que puede poner el prometedor entónces y no despues á su arbitrio.

3 Puede el esposo ofrecer arras á su esposa ántes de contraer matrimonio, y aumentarlas despues si ella aumenta su dote, con tal que no exceda de lo que la ley permite, pues no es donacion simple sino por razon de casamiento; (*d*) y el marido no debe enagenarlas ni disiparlas, aunque sea con su permiso, ni si ella muere con hijos, miéntras vivan estos, excepto que se las dé apreciadas, ó concurra la muger al contrato de enagenacion y le jure renunciando el derecho hipotecario que tiene contra los bienes de él, al modo que en la dote, porque aquellas tocan á sus herederos.

4 En los pueblos y provincias en que no rigen las leyes del Fuero, se observarán las suyas sobre la cantidad que puede dar ú ofrecer con título de arras el novio á la novia, tenga bienes libres ó vinculados, ó ningunos, quando se casa, ó el uso y costumbre que haya, ó lo que los

(*a*) Parlador. Different. 125 nn. 7 y 8. (*b*) Véase la 1 part. c. 13 nn. 19 y 20. (*c*) Leyes 1 y 2 tit. de las Arras lib. 3 del Fuero Real, y 3 y 4 tit. 2 lib. 5 R. (*d*) Ley 1 tit. 11 P. 4. Véase la 1 part. cap. cit. nn. 20 y 27.

contrayentes pacten en las capitulaciones, aunque estas se otorguen fuera de dichos paises, si se casan para irse á vivir á ellos; pero en estos reynos de Castilla en que acerca de las arras, joyas y vestidos estan en observancia las leyes del Fuero Real, ningun novio puede dar, ni ofrecer á la novia soltera por via de arras ó donacion por razon de casamiento mas que la décima parte líquida y efectiva, deducidas las deudas, de los bienes libres que tiene, quando se casa, (*a*) la qual puede consignar en finca ó alhaja determinada que la importe, ó en el total de los que tiene entónces y tuviere en adelante indistintamente, *ó en los mejores y mas bien parados que tenga*: de cuyos casos en el primero le aplicará su importe el partidor en la misma alhaja ó finca como su hipoteca especial: en el segundo, en qualesquiera bienes de la herencia, porque en todos se las ofreció indeterminadamente, de manera que si dexa deudas á su favor, se le aplicará en ellas lo que proporcionalmente le corresponda de buenas, malas y medianas, que es á lo que en este caso tiene derecho, y no á que todo su importe sea de lo florido; y en el tercero, en los mejores y mas exequibles que son el dinero, plata y oro por su intrínseco valor, bienes raices, y derechos perpetuos y redituables, y á falta de ellos en los mas útiles; pues esto significan las palabras, *mejores y mas bien parados*, como á instancia mia se ha declarado. Lo propio milita en el padre ó madre del novio, pues tampoco pueden dar á la novia en arras mas que el diezmo de lo que herede de ellos su hijo, (*b*) y así se observa.

5 Aunque el novio ofrezca á la novia por mero título de arras mas que la décima, y renuncie la ley del Fuero citada, no vale su renúncia, por ser una ley prohibitiva en beneficio público, ni tampoco la oferta en el exceso, y así el partidor no debe abonarlo, ni en ello puede dis-

(*a*) Ley 2 tit. 2 lib. 3 del Fuero Real, y en ella Rodrig. Suar. y Montalv. Góm. en la 50 de Toro n. 13. Ayor. part. 1 cap. 7 un. 17 y 20. Matienz. ley 2 tit. 2 lib. 5 R. glos. 1 n. fin. (*b*) Ley 1 al fin tit. 2 lib. 3 del Fuero Real. "E si el padre, ó la madre quisiere dar arras por su fijo, no pueda dar mas del diezmo de lo que puede heredar dellos."

pensar en ninguna manera la Cámara, de suerte que se ha de reducir á la décima de los que tiene ó tenia al tiempo de su oferta, segun se haya hecho esta. Ademas el Escribano que autoriza instrumento con renuncia especial y especifica de dicha ley, incurre en perdimiento de su oficio, del qual no podrá usar mas sopena de falsario. (*a*) Algunos AA. opinan que si la promesa se corrobora con juramento, valdrá en el exceso de la décima, porque la prohibicion se estableció á beneficio del marido que puede renunciarla con él (*b*) (1) fuera de que la citada ley no habla de este caso, y por la 12 tit. 1 lib. 4 R. se permite interponer juramento en este contrato, sin que por ello incurra el Escribano en pena alguna; pero yo soy de parecer que el permiso de la ley 12 se circunscribe á afianzar mas con el juramento lo que permite la del Fuero, y no el exceso, como expone Gutierrez en el lugar citado núm. 4.

6 Si el novio ofrece á la novia en las capitulaciones el quinto de sus bienes *para que le haya por via de arras, donacion por casamiento, ó como mas le convenga, ó haya lugar en derecho*, y fallece abintestato ántes que ella con hijos ó sin ellos, ó baxo de testamento sin revocar la oferta en el exceso de la décima; y aunque parece que el quinto se deberá restringir á esta, y que en el exceso será nula la oferta por la prohibicion de las leyes del Fuero, no obstante, le percibirá todo la muger: su mitad que es la décima, por razon de arras con arreglo á la ley del

(*a*) Leyes 2 y 5 cap. 2 tit. 2 lib. 5, y auto 4 §§ 24 y 25 t. 12 lib. 7 R. Gom. n. cit. Matienz. lug. cit. glos. 2 nn. 1 y sig. (*b*) Gom. lug. cit. vers. Item si talis. Gutier. in Authent. Sacramenta puber. n. 23 y de Juram. confirm. c. 14 n. 2. Matienz. dicta ley 2 glos. 2 n. 6. Ayor. part. 1 c. 7 n. 19.

(1) ¿De qué serviria la ley 50 de Toro que tiene por de ningun momento la renuncia de la del Fuero, y de qué serviria la pena impuesta al Escribano que autorizase instrumento con ella, si con solo un juramento fuese todo por tierra dando valor á la promesa de arras que excediese la décima parte de los bienes del prometedor? Los juramentos deben ser vir para corroborar las justas disposiciones de las leyes, y no para frustrarlas é inutilizarlas.

Fuero, y la otra mitad como parte y legado del quinto: en primer lugar, porque el novio puede usar de las facultades que la ley del Fuero citada y la 28 de Toro le conceden, y en hacerlo no contraviene á ellas, ni á nadie grava ni injuria: en segundo lugar, porque dicha ley 28 le permite disponer en contrato, ó en disposicion última del quinto sin prescribir en qué contrato ha de ser, ni prohibir que sea en el de casamiento, y así en qualquiera puede donarle, pues lo que no está prohibido, se entiende permitido, y quando la ley no distingue, no debemos distinguir; y en tercer lugar, porque su voluntad se conforma en esta parte con las leyes referidas por los distintos fines á que se dirigen, y por la expresion amplia de la oferta, *ó como mas haya lugar en derecho*, en cuya atencion debe conciliarse con ellas en todo lo que no se opongan. Así que, si muriendo con testamento dexa legados que consuman toda la décima, y tenia hijos quando se casó, se aplicará á la viuda una décima por razon de arras, y la otra décima se prorateará entre ella y los legatarios, si no la revocó, baxando previamente los gastos funerarios, misas y demas sufragios; y si murió abintestato, la llevará toda deducidos estos. Si no tenia hijos al tiempo de casarse, ó aunque los tuviese, si durante su vida murieron sin sucesion, llevará la viuda la décima, y del quinto íntegro de los bienes se baxarán los legados y gastos referidos, y el residuo de aquel será para ella; pues á falta de descendientes legítimos puede ofrecer la décima entera á la novia y disponer despues del quinto, lo qual le está prohibido, quando los tiene al tiempo de casarse, como diré en el n. 22; bien que si los dichos gastos y legados no consumen en este caso la mitad del quinto, será el sobrante de esta mitad para los herederos, porque la viuda no tiene derecho á mas que á la otra mitad que se le ofreció en el contrato dotal, y es visto que en nada mas quiso beneficiarla su marido, por lo que el partidor no debe ampliar su voluntad á otra cosa que á lo que en vida y muerte manifestó expresamente; y si consumen la mitad entera y parte de la otra mitad, deberá contarse con el residuo de esta. Mas para evitar

disputas necias se dirá en la oferta, "que se le hace del quinto para que le perciba todo, la mitad que es la décima, por via de arras y donacion por casamiento con arreglo á la ley del fuero, y la otra mitad en caso de no revocarla, como donacion de parte de dicho quinto, segun se lo permite la 28 de Toro, ó como mas le convenga y haya lugar en derecho, para que no se invalide en cosa ni parte alguna." Lo mismo procede en el tercio teniendo ascendientes segun la ley 6 de Toro, porque militan las propias razones. (1)

7 Aunque el novio no tenga ningunos bienes, quando se casa, puede prometer arras á su esposa de los que adquiera en lo sucesivo, y valdrá la promesa en la décima parte líquida de ellos, atendiéndose al tiempo en que se piden, (*a*) segun se practica.

8 Así como el novio mayor de 25 años y capaz puede dar ú ofrecer arras á la novia, así tambien el menor de ellos hasta en dicha cantidad, sin que sobre ello deba concedérsele el beneficio de la restitucion, porque hace lo que haria qualquiera hombre mayor y prudente; pero esto ha de entenderse, quando no tiene curador, pues teniéndole ha de intervenir, y de lo contrario será nula la donacion ó promesa, (*b*) excepto que se confirme por su silencio siendo mayor de ellos, como tambien quando la donacion consiste en dinero ó en cosas que guardándolas no pueden conservarse, pues consistiendo en bienes raices no basta la concurrencia de su curador, por ser indispensable la licencia, ó decreto judicial; (*c*) bien que si este no interviene y pasan quatro años despues de

(1) La donacion del quinto, aunque se haga con las palabras insertas y pueda de consiguiente revocarse su mitad, se dirige en cierto modo á eludir lo dispuesto en las leyes 1 y 5 tit. 2 lib. 5 R. Las facultades que concede la ley 28 de Toro deben interpretarse sin perjuicio de dichas leyes que ponen tasa á las donaciones de los novios y anulan *todos los contratos, pactos ó promesas que de otra manera se hicieren.* Véase la nota del n. 13.

(*a*) Así lo dice expresamente la ley 2 t. 2 lib. 3 del Fuero Real. (*b*) Leyes 3 Cod. de In integrum restitut. y 2 y 28. Cod. de Jure dotium. (*c*) Leyes 22 Cod. de Administrat. tut. y 8 Cod. de Prædiis minor.

cumplidos los 25 sin reclamarla, se confirma y queda eficaz, del mismo modo que la enagenacion de cosa inmueble que se hace por título oneroso. (*a*)

9 Ofreciendo el novio á su futura esposa cantidad cierta en arras, confesando que cabe en la décima parte de los bienes libres que tiene entónces, y caso que no quepa, haciéndole la consignacion en los que adquiera en adelante; aunque quando contraxo matrimonio, no cupiese en ella, si al tiempo de su disolucion tiene cabimiento, se le debe aplicar, ó lo que quepa. (*b*) Lo propio milita, si al tiempo de su oferta expresa "que en el caso de que su esposa muera ántes que él, ha de entenderse nula la oferta, y no ha de podérsele exîgir su importe, aunque dexe herederos forzosos;" ó si siendo viudo y teniendo hijos del primer matrimonio, dice: "que si su esposa falleciere ántes que él, se entienda nula la oferta, de suerte que no puedan pedirle nunca su importe los herederos legítimos ni extraños que instituya; y que solo por su muerte tengan derecho á él los hijos que tuviese en ella, y quando se haga la division de sus bienes, puedan exîgirle de estos como crédito privilegiado." Así pues, el partidor debe tener á la vista lo pactado ó dispuesto en las capitulaciones acerca de las arras.

10 Pero si en la escritura de promesa no habló de sus bienes presentes ni futuros, y solo dixo simplemente *que ofrecia en arras á su esposa tanta cantidad*, y al tiempo que se la prometió, no cabia en la décima parte de sus bienes, ó no tenia ningunos, no valdrá la oferta en la décima de los que adquirió despues, porque en los contratos siempre se presume que cada uno quiere gravarse y gravar á su heredero en lo ménos que pueda; (*c*) y lo mismo procede, aunque el novio obligue en la escritura sus bienes presentes y futuros, pues esta obligacion general no indica que quiso ampliar la oferta á mas de los que tenia quando la hizo, porque mas es seguridad

(*a*) Góm. ley 50 de Toro n. 14. Matienz. dich. ley 2 glos. 1 n. 3. Cov. Pract. cap. 28 n. 10. (*b*) Ayor. part. 1 cap. 7. n. 18. (*c*) Ayor. n. 18 cit. vers. Sed quid erit.

de la precedente que ampliacion ó extension de la promesa, y las palabras que se refieren á la execucion, no alteran ni mudan la disposicion. (*a*)

11 Si al tiempo que el esposo ofreció las arras á su futura esposa, y al de su muerte tenia bienes, y le prometió indistintamente á su eleccion la décima parte de ellos, se ha de atender y mirar para su deduccion y abono al que sea mas útil á la muger, ó á sus herederos; (*b*) pues tienen accion á elegir el que quieran, segun les convenga, con arreglo á la oferta y obligacion del prometedor, aunque para esto han de hacer constar qué bienes tenia en ámbos tiempos, así como quando la muger posee las arras que le dió su marido, incumbe á los de este probar que exceden de la décima, para anular el exceso. (*c*)

12 No solo puede el novio ofrecer arras á su futura esposa siendo soltera, sino tambien siendo viuda sin diferencia, porque no hay prohibicion de que se le den ni ofrezcan; pero teniendo hijos de dos, ó mas maridos la muger, no han de percibir los del uno parte alguna de las arras que el otro le ofreció, y cada uno ha de llevar las prometidas por su padre, como lo ordena la cit. ley 1 tit. de las Arras lib. 3 del Fuero Real que dice: "E si la muger obiere fijos de dos maridos, ó de mas, cada uno de los fijos hereden las arras que dió su padre: de guisa (*de manera*) que los fijos de un padre no partan en las arras que dió el padre de los otros." (1) Sin embargo, la misma ley 1 dice: "E si la muger habiendo fijos de este marido, finare, (*muriere*) pueda dar por su alma la quarta parte de

(*a*) Covar. in Rub. de Testam. part. 2 n. 38 vers. Tertia conclusio. Cariev. de Judic. tit. 1 disp. 5 n. 34. (*b*) Castill. ley 50 de Toro n. 9 vers. Secundo casu. Ayor. part. 1 cap. 7 n. 18. (*c*) Rodrig. Suar, ley 1 tit. de las Arras lib. 3 del Fuero Real fol. 6 vers. Circa hanc partem, al fin. Covar. lib. 2 Var. cap. 6 n. 7. Matienz. dich. ley 2 glos. 2 nn. 7 y 9.

(1) Estas mismas palabras demuestran que las arras pueden darse á las viudas como á las solteras. Es cierto que la ley 3 del mismo título hablando de aquella donacion siempre hace mencion de la manceba, nombre que se daba antiguamente á la doncella; mas para esto basta que por lo regular se den las arras á las que se hallan en el estado de la doncellez. Ayora de Partit. part. 1 cap. 7 n. 32.

las dichas arras á quien quier, é las tres partes finquen (*queden*) á los hijos de aquel marido, de quien las hobo:" de suerte que por esta disposicion se duda, si podrá mejorar á alguno de sus hijos habidos en aquel matrimonio en el tercio y quinto del importe de las arras, ó legar el quinto á extraño, y por consiguiente si su total deberá juntarse con los demas bienes suyos para deducir el tercio, ó quinto, ó entrámbos; pero yo soy de parecer que en ámbos casos se debe juntar no mandando lo contrario, ó no probándose estar en observancia la ley inserta, (*a*) porque todos son bienes suyos, de los que no se ha de hacer distincion ni separacion, y así lo he practicado y visto practicar.

13 Ofreciendo el novio á la novia mucho mas de lo que importa la décima parte de sus bienes, por ser v. gr. viejo y rico, y ella jóven, hermosa, pobre y noble, no por via de arras sino como dote ó donacion en premio y remuneracion de su nobleza, hermosura y juventud, valdrá, porque es donacion remuneratoria que está permitida, (*b*) y no simple que ha prohibido la ley entre marido y muger; (*c*) por lo que se le aplicará, con tal que si tiene descendientes legítimos, no exceda del quinto, y si ascendientes, del tercio, en que los puede perjudicar; (*d*) pues careciendo de unos y otros la puede instituir heredera. No falta quien diga que esto es eludir la ley so color de remuneracion: que una vez que se conforma la novia en casarse con el viejo, se iguala con él; y que lo demas seria hacerlo por el interes, no por amor, segun debe celebrarse el matrimonio, y venderse por la dotacion que es vergonzoso; pero sin embargo debemos seguir lo expuesto, sino es que se pruebe haberse hecho la donacion con el ánimo de cometer fraude, porque una cosa es dar dote y otra muy diversa dar arras; y aunque la dote que el padre da á su hija, y las arras que el novio da, ú

(*a*) Escobar comput. 1 nn. 18 y 19 (*b*) Ley 7 § 2 ff. de Donation inter vir. et uxor. (*c*) Ley 4 tit. 11 P. 4 Ayor. part. 1 cap. 7 nn. 30 y 31. (*d*) Garcia de Donat. remuner. n. 42. Acev. ley 2 tit. 2 lib. 5 R. n. 11. Parlad. diff. 125. n. 10.

ofrece á la novia, tiene tasa por las leyes, no la que el marido ó un extraño dan á la muger. (1) Mas para evitar du-

(1) En esta controversia no me conformo con el autor. Si fuese cierta su opinion ¿de que serviria lo que las leyes 1, 2 y 5 tit. 2 lib. 5 R. disponen acerca de las donaciones que pueden hacer los novios á las novias? Entónces serian eludidas con la mayor facilidad, aunque ellas mismas procuraron evitar esto. La ley 1 comienza así. "Atenta la desorden i daños que somos informados que se han recrecido y recrescen de las dotes excesivas que se prometen, &c." Y al fin trae estas palabras: "I porque los que se desposan, ó casan, suelen dar al tiempo que se desposan, ó casan, á sus esposas y mugeres joyas y vestidos excesivos, y es cosa necesaria que asimismo se ordene y modere, mandamos que de aqui adelante ninguno, ni alguno de estos nuestros reynos que se desposaren, ó casaren, no pueda dar, ni dé á su esposa i muger en los dichos vestidos y joyas, *ni en otra cosa alguna*, mas de lo que montase la octava parte de la dote que con ella recibiere: i porque en esto cesen todos los fraudes, mandamos que todos los contratos, pactos, y promissiones que se hicieren en fraude de lo susodicho, sean en sí ningunos, i de ningun valor, i efecto." Así vemos que la ley sabedora de los fraudes que se cometian para hacer á las esposas donaciones excesivas, procuraron impedirlos dando por nulos los contratos, pactos y promesas que se celebraren en fraude de su disposicion: por manera que aunque á dichas donaciones se dé el nombre de donaciones remuneratorias, el de dotes, ú otro, no deben valer en modo alguno.

La ley 2 tiene tanto empeño, digámoslo así, en que el marido no dé á su muger en arras mas de la décima parte de sus bienes, que manda se observe la ley del fuero que señala esta quota, aun quando se renuncie, y que si algun Escribano diese fé de algun contrato en que se haga tal renuncia, pierda su oficio y no pueda exercerle nunca baxo la pena de ser tenido por falsario, como se ha dicho.

La ley 5 se halla concebida en estos términos. "Porque el exceso i punto á que han llegado los gastos que se hacen en los casamientos, i obligaciones que en ellos se han introducido, se consideran por carga i gravámen de los vasallos, pues consumen las haciendas, empeñan las casas i ayudan á la despoblacion deste reyno, i por ser tan grandes, es preciso que lo hayan de ser las dotes, con lo qual se vienen á impedir, pues ni los hombres se atreven, ni pueden entrar con tantas cargas en el estado del matrimonio, considerando que no las han de poder sustentar con la hacienda que tienen, ni las mugeres se hallan con bastantes dotes para poderlas suplir, de que resultan otros inconvenientes en las costumbres, y contra la quietud de la república: ordenamos i mandamos que en quanto á las dotes se guarde, cumpla i execute lo dispuesto por la ley primera de este titulo, &c. i asimismo que en quanto al exceso en joyas, vestidos i otras cosas que se dan, i hacen al tiempo de el desposorio, se guarde la dicha ley, i en su conformidad que ninguna persona de qualquier estado, calidad ó condicion que sea, pueda dar, ni dé á su esposa i muger en jo-

das y disputas se ordenará la cláusula de oferta como la que se insertó en el n. 6.

14 Aunque el novio no tenga bienes libres, quando se casa, puede ofrecer arras á la novia, no de los vinculados sin que intervenga Real permiso, ni de los sujetos á restitucion, sino de su usufructo ó aprovechamiento. Para hacer esta regulacion se tendrá presente su producto anual líquido, deducidas las expensas, y lo que podrá vivir el novio segun su edad y robustez; y atendido

yas, y vestidos, ni en otra cosa alguna, mas de lo que montare la octava parte de la dote que con ella recibiere, que ha de ser en la calidad i forma dicha; i desde luego damos, i declaramos por ningunos, i de ningun valor, i efecto los contratos, pactos ó promesas que de otra manera se hicieren, i por perdidas las cantidades, ó cosa en que se excediere en qualquiera de los dichos casos, i las aplicamos por el mismo hecho para nuestra cámara.

1 I porque se cumpla con mas puntualidad lo dispuesto en quanto á que las arras no puedan exceder de la décima parte de lo que montaren los bienes libres; ordenamos i mandamos que en nuestro Consejo de Cámara no se den facultades en dispensacion desto, i desde luego damos por ningunas, i de ningun valor i efecto las que en contrario se dieren; y que para mayor seguridad de la execucion de todo lo dicho, el Escribano ante quien se otorgaren las escrituras, tenga obligacion de dar cuenta de los tales contratos á la Justicia de la parte, ó lugar donde se hicieren, i el Escribano de el Ayuntamiento de cada lugar tenga un libro donde se tome la razon de los dichos contratos; y de la cantidad, dote, i arras, i la Justicia haga averiguacion si la dicha dote i arras, joyas i vestidos que se uviere dado, exceden de la cantidad que en esta ley se manda, y execute la pena i aplicacion hecha para nuestra Cámara, i que de aquí adelante se ponga esto por capítulo de residencia; que esta lei no se pueda renunciar."

A vista de semejantes disposiciones no debe dudarse que las dotes que hayan de dar los novios á las novias, tienen quota determinada por las leyes de que no puede pasarse, aunque estas no hablan expresamente de ellas, pues se entienden comprehendidas en la expresion general, *los contractos, pactos, ó promesas que de otra manera se hicieren*, y en otras. Las leyes hablan de las dotes que den ú ofrezcan los padres á las hijas, porque estos son los que regularmente las dan ú ofrecen. No es necesario, como quiere Febrero, que para que se tenga por de ningun valor la donacion excesiva, se pruebe haberse hecho con fraude, ya por todo lo que se acaba de exponer, y ya porque dicha ley no exige tal prueba, segun parece exigirla la ley 1 en las mismas palabras y en la expresion, *en fraude de lo susodicho*, aunque podria darse á esta mejor interpretacion.

esto se formará un capital á la similitud de censo vitalicio personal, como si fuera de renta vitalicia, (que por tal se reputa el producto de los bienes vinculados) ó de dinero puesto en fondo vitalicio, ú muerto, á razon de diez mil el millar, por ser por una vida, con arreglo á la última ley (a) (1) que trata de estos censos. Por exemplo, producen los bienes 8∂ reales al año líquidos, y el marido segun su edad y robustez podrá vivir diez años que por 8∂ en cada uno componen 80∂ reales los réditos, ó rentas de los diez. En este caso se forma capital de 8∂ que son la décima de los 80∂, y que podrá prometer por via de arras á su futura muger. Si se conceptuare que puede vivir mas, podrá ser mayor la oferta proporcionalmente. (b) Lo mismo podrá hacer con otra renta, encomienda, ó pension vitalicia que goce, y con las joyas, ó preseas ó vestidos que le dé, á diferencia de que la qüota de estas no debe exceder de la octava parte de la dote que recibiere con ella, como diré en el núm. 24. Y si el novio no viviere el tiempo regulado, deberá contentarse la novia con la parte que quepa en el que vivió, porque ni pudo ni tuvo bienes para ofrecerle mas arras ántes ni despues de casarse, excepto que en este intermedio adquiera otros en que quepa lo ofrecido, y los obligue tambien á su satisfaccion, en cuyo caso lo deberá percibir de todos. En quanto á las joyas y vestidos, deberá volver el exceso, porque no pudo dársele en contravencion de las leyes prohibitivas, aunque por estar consumado el matrimoio haga suyo todo lo que le dé su marido; pues esto se entiende y debe entender, quando la donacion no excede de

(a) La 12 tit. 15 lib. 5 R.

(1) Los AA. hablan de otra anterior que prefinia los réditos á razon de 7∂ el millar, porque era la que se observaba en su tiempo; pero ahora debe observarse como posterior la ley citada que manda, no puedan ser mayores los réditos constituyéndose el censo por una vida que á razon de 10∂ el millar, y por dos de 12∂ pena de nulidad del contrato y de privacion de oficio al Escribano que le autorice en otros términos.

(b) Ayor. cap. 7 cit. n. 26. Molin. de Primog. lib. 1 cap. 19 n. 41. Gut. lib. 2 Pract. q. 17 al fin. Solorzan. de Jure Indiar. tit. 2 lib. 2 cap. 2 n. 51. Escob. computat. 2. nn. 5 y 6.

los límites señalados por la ley, no quando es excesiva; pero si de otra parte tuviere el marido bienes en que quepa todo su importe, se le dexará íntegro, y así deberá pactarse en las capitulaciones para evitar dudas y pleytos.

15 Si habiendo ofrecido el novio y su padre, ú otro con poder de ámbos cantidad determinada en arras á la novia, muere despues de casado ántes que su padre, y la cantidad prometida no cabe en la décima parte de los bienes que dexa; sacará la novia la décima de los bienes de su marido, y por el resto podrá demandar á su suegro, pues este se obligó igualmente que aquel. No obsta alegar que lo hizo en nombre de su hijo que estaba en su poder, y que su obligacion no se extiende á mas que á las facultades de este; porque viene á ser como fiador de su hijo y por ser oneroso el contrato matrimonial que tal vez á no haberse hecho la oferta, no le hubiera contraido la novia, debe responder de ello á falta de bienes suficientes de su hijo, á cuyos descendientes si los dexare, se cargará su importe en la particion de los de su abuelo, no disponiendo este otra cosa arreglada á derecho. Así lo practiqué en la particion de bienes del primogénito de un Grande, y sin embargo de haberse reclamado se aprobó judicialmente: despues se cargó su importe á los nietos, quando se dividieron los de su abuelo, porque este habia hecho la oferta por contemplacion de su hijo. Pero si en la escritura de promesa se limitase esta al caso en que quepa en la décima de los bienes que tenga el novio quando muera, llevará únicamente lo que quepa, y de nada deberá responder el suegro.

16 Si el novio ofreció á la novia la décima parte de los bienes libres que poseia con la buena fé de ser suyos, y despues de casado le quitaron parte de ellos en juicio sus verdaderos dueños; parece que dexando herederos legítimos solo tendrá cabimiento la oferta en la décima de los que realmente le quedaron, porque el marido no pudo ofrecer décima de otros que de aquellos en que tenia pleno dominio, mayormente siendo constante que la décima se entiende y debe deducir de lo líquido del caudal del prometedor baxadas deudas, como se ha sentado en

el n. 4, por no llamarse ni ser suyo lo demas. (*a*) Pero no obstante estas razones que en mi concepto son convincentes, la opinion contraria tiene mayor séquito: en primer lugar, porque en el nombre de bienes se comprehenden los que poseemos con buena fé, aunque sean agenos; (*b*) y en segundo lugar, porque por la oferta pudo condescender la novia en casarse, y no es justo sea defraudada: en cuya atencion y en la de ser aquella una deuda contra el caudal del marido contraida con buena fé en tiempo hábil y contrato oneroso que estimula á disponer de la propia persona, dicen varios AA. (*c*) que valen las arras ofrecidas, aunque las facultades del marido se hayan disminuido por la razon expuesta ú otra; pues se atiende al tiempo de la oferta, y no al de su exáccion y peticion, aunque quando no tiene bienes ningunos y ofrece de los que adquiera, ha de atenderse al en que se piden y no al de su promesa.

17 Siendo engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, sea porque realmente no la llevó, ó porque aunque parezca importarla los bienes en que consiste segun su apreció, resulta lesion en este, como regularmente acontece, ó por otro motivo, no está obligado á pagarle enteramente lo que en consideracion á la dote que prometió llevar, le ofreció en arras ó por aumento de dote; (*d*) y así le competirá la excepción de retencion de ello hasta en la cantidad en que fué engañado. (*e*) Pero esto ha de entenderse en mi dictámen, quando la oferta se hizo solamente en consideracion de la dote, y no en la de las buenas prendas de la novia y por honor del matrimonio, como regularmente se hace.

18 Para la deduccion de las arras del primer matrimonio del marido se ha de mirar, si este las dió ú ofreció á su esposa. Si las dió por aumento de dote, y ella las

(*a*) Ayor. cap. 7 cit. nn. 22, &c. y 25. (*b*) Ley 49 ff. de Verbor. signific. (*c*) Góm. ley 50 de Toro n. 13 vers. Ex quo infertur. Rodrig. Suar. en la 1 tit. 2 lib. 3 del Fuero Real. Matienz. ley 2 tit. 2 lib. 5 R. glos. 2 n. 4. (*d*) Rodrig. Suar. ley 1 tit. de las Arras lib. 3 del Fuero Real. Ayor. dich. cap. 7 n. 34. Valasc. consult. 3. (*e*) Ley 3. Cod. de Donat. ante nuptias.

incorporó en este concepto en su carta dotal con los demas bienes suyos indistintamente, entónces como que son dote y no arras, porque pasaron á su dominio, y se mezclaron y confundieron con la misma dote, cuyos privilegios gozan enteramente, se han de deducir del cuerpo del caudal al propio tiempo que esta sin diferencia alguna. (a) Sino las incorporó en el contrato dotal, pero las llevó al matrimonio como caudal suyo, y consta que se emplearon en sostener las cargas matrimoniales, ó en otra cosa útil á la sociedad conyugal, se deducirán como bienes suyos despues de la dote, del mismo modo que los parafernales y hereditarios, pues se hizo dueña de ellas con la entrega, y por haberlas empleado en el matrimonio, se deben deducir ántes que los gananciales como parte de fondo puesto en la sociedad. Habiéndolas consumido en usos propios y agenos de esta no tendrá derecho á su deduccion ni abono, como se ha dicho (b) de los bienes parafernales, quando no los entrega á su marido.

19 Si solamente se las prometió, sea en el mismo contrato dotal, ó en otro separado, se ha de distinguir, si hay gananciales, y si la muger los renuncia ó no: sino los hay, se han de baxar del caudal propio del marido hasta en la décima y no mas como una de las deudas contra este: si los hay y la muger los renuncia, lo mismo es sacarlas del cuerpo de la herencia despues de la dote que del caudal restante, sin distincion de si son ó no del capital del marido, pues entónces todo es de él y no se le hace agravio, por no pagársele de sus propios bienes llevados al matrimonio, ni de su parte de gananciales, porque no los quiere. Pero si los acepta, despues de baxar la dote, bienes parafernales, deudas del matrimonio, capital del marido y la mitad de gananciales que le tocan, se une la otra mitad de estos al capital del marido, y hechas un cuerpo estas dos partidas, se deduce de su total hasta en la décima el importe de las arras y no mas, aunque la oferta exceda á esta, como deuda contra él, y el residuo líquido es el legítimo haber del marido. Luego se

(a) Ayor. cap. 7 cit. n. 16. (b) Cap. 3 de este lib. nn. 31 y 32.

umen la dote, arras, mitad de gananciales y demas derechos pertenecientes á la muger, y lo que sumen, es lo que le tocará, caso que su marido nada le haya legado; porque si le legó algo, esto mas debe llevar, no excediendo del quinto, si tiene descendientes legítimos, ó del tercio, si ascendientes; pues baxándose las arras ántes de dividirse los gananciales se le satisfaria de estos la mitad de su importe, y como deuda contra su marido debe salir de sus propios bienes, no del total de aquellos cuya mitad íntegra le conceden las leyes. (a) Pero aunque le haya legado el quinto ú otra qüota, no se debe deducir ántes que las arras sino del residuo baxadas estas, porque son deuda contra su caudal que debe separarse primero como cosa agena, y de lo que quede deducidas, se ha de sacar el quinto, pues de lo contrario se le daria este de caudal que no era de su marido sino en parte suyo, en lo qual se le perjudicaba.

20 Si al tiempo de hacer la particion estuviere casada segunda vez la muger, se le debe aplicar solamente el usufructo de las arras y no su propiedad, porque esta toca á los hijos del marido y debe reservársela, (b) como diré en el cap. 5 del lib. 2; y aun quando no lo esté, debe contener su adjudicacion el aditamento: "de que en caso de volverse á casar dentro ó fuera del año de su viudedad deberá reservar su propiedad á los herederos del primer marido, segun lo mandan las leyes." Lo tendrá presente el partidor, pues por carecer de esta expresion las adjudicaciones, suelen los herederos del marido no usar de su derecho, de que estan ignorantes, y quedan perjudicados.

21 Siendo viudo el marido se ha de mirar, si tiene ó no hijos, ú otros descendientes legítimos del anterior ó anteriores matrimonios. Si no los tiene, se observará lo propio que siendo soltero sin diferencia, pues uno y otro pueden ofrecer á la novia arras, ó en su defecto hacerle otra donacion, quando se casan, y luego legarle el quinto, porque como al tiempo de casarse nadie tiene adqui-

(a) § Ayor. nº 16 cit. (b) § Ley 20 tit. 13 P. 5. Ayor. lug. cit. n. 22.

rido derecho á sus bienes, se les permite donar de ellos la parte que quisieren, con tal que no exceda de lo prefinido por las leyes; en cuya atencion se estimará su importe por caudal suyo, y como deuda contra este se deducirá de su total, y el quinto del residuo no padecerá diminucion, ni las arras se imputarán en él, por no ser visto haberlas ofrecido á su novia con ánimo de perjudicar á los hijos que tuviese, y si con el de manifestar á su madre el afecto que le profesaba, y estimularla á que se esmerase en su cuidado y crianza, por cuya razon los que nazcan, no revocarán la oferta de ellas. Y si tiene hijos, se han de deducir las arras del quinto de sus bienes, que es de lo que le permite disponer en vida y muerte la ley 28 de Toro, teniendo descendientes legítimos; y si ascendientes, del tercio segun la ley 6 tambien de Toro, y no del cuerpo de su propio caudal por las razones expuestas en el cap. 13 de la 1 part. n. 25, y así hasta en su importe se compensará el quinto ó el tercio con ellas. (*a*) Todo esto se debe observar y observa, aunque Ayora dice (*b*) que no se sacarán del quinto, si segun la costumbre de la tierra no pudo el marido dexar de darlas, á lo ménos sin desdoro suyo; pues no se le causa ninguno por no darlas ni ofrecerlas, ni está obligado á ello por ningun título. (*c*) (1) Lo propio milita en las joyas ó preséas, y vestidos por la misma razon.

22 De lo expuesto se deduce que si el marido viudo con hijos ú otros descendientes legítimos ofrece cantidad determinada ó indeterminada en arras al tiempo de casarse á su futura esposa, aunque sea con título de remuneracion, y en disposicion última le lega el quinto ínte-

(*a*) Gutier. lib. 3 Pract. q. 43. Parlad. diff. 125 n. 13. (*b*) P. 2 q. fin. n. 56. (*c*) Castill. de Usufruct. cap. 46 n. 12. Tello ley 16 de Toro num. 8.

(1) A mí me parece razonable la opinion de Ayora, pues en el caso de que habla, las arras no son una donacion del novio sino una deuda suya, aun dado caso que no se le pueda apremiar á satisfacerla, siempre que de no hacerlo se le siga algun desdoro, porque esto entre personas de honor puede reputarse un motivo necesario. Contra el parecer de Ayora nada objeta Febrero, por quanto aquel habla en un supuesto, y este léjos de hablar baxo de él le niega sin fundamento.

gro; solamente tendrá derecho á este, viviendo alguno de los hijos ó descendientes que quando se casó, tenia su marido, importe mas ó ménos que la cantidad prometida al tiempo de la boda: (*a*) en primer lugar, porque quando hizo la oferta, estaba privado de disponer de mas que de un quinto en vida y muerte, por prohibírselo expresamente la ley 28 de Toro, teniendo descendientes legítimos, como se ha sentado en la primera parte: (*b*) en segundo lugar, porque con permitírsele uno y otro no solo se violaria dicha ley que es posterior á todas las del Fuero, sino que con pretexto de la donacion, y por beneficiar á la madrastra ó madrastras, defraudaría en la décima ó cantidad prometida á sus descendientes legítimos, que ántes que se volviese á casar, tenian adquirido derecho á sus bienes excepto el quinto, siendo casi dueños de ellos; y si se casaba muchas veces, apénas les quedaria herencia: en tercer lugar, porque las leyes del Fuero que corrige la citada de Toro, estan en títulos posteriores al que trata de las arras, aunque en un mismo libro, y así corregidas aquellas se entienden corregidas las anteriores, excepto en lo que se dexen y esten en su vigor; y en quarto lugar, porque no obsta alegar que no se entienden corregidas, por darse y ofrecerse las arras en contrato oneroso, y ser los legados y donaciones puramente voluntarios y lucrativos; pues solo es oneroso para el marido, de cuya voluntad depende el darlas ó no. Lo propio milita en el tercio teniendo ascendientes legítimos. (*c*)

23 Si casándose el marido muchas veces ofrece en arras á todas sus mugeres la décima parte de sus bienes, segun puede hacerlo, ha de ser aquella de los que por muerte de cada una le tocaban y percibiria á haberse hecho particion, y no constando á quanto ascendian, como que son créditos de una naturaleza y privilegio, el primero en tiempo lo será en derecho, de suerte que los

(*a*) Garcia de Donation. remuner. n. 42. Parlad. differ. 125 n. 11. (*b*) Lug. cit. (*c*) Cevallos in Specul. Pract. q. 273 y 502. Parlador. differ. 125 cit. n. 12.

hijos de la primera sacarán la décima de todos los que dexe, los de la segunda la del residuo, y así irán descendiendo. Por exemplo, si dexó 100ↀ reales líquidos, llevarán los de la primera 10ↀ que son la décima de ellos: de los 90ↀ que quedan, sacarán su décima los de la segunda, &c. Si á alguna ó á algunas ofreció cantidad determinada, se ha de mirar, si cabe ó no, y asimismo si la consignó en sus bienes presentes y futuros, ó solamente en los presentes: sino cabe, se le abonará lo que quepa y no mas, y si cabia en los que tenia, quando la ofreció, y no en los que dexa, se le ha de abonar el total, con tal que no se grave la legítima de los hijos anteriores, pues en perjuicio de estos no pudo donar ni ofrecer mas que el quinto. Pero esto se limita en la primera muger, pues si cabia la cantidad ofrecida en la décima de los que poseia al tiempo de casarse, como entónces nadie tenia adquirido derecho á ellos, se debe deducir íntegra y abonársele como deuda contra el caudal de su padre.

24 No queriendo el esposo dar ni ofrecer arras á su futura esposa, doncella ó viuda, puede darle joyas ó preséas y vestidos para su adorno ántes de desposarse ó despues, á cuya donacion llaman en latin *sponsalitia largitas*; (*a*) esto es, liberalidad *sponsalicia* ó de esposo; y así se diferencia de las arras, en que estas regularmente se ofrecen y no se dan, y las joyas las da francamente el novio á la novia ántes de casarse. El importe de todas estas cosas juntas no debe exceder de la octava parte del de la dote verdadera y entregada (1) que recibiere con ella, de suerte que todos los contratos, pactos y promesas que se hiceren en contrario, son nulos, debiéndose

(*a*) Parlad. diff. 125 cit. nn. 9 y 10.

(1) Estas palabras de las leyes 1 y 5 que se citan *mas de lo que montare la octava parte de la dote que con ella rescibiere*, manifiestan que debe constar de la entrega de la dote. Por tanto, si se prometen 40ↀ rs. en dote y solo se acredita la tradicion de 20ↀ, el importe de los presentes que haga el esposo á la esposa, no podrá exceder de 2500. Exígese que la dote sea verdadera y entregada, porque pueden los suegros por una vana y ridícula ostentacion prometer simuladamente dotes excesivas. Véase á Matienzo ley 1 tit. 2 lib. 5 R. glos. 6 nn. 3 y 4.

aplicar el exceso al fisco. Ademas, no puede renunciarse la ley que lo ordena, y el Escribano ante quien se otorgue la escritura, tiene obligacion de dar cuenta del tal contrato á la Justicia del lugar en que se celebrare, y esta de executar la pena y aplicacion so pena de ser residenciados. (*a*) Si el novio tiene hijos de otro matrimonio, no deben exceder dichas cosas del quinto de sus bienes, y si exceden, es ineficaz la donacion en el exceso, aunque se corrobore con juramento, porque cede en perjuicio de tercero. (*b*) Pero si la esposa no llevare dote, no adquirirá estas dádivas esponsalicias, porque falta la dote para poder tasarlas por ella. (1)

25 Si el marido ofreciere arras, y tambien diese joyas, ó preséas y vestidos á su esposa, viuda ó soltera, debe escoger esta qual de las dos cosas quiere (pues no se le permite percibirlo todo) dentro de 20 dias despues de requerida por los herederos de su marido: no haciendo la eleccion en ellos toca á los de este, y muerta ella la pueden hacer los suyos en el mismo término, como lo dice la ley 52 de Toro que es la 4 tit. 2 lib. 5 R. "Pero si qualquier dellos muriere despues de consumado el matrimonio, que la muger, y sus herederos ganen todo lo que seyendo desposados la obo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento y matrimonio; pero si arras obiere, que sea en escogimiento de la muger ó de sus herederos, ella muerta, tomar las arras, ó dexarlas, y tomar todo lo que el marido la obo dado, siendo con ella desposado: lo qual hayan de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido; y si no escogie-

(*a*) Leyes 1 y 5 tit. 2 lib. 5, y auto 4 § 25 tit. 12 lib. 7 R. (*b*) Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 14 nu. 7 y sig.

(1) Así opina Matienzo (ley 1 tit. 2 lib. 5 R. glos. 6) á quien cita y sigue Febrero; pero como dicha ley solo habla en el supuesto de que la esposa lleve dote, con razon Sanchez (de Matrim. lib. 6 disp. 24 n. 6) juzga que aun quando no esté dotada, hará suyos los vestidos ó joyas que el novio le dé para su adorno ántes del desposorio; si bien esto habrá de ser solamente hasta en la cantidad que atendidas todas las circunstancias arbitre prudentemente el Juez. Y á la verdad seria cosa muy extraña y dura que la novia no pudiese adquirir dichos presentes, mayormente siendo ella pobre y el esposo rico.

ren dentro del dicho término, que los dichos herederos escojan." Todo esto se ha de entender con arreglo á lo que se ha dicho en quanto al importe de arras y joyas, pues ni aquellas han de exceder de la décima parte de los bienes libres líquidos del novio, ni estas de la octava de la dote de la novia. Despues de haberse hecho la eleccion no se puede variar, (*a*) excepto que no hubiese tenido efecto por alguna causa. (*b*)

26 Consumiendo ó deteriorando la muger con el uso los vestidos ó cosas que le dió su marido, estando desposados, podrán ella, ó sus herederos disuelto el matrimonio elegir las arras que le prometió, porque se lo permite la ley, y en usar de su derecho á nadie injuria ni defrauda; (*c*) y aunque Ayora afirma (*d*) que en este caso estarán obligados ella ó los suyos á volver dichas cosas tan buenas como el marido se las entregó, ó el importe de su deterioro, fundado en que no se entiende restituida la cosa, si se vuelve deteriorada y no se paga su menoscabo; dudo que la muger tenga semejante obligacion en el caso propuesto, porque el marido la tiene de vestirla y alimentarla segun su calidad y facultades, y por usar los vestidos que le dió é hizo suyos, le ahorró otros, y á no haberlos usado tendria que vestirla, estarian sin deteriorar, los hallaria conforme se los habia dado, y los llevaria como suyos propios.

27 Qualquiera esposa de presente ó de futuro, disuelto el matrimonio, gana y debe llevar la mitad de todo lo que ántes de consumarle le dió su marido, si la besó despues de desposados, sea, ó no precioso, preceda, ó no el beso á la donacion, y hágase ésta á la novia en su casa ántes, ó al tiempo de la boda, ó velacion; pues si la besó ántes del desposorio, nada ganará, por ser esto ilícito; y si el matrimonio se consumó, lo debe llevar todo; (*e*) lo qual se ha de entender no excediendo de la octava parte

(*a*) Ley 25 tit. 9 P. 6. (*b*) Tiraquel. in leg. Boves. §. Hoc sermone, ff. de Verbor. signific. limit. 1. (*c*) Ley 14 tit. 34 P. 7. (*d*) P. 1 cap. 7 cit. n. 35. (*e*) Leyes 3 tit. 11 P. 4 y 4 tit. 2 lib. 5 R. Gutier. alleg. 11 nn. 5 y 7. Ayor. part. 1 cap. 7 n. 38.

de su dote y no en otros términos. (*a*) Si el marido no la besó, nada gana ni debe llevar la muger, y todo ha de volver á los herederos de aquel; como ni tampoco quando por culpa de ella no se celebró el matrimonio. (*b*) Sobre quáles vestidos sean preciosos, quáles superfluos y quáles quotidianos, ha de decidir el Juez, atendidas la calidad y caudal de las personas, (*c*) y la costumbre del pueblo.

28 Lo expuesto procede no solo quando la esposa es doncella, sino tambien quando es viuda, ya porque versa la propia razon, y ya porque la ley 4 inserta habla general y absolutamente diciendo: *Qualquiera esposa, ora sea de presente, ora de futuro*, sin distinguir de viuda ni doncella. (*d*)

29 Al modo que el marido futuro puede ofrecer arras á la novia, ésta siendo mayor de 25 años y libre puede ofrecer dotacion al novio en los propios términos que él á ella, porque ningun derecho se lo prohibe; y si se la ofrece, (lo qual sucede rara vez, excepto que sea rica, vieja y fea, y él buen mozo) tendrá obligacion de cumplir la oferta; pero la dificultad está en saber en qué cantidad ha de hacerse. Los AA. (*e*) dicen que por ser correlativos marido y muger, se deben entender con ámbos las leyes que hablan con el uno en igual caso y circunstancias; mas yo sin embargo no puedo ménos de hacer presente: en primer lugar, que ninguna ley habla con la novia, ni prohibe á las mugeres hacer donaciones, ni por consiguiente pone tasa á lo que han de donar, aunque sí al hombre, porque como quando quiere casarse, es pródigo con la muger, se vieron precisados los legisladores á refrenar su prodigalidad; y en segundo lugar, que la muger es naturalmente avara y codiciosa, como dice una ley de Partida, (*f*) y la experiencia nos lo enseña: todo lo qual ma-

(*a*) Ley 1 al fin tit. 2 lib. 5 R. y en ella Matienz. glos. 6. Aceved. en la 4 cit. (*b*) Dichas leyes 3 de P. y 4 R. Véase sobre el ósculo la nota del n. 16 cap. 13 de la Prim. Part. (*c*) Greg. Lóp. ley 33 tit. 11 P. 4 glos. últ. al fin. Matienz. en la 4 cit. glos. 5 n. fin. (*d*) Ayora cap. 7 cit. núm. 33. (*e*) Palac. Rub. in Repet. cap. Per vestras §. 5°. Acev. ley 2 tit. 2 lib. 5 R. n. 1. Gutier. de Matrimon. cap. 19 n. 16. (*f*) La 3 tit. 11 P. 4.

nifiesta la grande diversidad de razon que hay entre los dos en el presente caso; y así me parece que careciendo la muger de ascendientes y descendientes legítimos valdrá la donacion ú oferta que haga al novio en qualquiera cantidad, no siendo inmensa que está justamente reprobada por la ley 69 de Toro, con especialidad considerando que se hace por causa onerosa.

30 Si la esposa diere algo al esposo de futuro y falleciere ántes que el matrimonio se celebre, debe el esposo volver lo donado á los herederos de ella, háyala besado, ó no, como lo dispone la ley 5 tit. 2 lib. 3 del Fuero Real, segun la qual si tuvo cópula con ella despues de casados, nada debe volverle, porque con el matrimonio se confirma la donacion. (a)

§. II.

Si los herederos del marido estan obligados á dar alimentos á su viuda, miéntras se hace la particion, y de dónde se deben deducir.

31 Estan discordes los AA. acerca de si los herederos del marido deben dar alimentos á su viuda, miéntras se hace la division de la herencia y se le entrega su haber; y para exponer este punto no explicado en mi concepto con toda la claridad y discernimiento que exíge, distinguiré de casos. Quando la viuda queda *doliz*ñada, aunque sea rica, es indisputable que se le deben los alimentos correspondientes á las facultades del difunto y circunstancias de ámbos, porque es visto darse al póstumo, á quien su padre tiene solamente obligacion de darlos, y así tenga ó no bienes de que vivir, y si traxo dote, restituyásele ó no, se le debe contribuir con ellos de los propios del difunto. (b) Lo mismo se ha de decir, haya, ó no gananciales, porque aunque la madre tiene igual obligacion que el padre de alimentar á sus hijos, especialmente en el

(a) Véase á Matienzo ley 4 tit. 2 lib. 5 R. glos. 4. (b) Leyes 1 §. 19, 4, 5 y 9 ff. de Ventre in posses. mittendo. Véase á Lara Compend. Vit. hom. c. 7.

tiempo de la lactancia, esto es solo en el caso de ser aquel pobre; (*a*) y de sacarse dichos alimentos del cuerpo del caudal comun, habiendo gananciales, se le perjudicaria en la mitad que no debe pagar. Pero á la madre del póstumo extraño instituido heredero no se deben alimentos como á la del legítimo, excepto que no tenga de que vivir, (*b*) ó que el testador mande que esté ó no indigente, se le contribuya con ellos, y dé la posesion de los bienes ó herencia que dexa á su hijo.

32 Y porque algunas mugeres dicen que estan preñadas de sus difuntos maridos no estándolo, para que los parientes que deben heredarlos, no sean perjudicados en caso de no haber tal embarazo, ha establecido las precauciones, órden y modo de evitar todo engaño la ley 17 tit. 6 P. 6 que dice: "Mugeres y há algunas, que despues que sus maridos son muertos, dicen que son preñadas dellos: é porque en los grandes heredamientos que fincan (*quedan*) depues de muerte de los omes ricos, podria acaecer que se trabajarian (*intentarian*) las mugeres de facer engaño en los partos, mostrando fijos agenos, diciendo que eran suyos: por ende (*por tanto*) mostraron los Sabios antiguos manera cierta, porque se puedan los omes guardar desto, é dixeron, que quando la muger dixesse que fincava preñada de su marido, que lo debe facer saber á los parientes mas propinquos del, diciéndoles de como era preñada de su marido. É esto debe facer dos veces en cada mes, desde el tiempo que su marido fuesse muerto, fasta que ellos embien catar (*ver ó exáminar*) si es preñada, ó non. E si por aventura los parientes dubdaren en esto, deben embiar cinco buenas mugeres, que sean libres, que le caten (*registren*) el vientre, de manera que non la tengan (*toquen*) contra su voluntad, é de si puedan embiar quien la guarde si quisieren. É la guarda desta muger debe ser desta guisa (*manera.*) Cá el Juez de aquel logar do esto acaeciere, si los parientes del muerto lo demandaren, debe catar (*buscar*) casa de alguna buena due-

(*a*) Véase el núm. 29 cap. 26 Prim. Part. (*b*) Ley 6 ff. de Ventre in posses. mittendo.

ña, (*señora ó muger principal casada*) é honesta en que more esta muger fasta que pára. É ella morando en casa desta buena dueña, quando asmare (*creyese*) que deve parir, develo facer saber á los parientes del finado (*difunto*) treinta dias ante que encaezca, porque ellos embien otra vez algunas buenas mugeres, é honestas, que le caten el vientre. É en aquella casa do obiere á parir, non debe aver mas de una entrada, é si mas tuviere, devenla cerrar; é á la puerta de aquella casa do está la muger que dicen que es preñada, pueden poner los parientes del finado tres omes, é tres mugeres libres, é ayan ellos dos compañeros, é ellas dos compañeras que la guarden. É cada que oviere esta muger á salir de aquella casa á otra, que sea dentro en aquella morada para entrar en baño, ó para otra cosa qualquier que sea menester, deven catar (*mirar*) aquellas que la guardan, toda la casa do quier que entrare, ó el logar do se quisiere bañar, de guisa que non sea dentro otra muger que fuere preñada, ó algund niño ascondido, ó otra cosa alguna en que pudiessen recibir engaño. É quando algun ome, ó muger quisiere entrar á ella, devenla escodriñar, de manera que en su entrada otrosí non pueda ser fecho engaño. Otrosí decimos, que sintiendo la muger en sí misma tales señales, porque entendiesse que era cerca el parto, develo aun facer saber á los parientes otra vez que la embien á catar é guardar, si quisieren. É quando fuere cuitada por razon del parto, (*molestada con los dolores del parto*) non debe estar en aquella casa do ella está, ome ninguno: mas pueden estar y (*allí*) fasta diez mugeres buenas que sean libres, é fasta seis servientas, que non sea ninguna dellas preñada, é dos ó tres mugeres sabidoras, que sean usadas (*esten acostumbradas*) de ayudar á la muger quando encaece. (*pare*) É deben arder en aquella casa cada noche tres lumbres fasta que para, porque non pueda y ser fecho algund engaño ascondidamente. É quando la criatura fuere nacida, devenla mostrar á los parientes del marido, si la quisieren ver. É seyendo guardadas estas cosas en la muger, de que fuere dubda, si era preñada, ó non, heredará el fijo que naciere della despues de la muerte de su marido, los bienes del. É si esta

muger sobredicha de que fuere dubda, si era preñada, ó non, non se quisiesse dexar catar el vientre, ó non quisiere que la guardasen, assi como sobredicho es, ó en otra manera que fuesse guisada, (*razonable*) é usada en el lugar do bive, maguer (*aunque*) pariesse, é biviesse el fijo, non le entregarian de los bienes del muerto, á menos de ser probado que la criatura naciera della en tiempo que pudiera ser fijo, ó fija de su marido." Pero debe tenerse presente que todas las precauciones de esta ley no son necesarias, y así se estará á la costumbre que haya en el pueblo, como ella misma lo insinúa.

33 No habiendo quedado preñada la muger, pero sí con hijos en su casa y poder, sean mayores, ó menores, y permaneciendo todos juntos, comiendo y gastando sin cuenta ni razon del cuerpo del caudal inventariado, se ha de deducir de este lo gastado y consumido por todos en sus alimentos. (*a*)

34 Si no quedó embarazada ni con hijos en su compañía, se ha de distinguir, si traxo dote, y hay gananciales, ó no: si no traxo dote ni hay gananciales, como que no tiene comunion con los herederos del difunto, ni que percibir de la herencia, no deben alimentarla; (*b*) y aun quando haya gananciales, no se le deberán alimentos, y los gastos que haga en estos, se le descontarán de la parte que le corresponda en aquellos, pues no estando preñada se ha de mantener de lo suyo; (*c*) bien que si en la buena fé de estar preñada hubiere hecho algunos en alimentarse, no se le han de exîgir, (*d*) porque siempre que entre el que da alimentos y el alimentario media alguna conexion por razon de parentesco, amistad, ó caridad, no ha lugar á la repeticion de los alimentos dados. (*e*) Lo propio se ha de decir de los hechos dentro de los nueve dias siguientes al fallecimiento del marido, quede ó no preñada, por ser costumbre inconcusa el contribuirle con ellos.

35 En órden á si habiendo traido dote se la debe ali-

(*a*) Véase el cap. 4 §. 4 nn. 63 y 66. (*b*) Ayor. c. 6 cit. n. 8 vers. Ad text. in dict. leg. 1 §. Mulier. (*c*) Ley 1 cit. §. fin. de Ventre in posses. mittendo. (*d*) Ley 3 del mismo tit. (*e*) Garcia de Expens. cap. 4 n. 24.

mentar, miéntras se le entrega, de cuyo punto trata latamente García, (*a*) ha de suponerse como incontrovertible que los herederos del marido, ó este muriendo ántes su muger, tienen obligacion segun derecho (*b*) de volver incontinente la dote que consiste en bienes raices, por lo que no corresponden sus frutos sino á ella, ó á los suyos, y dentro del año siguiente al del fallecimiento la que consiste en muebles, semovientes y dinero; bien que si el marido es pobre, solo está obligado á restituirla como buenamente pueda, quedándole los competentes alimentos, ni debe ser preso por ella, en cuyos términos se ha de constituir su obligacion á devolverla. (*c*) Pero si en el contrato dotal se limita el término para su restitucion, se ha de estar á lo pactado.

36 Esto supuesto, yo soy de parecer que los herederos del marido deben alimentar á su viuda de los bienes propios de aquel (y no de los comunes como algunos dicen, porque entónces se le pagaba la mitad de lo suyo) durante el tiempo prefinido por la ley ó los contrayentes para la restitucion de su dote, consista esta en bienes raices, ó en muebles, semovientes, ó dinero, si los retienen y no se los entregan: en primer lugar, prescindiendo de que lo dicta la humanidad, por el lucro cesante ó daño emergente, y por estarse utilizando los herederos y reteniendo bienes que saben no son suyos, ni les tocan por título alguno como al marido, en cuya atencion deben restituirlos con los frutos á la muger; aunque los alimentos no se deben á los herederos de ella, por ser su privilegio mere personal, y así si la muger es la que fallece, no tienen derecho á pedirlos; (*d*) y en segundo lugar, porque disuelto el matrimonio conserva la dote los privilegios que durante él tenia, hasta que se restituya, y como el marido estaba obligado á alimentar á la muger, miéntras vivió, lo estan tambien sus herederos que le re-

(*a*) De Expens. c. 8 nn. 29, &c. y 37. (*b*) Ley penúlt. tit. 11 P. 4. Góm. en la 50 de Toro nn. 46 y 47. Garcia n. 29 cit. vers. Notissimum est. (*c*) Garcia cap. 8 cit. n. 33. (*d*) Góm. ley 50 de Toro n. 48. Matienz. en la 3 tit. 1 lib. 5 R. gl. 2 n. 30.

presentan, ínterin no hagan la restitucion: (a) lo qual procede, aunque se la constituya depositaria de todos los bienes de la herencia, miéntras se evacua la particion, pues sin embargo de que tiene en su poder su dote y todo quanto le pueda corresponder, no lo tiene libremente como suyo sino con obligacion de responder de ello, y así no hay tradicion con libre dominio, qual se requiere para que se entienda restituida y entregada su dote.

37 Pero no obstante, lo expuesto tiene varias limitaciones. La primera es, quando la muger tiene otros bienes con que alimentarse, (b) porque quando la ley manda á alguno que dé alimentos á otro, no debe hacerlo, si tiene bienes, oficio ú otra cosa con que poder vivir sin desdoro suyo, segun se infiere de la ley 6 t. 19 P. 4 y su gl. 5. (1) La segunda es, quando el marido, ó sus herederos no quieren gozar del beneficio de la dilacion anual y entregan incontinente la dote, porque entónces cesa la causa de la contribucion alimentaria; pero no basta su oferta verbal, sino que ha de ser real y efectiva la entrega. (c) La tercera limitacion es respectiva á los alimentos pasados, los quales no puede pretender á ménos que habiéndolos pedido á los herederos y tardado éstos en darselos, haya tenido que pedir prestado para alimentarse durante esta mora. La quarta es, quando la muger quiere compensar sus alimentos con los frutos de sus bienes dotales, sean muebles, semovientes, ó inmuebles, percibidos por los herederos, en cuyo caso si los frutos exceden á los alimentos, deberán darle el exceso, y por el contrario si estos importan mas, deben dárselos y quedarse con los frutos, sin que haya lugar á ninguna repeticion por el exceso. (d) Y la quinta limitacion es, quando se le comunican los gananciales du-

(a) Garcia de Expens. cap. 8 n. 37. Ayor. part. 1 cap. 6 nn. 7 y 8. Matienz. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. gl. 1 n. 10. (b) Góm. ley 50 de Toro n. 48 vers. Quod tamen limita.

(1) Las palabras de la ley que hacen al propósito, son estas. "Otrosí quando el fijo oviesse de lo suyo, en que pudiesse bivir, ó hubiesse tal menester, porque pudiesse guarecer, (socorrerse) usando del sin mal estança de sí, estonce non es tenudo el padre de pensar del. Esso mismo decimos del fijo que deve facer contra su padre."

(c) Bursat. consil. 9 nn. 10 y sig. (d) Góm. n. cit. vers. quinto.

tante la comunion del caudal por alguna de las causas expresadas en el citado cap. 4 n. 67, porque la ley no se los concede, y cederia en detrimento notable de los herederos, en cuya atencion debe contentarse con su mitad de utilidades, y no pedir alimentos algunos, excepto que quede en cinta.

38 Pero es de notar que en los casos en que la muger tiene derecho á ser alimentada por los herederos de su marido, ha de trabajar y estar en la casa de estos, porque quando por disposicion de la ley se deben alimentos á alguno, debe trabajar en la del que tiene obligacion de dárselos; (a) aunque esto se ha de entender, si cómoda y honestamente puede vivir con ellos, pues no pudiendo hacerlo se los han de dar en la parte en que habite; (b) bien que puede permanecer en la casa en que vivia con el difunto, hasta que se le entregue su dote, y una vez que se halla legítimamente en posesion de ella, por estar hipotecados todos sus bienes á su restitucion, puede retenerla y debe ser amparada, pues á quien se da la accion, con mayor razon la excepcion. (c)

39 Pasado el año prefinido para restituir la dote no estan obligados los herederos del marido á dar alimentos á su viuda, porque tiene facultad para compelerlos judicialmente á su devolucion, y si no lo hace, échese á sí misma la culpa de su morosidad en no usar de su derecho, aunque si habiéndosela pedido tardan en entregársela, puede pretender los intereses de dote retardada por culpa de ellos. (d)

40 Sin embargo de que la muger haya llevado dote, si los frutos de esta no alcanzan para alimentarla, únicamente deben darle alimentos los herederos de su marido hasta en el importe de sus frutos y no mas; (e) pues aunque si viviera el marido, la alimentaria enteramente, traxese poca ó mucha dote, ó ninguna, esta obligacion es mere personal que no comprehende á sus herederos sino en quanto alcancen los frutos de los bienes que la retie-

(a) Góm. n. cit. vers. Adde tamen. (b) Góm. vers. Adde tamen cit. (c) Góm. n. cit. vers. Item adde. (d) Góm. n. cit. vers. Post annum vero. Matienz. ley 3 cit. glos. 2 n. 28. (e) Matienz. lug. cit. n. 29.

nen, excepto que esté preñada, y así ninguna ley se la impone, por no militar en ellos las razones que en el marido. (*a*).

41 Aunque como se ha dicho en el n. 34, habiendo gananciales en el matrimonio y no dote, no deben los herederos contribuir de su propio caudal á la viuda con alimentos algunos durante la comunion del caudal comun; tendrá accion á pedirles le anticipen lo necesario para mantenerse, miéntras se efectua la particion, á cuenta del haber que como dueña de la mitad de gananciales le corresponda, y si lo rehusan, deberá el Juez compelerles á ello por la regla: *Tienes obligacion de hacer aun contra tu voluntad, lo que á tí no te daña y á otro aprovecha*; (*b*) mayormente quando tanto urgen los alimentos, y el que los niega, parece que mata. (*c*)

42 Si estando ausentes los herederos del marido su viuda no solo se apodera de sus bienes, sino que como si fuera dueña, vende sin poder suyo algunos muebles y semovientes, y cobra las deudas que tenia á su favor, y luego los herederos aprobando virtualmente la venta y cobranza, le hacen cargo de todo lo percibido y vendido, pretendiendo que lo reciba en parte de pago de su dote; puede la viuda resistirlo solicitando que sea en cuenta de los alimentos que le competen, miéntras esta no se le entrega, y por consiguiente deberá compensar el precio recibido de todo lo que vendió y cobró, con el importe de aquellos, y admitir el sobrante en parte de pago de su dote, puesto que los herederos aprueban tácitamente la venta y cobranza; pero se le deberá cargar por los bienes vendidos el precio que valgan á la sazon, y no el que tenian, quando los vendió, aunque fuese muy poco, pues á no haberlos vendido le darian por ellos, y por haberse excedido en venderlos sin poder ni licencia de los herederos, debe sufrir el perjuicio y menoscabo. (*d*)

(*a*) Matienz. ley 3 cit. tit. 1 glos. 2 nn. 20 y 29, y en la 2 tit. 6 glos. 1 n. 10 al fin. (*b*) Ley 2 ff. de Aqua, et aquæ pluviæ arcend. Olea de Ces. jur. tit. 3 q. 2 n. 18. (*c*) Ley 4 ff. de Liber. agnosc. (*d*) Ayor. part. 1 cap. 6 n. 8 vers. Sed incidenter quæro.

§. III.

De dónde se deben deducir el luto de la viuda y herederos del difunto, el vestido ordinario de aquella y el lecho quotidiano que pertenece al viudo ó viuda.

43 Tres puntos, aunque de corta entidad, que no han tratado los AA. como corresponde, son de los que voy á hablar en este párrafo; á saber: del luto de la viuda y herederos del difunto, del vestido ordinario de aquella y del lecho quotidiano del viudo ó viuda. En quanto al luto debo decir que por razon de alimentos, deben los herederos del marido dar segun su calidad y haberes á la viuda el ordinario ó quotidiano, ó lo que le cueste, si le hizo á sus expensas, á mas de su dote, bienes parafernales y mitad de gananciales que por derecho le tocan; pues por alimentos no solo se entienden la comida y habitacion sino tambien el vestido, curacion y otras cosas necesarias; (*a*) y porque aunque esté vestida, se queda desnuda incontinente que enviuda, por no convenirle como tal el trage de casada. Pero esto se entiende, habiendo costumbre en el pueblo de que las viudas le traigan, porque de lo contrario no puede pretenderle; y si habiéndola, se casare dentro del año de su viudedad y el luto fuere apreciable, (pues si es vil, ó de poco valor, no se debe hacer mérito de él) estará obligada en pena á restituirle á los herederos del marido en el estado en que se halle, (*b*) así como el usufructuario de bienes que se deterioran ó envejecen con el uso, porque le disfrutó legítimamente el tiempo que permaneció viuda. Pasado el año no tendrá dicha obligacion, sea vil ó precioso el luto, porque cumplió con el fin para que se le dieron los herederos, y no incurrió en pena, por no estarle prohibido el casarse. Al marido no se debe luto, porque no tiene derecho á ser alimentado de los bienes de

(*a*) Surd. de Alim. tit. 4 q. 2 nn. 13 y sig. (*b*) Valasc. de Partit. cap. 19 nn. 58 y 59. Ayor. part. 1 cap. 6 nn. 3 y 4.

su muger difunta, ni se considera triste y desamparado como esta, en cuya atencion solo se le abonará habiendo costumbre de dársele. (a)

44 Algunos AA. dicen (b) que este luto, ó su valor se ha de deducir del quinto, siendo los herederos descendientes legítimos, y no del cuerpo del caudal ó haber del difunto, ya para que no se disminuya la legítima de los hijos, y ya porque se entiende comprehendido en los gastos funerarios; pero á la verdad este fundamento es muy débil, y como tal no me convence: en primer lugar, porque ninguna ley lo manda: en segundo, porque del quinto se deben deducir solamente los gastos del funeral, misas, y legados pios y graciosos segun la ley 30 de Toro; y el luto no toca al funeral, ni es del caso para él, ni necesario que se dé ni traiga, ni está comprehendido entre las cosas que la ley citada ordena se conduzcan del quinto, ni otra alguna le tiene por tal; y en tercer lugar, porque la costumbre de dar luto á las viudas la introduxeron los herederos del marido, y por este hecho se impusieron gravámen y la obligacion de dársele de su caudal como parte de alimentos, y no del que la ley dexó al testador, que es el quinto: obligacion que tenian aun ántes de crearse la ley 28 de Toro, en que sin comparacion era mucho menor su legítima, y mayor la libertad de los padres acerca de sus bienes, como diré en su lugar; y así no se les defrauda ni disminuye su legítima, porque el luto donde hay costumbre de traerle, es deuda contra ellos. (c) A vista de estas razones tengo por seguro que no habiendo costumbre ó mandato expreso del testador en contrario, disponga ó no del quinto, se debe baxar el importe del luto ordinario del cuerpo de su caudal propio como deuda contra él, y no del inventariado, porque entónces pagaria la viuda la mitad, ni tampoco del quinto. De este dictámen son Castillo, (d) Tello Fernández, (e) y otros, y es el que he seguido en las varias particiones que he hecho, y se ha apro-

(a) Tello ley 6 de Toro n 27, y en la 15 n. 1. (b) Gutier. lib. 2 Pract. q. 95 nn. 10 y 11. Acev. ley 3 tit. 6 lib. 5 R. n. 6 (c) Barsan. de Viduis cap. 2 q. 3 nn. 1, 2, 3 y 4. (d) Ley 30 de Toro n. 11 vers. Adde. (e) Ley 30 cit. nn. 4 y 5.

bado judicialmente. De esta suerte sale del mismo quinto la quinta parte como deuda y no su total de las quatro partes de la herencia.

45 Por lo concerniente á los lutos de los herederos, no hay duda que si quieren traerlos, deben costearlos de su propio haber, segun se acostumbra, y no del cuerpo del caudal inventariado, porque entónces pagaria indebidamente la viuda la mitad de su costo, ni del quinto de el del difunto, porque se quedan con ellos, miran solamente á su pompa y honor, ceden en su propia utilidad, pues miéntras los gastan, ahorran otros trages, no hay ley que les precise á hacerlos, y solo se traen por costumbre y por ostentacion, no son necesarios para el entierro del cadáver ni alivio del difunto, ni la ley 30 de Toro hace mencion de ellos. (*a*) Con este motivo no pasaré en silencio que por bando publicado en esta corte en 14 de mayo de 1763 en observancia de la ley 2 tit. 5 lib. 5 R. y del auto 4 cap. 21 tit. 12 lib. 7 solamente se permite traer lutos á los parientes del difunto en los grados próximos de consanguinidad y afinidad que son: por padre ó madre, hermano ó hermana, abuelo ó abuela, ú otro ascendiente, suegro ó suegra, marido ó muger, ó el heredero, aunque no sea pariente del muerto; y se prohibe darlos á los criados y familia de este, y á los de sus hijos, yernos, hermanos, parientes y herederos, de suerte que á ninguno de la familia, aunque sea de escalera arriba, se deben dar, ni ellos deben ponérselos.

46 El vestido ordinario de la viuda no se debe inventariar, segun dixe en el cap. 1 n 22, pero esto ha de entenderse con la distincion siguiente: si la muger llevó dote y le incorporó en su carta dotal, debe tasarse y aplicársele en cuenta de aquella, haya ó no gananciales, porque es parte suya; y si no le incorporó, como es regular, ó no consta, no se ha de valuar ni hacer mérito de él, porque así como entró vestida en poder de su marido y esto mas llevó, debe quedarlo por su muerte, sea mejor ó peor que el que llevó, porque cada uno en su tiempo se tiene por

(*a*) Ayor. part. 2 q. 12 n. 24.

ordinario, atendidos el estado, calidad y facultades de la muger quando soltera, y las del marido quando casada. Asimismo, aunque no lleve dote ni haya gananciales, se le debe dexar, porque como he dicho, entró vestida en poder de su marido, y es parte de los alimentos que debia darle; y lo propio se ha de decir en este caso de los demas vestidos de su uso, porque son alimentos, con tal que no excedan del quinto, si el difunto dexó descendientes legítimos, ó del tercio, si ascendientes, légueselos ó no. Por vestido ordinario se entiende aquel con que la muger salia diariamente á la calle con decencia segun su clase y las facultades de su marido, lo qual debe dexarse al arbitrio del Juez, y así lo he visto practicar y practicado. Los vestidos preciosos de que solo usaba la muger en dias de lucimiento, y cuya graduacion se debe dexar tambien al Juez, teniendo en consideracion la calidad y el caudal del marido, y la costumbre del pais entre personas iguales en el todo, por lo que no se puede dar regla fixa, como dicen los AA. (*a*) deben quedar á beneficio del caudal de su marido, y luego se le aplicarán en cuenta de su haber, porque estos no se comprehenden en los alimentos que debia darle, y no debe resistirse á tomarlos en parte de pago, excepto que los hubiese comprado con lo que se le dió por razon de alfileres, en cuyo caso se observará lo que dixe en el lug. cit.

47 Por lo respectivo al lecho quotidiano, este corresponde á la viuda, é igualmente al marido quedando viudo, por concederle á entrámbos la ley 6 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real que está en uso en las mas partes de estos reynos de Castilla, y dice: "Si el marido ó la muger muriere, el lecho que habien quotidiano, finque al vivo, é si se casare, tórnenlo á particion con los herederos del muerto." Por tanto, aunque el difunto hubiese legado al otro cónyuge el quinto ó el tercio, se le debe abonar y entregar el lecho, porque se le concede la ley y no el testador, es deuda contra los bienes de es-

(*a*) Rodrig. de Concurs. creditor. part. 1 artic. 1 n. 136. Surd. decis. 166 n. 9 y otros.

te á falta de gananciales, y ha de ser el mismo, y no otro por él ni su valor. Pero es de tener presente que el abono del lecho se ha de hacer, quando se inventarió, pues si se omitió inventariarle, es visto haberse quedado con él el viudo, y la ley no le concede mas que uno, que es el que usaban quotidianamente ámbos consortes.

48 Por lecho quotidiano ú ordinario no solo se entiende la armazon de madera ú otra cosa (pues no han de dormir en el suelo) sino tambien los colchones, ó xergon, quatro sábanas, quatro almohadas, colcha, manta, y aun colgadura, si la usaban, sobre lo qual se ha de atender á las facultades y calidad de las personas, y especialmente á la costumbre del pueblo que así en órden á darse al viudo ó viuda como á lo que ha de contener, es la que rige, mayormente acerca del uso de las leyes del fuero, como afirman los AA. (*a*) y la primera de Toro. Mas quando el marido lega la cama á su muger, solo se entiende dexada la correspondiente á su estado de viuda y no el lecho precioso, por no convenir este á ella, y deberse entender é interpretar las palabras del testador segun la condicion de la persona á quien se dirigen su voluntad y disposicion. (*b*)

49 Con motivo de esta ley se ofrecen tres dificultades. La primera es de dónde se ha de deducir el lecho que concede al viudo ó viuda, y satisfaciendo á ella digo, que si hay gananciales en el matrimonio, se debe sacar del total de estos ántes que se proceda á su repartimiento entre ellos, porque era comun á los dos cónyuges y ámbos le usaban; ó del cuerpo del caudal comun que es lo mismo, puesto que contribuyen por mitad y hay gananciales, en cuyo caso el viudo paga la mitad, que es suya, como que sale de ellos, y así en el de volverse á casar solo deberá restituir la otra mitad á los herederos del muerto. Si no hay gananciales, pero sí costumbre en el pueblo de que aun no habiéndolos le lleve el otro cónyuge, como sucede en esta corte, se ha de deducir del caudal propio del difunto, y

(*a*) Gutier. lib. 2 Pract. q. 95 n. fin. Sigüenz. de Claus. lib. 2 cit. cap. 11 §. 28 (*b*) Gutier. lib. cit. q. 93 nn. 6 y 7. Ayor. part. 1 cap. 3 n. 40 vers. Et quod lectus.

en este caso si se volviere á casar, le restituirá íntegro, (a) lo qual practican los partidores inteligentes.

50 Algunos fundados en que es donacion, dicen que habiendo descendientes legítimos debe sacarse del quinto, pero yo no me adhiero á su dictámen: en primer lugar, por no mandarlo dicha ley ni otra ninguna, ni distinguir de herederos legítimos ni extraños: en segundo lugar, por no estar comprehendido entre las cosas que la 30 de Toro manda se deduzcan de él: en tercer lugar, porque es un derecho que la ley concede contra los bienes del difunto al otro cónyuge no habiendo gananciales, y un gravámen recíproco que por el hecho de casarse les impone, del qual no puede eximirse ninguno de ellos, y por tanto no podrá prohibir que le lleve el otro cónyuge en donde hay costumbre de llevarle, porque nadie puede hacer que las leyes no tengan fuerza contra lo que dispone; y en quarto lugar, porque si se debiera deducir del quinto, lo expresaria la ley mandando que se devolviese al legatario de él, y léjos de mandarlo ordena que el otro cónyuge le vuelva á particion con los herederos del muerto, de lo qual se infiere que ha de sacarse de la herencia de estos, adonde ha de volver, y no del quinto, pues de lo contrario resultaria que los herederos se lucraban en detrimento del legatario de este.

51 La segunda dificultad es, si habiendo deudas contraidas en el matrimonio ó ántes por el marido, y ningunos gananciales, tendrá derecho la viuda al lecho con preferencia á los acreedores, sobre lo qual ha de distinguirse. Si es el mismo que la muger llevó á su matrimonio, debe ser preferida á todos los de su marido, porque son bienes dotales que no estan sujetos á la responsabilidad de las deudas de este, aunque al tiempo de casarse se hayan estimado, pues por el aprecio no perdieron la naturaleza ni privilegio de dotales. (b) Si el lecho es de los bienes propios del marido, tambien ha de distinguirse. O los acreedores tienen hipoteca especial en aquellos de que se compone el lecho, ó no:

(a) Gutier. q. 95 cit. n. 17. (b) Véase el n. 46 cap. 13 Prim. Part.

si la tienen, serán preferidos, porque son acreedores por causa onerosa, la muger le pretende por causa lucrativa, y la obligacion sigue á la hipoteca como inseparable de ella hasta que se libera; y si solo la tienen general tácita ó expresa, parece que la muger debe ser preferida como anterior en tiempo, porque al punto que se casa, adquiere derecho á él para el caso de vivir mas que su marido, y en la obligacion general no se incluye lo que verisímilmente ninguno obligaria, (*a*) ademas de que la ley (*b*) exceptúa expresamente el lecho con otras varias cosas y no se comprehende en aquella; pero como la muger le solicita por causa lucrativa, y los acreedores por causa onerosa: como es únicamente deuda legal entre ella y su marido en caso de tener este bienes, y no necesaria hasta que el marido muere, y al tiempo de su muerte ya estan contraídas las onerosas, deben ser preferidos á ella; (*c*) pues los acreedores por causa onerosa se prefieren á los que lo son por causa lucrativa; bien que no falta quien diga lo contrario, fundándolo en que es deuda legal absolutamente y no donacion, sin embargo de estar la ley en el título de las herencias, y de que quando alguna materia se comprehende baxo de un título ó rúbrica, se debe juzgar ser de la propia naturaleza que esta.

52 Si se adquirió el lecho constante el matrimonio, porque todos los bienes son ganados en él, asimismo se ha de distinguir. O las deudas se contraxeron durante la sociedad conyugal, ó el marido las tenia contraidas quando se casó: si se contraxeron por ámbos, se preferirán los acreedores á la muger, porque aunque no suene en la obligacion, se entiende obligada, y puede ser reconvenida en lo que le toque de ellos, (*d*) pues no los hay, hasta que se pagan las de la sociedad; y si el marido las contraxo ántes de casarse, sacará la muger la mitad del lecho con la de los gananciales, porque solo está obligada á satisfacer

(*a*) Ayora part. 1 cap. 3 n. 41. (*b*) La 5 tit. 13 P. 5 y su glos. 1 y 2. Véase el cap. 18 de la Prim. Part. n. 11. (*c*) Gutier. lib. 2 Pract. q. 94. (*d*) Ley 9 tit. 9 lib. 5 R. Gutier. lib. 2 cit. q. 94 n. 3 al fin. Ayora part. 1 cap. 3 n. 41 vers. Tertio vero casu. Vease el cap. 3 §. 3 de este lib.

la mitad de las contraidas durante el matrimonio. (*a*)

53 La tercera y última dificultad es, si en qualquier tiempo que el viudo ó viuda se case, deberá restituir el lecho á los herederos del muerto, ó podrá gozar de su usufructo miéntras viva. Yo soy de parecer que cásese dentro ó despues del año de su viudedad, debe restituir á los herederos del difunto el lecho que hubo de él, si su total se deduxo de sus propios bienes, por no haber gananciales, ó su mitad si por haber estos se baxó de ellos; (*b*) cuya restitucion debe hacer en el estado que tenga al tiempo de contraer segundas nupcias sin responder de su deterioro, porque ínterin no le contraxo, le usufructuó legítimamente, y el usufructuario de bienes que se envejecen con el uso cumplen con volverlos segun se hallan, quando espira el usufructo, y así debe constituir la fianza. (*c*)

54 Sin embargo algunos AA. (*d*) afirman que los viudos pueden disfrutar el lecho quotidiano durante su vida, aunque se casen en el año de su viudedad, y que en este solo caso estan obligados á reservar el todo, ó su mitad, segun de donde se haya deducido, para los herederos del muerto; pero esta opinion no debe adoptarse: en primer lugar, porque no estamos en caso alguno de los que la ley 15 de Toro y otras de Partida que citaré en su lugar, prescriben para la reservacion, y son: quando el marido ó la muger se donan, ó legan algo, ó suceden abintestato á alguno de sus hijos; pues aquí nada se legan ni donan, ni lo adquieren uno del otro por voluntad del difunto sino por disposicion de la ley, ni de sus hijos, por haber muerto abintestato ni por otro motivo; y en segundo lugar, porque dichas leyes ordenan la reservacion de lo que hubo un cónyuge del otro por contrato lucrativo, y la del fuero inserta tan léjos está de ordenarla que ántes por el contrario manda expresa y literalmente, que el que se vuelva á casar restituya el lecho: (*e*) sin que haya di-

(*a*) Leyes 14 tit. 20 lib. 3 del Fuero Real, y 207 del Estilo. Ayora n. 41 cit. vers. Pero si las deudas. (*b*) Ley del Fuero inserta. Acev. en la 3 tit. 1 lib. 5 R. n. 5. (*c*) Véase el cap. 7 n. 17 de este lib. (*d*) Varios que cita Gutier. q. 95 cit. nn. 1, &c. y 14. Castill. ley 15 de Toro vers. Potest. etiam. (*e*) Gutier. lug. cit. n. 15. Acev. ley 3 cit. nn. 7 y 8.

ferencia en si el viudo se casa, ó no dentro del año de su viudedad, ni en que los herederos sean legítimos ó extraños, porque la ley habla absolutamente sin distinguir de tiempos ni de herederos, y así ni nosotros debemos hacerlo. Prevendrá esto el partidor en la adjudicacion y suposicion correspondiente para dexar ileso el derecho de los herederos, y para que el viudo ó viuda no pueda alegar ignorancia; y le advierto que si al tiempo de hacer la particion está casado otra vez, no se le debe abonar el lecho, porque no subsiste la causa de su concesion, tienen ya otro, y la ley no concede dos lechos, por cuya razon se executorió así años pasados justamente por el Consejo con arreglo al espíritu de la ley. (a)

55 Algunos partidores para aplicar el lecho al viudo ó viuda hacen un cómputo, y le adjudican en dinero, ó en otros bienes lo que juzgan que vale con atencion á la calidad y caudal de ámbos; pero este es un error craso, y el lecho debe inventariarse y valuarse con separacion de las cosas de que se compone, para aplicarlas luego con distincion y claridad, y no dinero por ellas: lo uno, porque la ley no concede tal facultad, y ántes bien manda que el viudo lleve el mismo lecho que tenia, y no su importe ni otras cosas por él; y lo otro, porque si llega el caso de su restitucion por volverse á casar, cumple con restituirle en el estado en que se halle, y habiéndosele entregado en dinero ó en otra especie mal puede conocerse quánta cantidad ménos ha de restituir, porque no se tienen presentes las cosas de que ha de hacer la restitucion, ni el deterioro que padecieron con el uso. Así lo he practicado siempre, porque es justo, como lo dicta la misma razon, y debe observarse no pactando lo contrario los interesados, ó no habiendo motivo que lo impida. Otros partidores entregan los bienes de que se compone el lecho sin tasarlos ni inventariarlos, lo qual es igual ó mayor error por las razones expuestas, y por el perjuicio que se puede causar á los acreedores del marido, si el lecho se aplica de sus bienes, ó de

(a) Véase el n. 7 cap. 5 Part. Prim.

los gananciales á su viudo, y los que dexó no alcanzan para reintegrarlos de sus créditos. Si el marido lega á su muger algun lecho fuera del que le corresponde por la ley, y tiene hijos, se practicará tambien lo que he dicho, para que si se volviese á casar, le restituya quando fallezca, en el estado en que se halle, pues en este caso puede disfrutarle miéntras viva, por ser un legado voluntario.

CAPITULO VII.

Del usufructo y de como han de dividirse los frutos pendientes al morir el usufructuario.

§. I.

De las especies de usufructo, en qué conviene, y se diferencia del uso y legado anual, y si el usufructuario debe pagar las deudas del testador y cargas de los bienes que usufructúa.

1 Impertinente parecerá tocar en este tratado la materia de usufructo; pero como muchos testadores que carecen de herederos forzosos, suelen dexar á sus mugeres, ó á otros el del todo, ó parte de sus bienes, y para que se sepa lo que han de usufructuar, es preciso hacer particion; tengo por conveniente explicar para tinturar al partidor las obligaciones del usufructuario, cómo se han de dividir los frutos que dexa pendientes, y otras cosas concernientes á esta materia.

2 Las especies principales de servidumbre son dos: una se llama real, y es la que un predio urbano, ó rústico debe á otro; y otra se llama personal, que es la que un predio ó finca debe á una persona, como el uso, la habitacion y el usufructo. Este que es un derecho de usar y gozar de las cosas agenas sin perjuicio de su propiedad y substancia, se divide en legal y convencional: el primero es el que se adquiere por disposicion de la ley, como el que tienen el padre en los bienes adventicios de su hijo,

miéntras se halla en su poder, y los cónyuges en lo que hubieron uno del otro y deben reservar, quando contraen segundas nupcias; y el segundo es el que se adquiere por contrato, ó última voluntad, del qual paso á tratar. (1)

3 El usufructo puede constituirse en las cosas raices, en las muebles que no se consumen, aunque se deterioren, ó envejezcan con el uso, como trastos de casa, ropas, alhajas de plata, oro, &c. en las que se consumen con él, y son tales por su naturaleza que unas hacen las veces de otras, por manera que parezca haberse devuelto la propia que se recibió, entregando otra del mismo género: v. gr. aceyte, vino, trigo y demas semillas, aunque como necesaria y quotidianamente se deben consumir, y de otro modo no puede usarlas el usufructuario, este uso se llama impropiamente usufructo; y en fin en las semovientes como bueyes, vacas, ovejas, machos, yeguas y otros ganados.

4 Se diferencia el usufructo y el uso: lo primero, en que el usufructuario adquiere y hace suyos todos los frutos, rentas y aprovechamientos de la cosa que usufructúa, y los puede vender, arrendar y enagenar, aunque no el derecho de usufructuar, porque es personal, y no transmisible; y el usuario puede aprovecharse de lo que necesite para su gasto y el de su casa, no vender, ni dar á otro el exceso que rinda; (2) y lo segundo, en que el usufruc-

(1) Tambien siguiendo á los intérpretes divide Febrero el usufructo en causal y formal: el causal es el que tiene en la cosa su mismo dueño por causa ó razon de su dominio, cuya voz suele comprehender la propiedad y usufructo unidos, á diferencia de aquella que regularmente significa el dominio separado de este; y el formal es el que se ha definido; pero esta division, como dice Vinnio (rubr. de usufructu n. 4) no es una verdadera y genuina division del género en sus especies sino mas bien una *distincion del nombre en sus significados*; pues el usufructo causal no es propiamente usufructo, mediante á que este es servidumbre y toda servidumbre es un derecho en cosa agena. Así en el derecho casi siempre, mayormente trátandose de servidumbre, por usufructo solo se entiende el formal.

(2) Por exemplo, si se concede el uso en alguna huerta, podrá el usuario coger la fruta y hortaliza que necesite para si y su familia, no para vender ni dar á otro; y lo mismo se ha de decir, si se concede en prado ó viña. (Ley 20 abaxo citada al fin) Si se otorga en algunas bestias, puede el usuario emplearlas en sus labores ú otro servicio suyo, mas no alquilarlas ni prestarlas. Si se dexa, ó promete en gana-

tuario debe hacer de los frutos los reparos, labores y demas cosas necesarias á la conservacion de las fincas y bienes que usufructúa, y satisfacer de ellos las rentas anuales; y el usuario á nada está obligado, excepto que la cosa sea tan pequeña que él solo la disfrute enteramente y se aproveche de todo su producto, pues en este caso lo estará á todo. Y convienen en que así el usufructuario como el usuario deben afianzar: aquel en la forma que se expresará en los nn. 10, &c. y 18, segun sean los bienes que ha de usufructuar; y este, de que usará de la cosa con buena fé sin hacer nada en ella, por lo que se le cause detrimento, ni se pierda. (*a*)

5 Tambien se diferencian el usufructo y el legado anual, en que el usufructuario no adquiere los frutos que dexa pendientes quando fallece, pues como personal se extingue con su persona; pero al que tiene legado anual, tocan, aunque no esten cogidos ó separados del suelo, y así muriendo despues de entrado el año puede dexar íntegros los frutos de este á su heredero, porque los pendientes ó maduros aumentan el legado. (*b*) (1)

dos, se aprovechará el usuario de su estiercol en sus heredades, y tomará de la leche, del queso, de la lana y de los cabritos ó corderos lo que hubiese menester para sí y su familia sin poder dar á otro ni vender nada de esto. (Ley 21 abaxo citada.) Así se dice que el usufructo es un derecho de usar y gozar de las cosas agenas, y el uso un derecho de usarlas y no de gozarlas. Pero ademas del usufructo y uso hay otra servidumbre personal, que es la llamada *habitacion ó morada en alguna casa*, de la qual solo trata en nuestra legislacion la ley fin. tit. 31 cit. y se diferencia del uso en casa agena, en que aunque el usuario puede morar en ella con su familia y aun recibir huespedes, no alquilarla, como ademas de lo dicho podrá hacer quien tenga la habitacion ó morada. (Leyes 21 y fin. cit.)

(*a*) Leyes 20, 21 y 22 tit. 31 P. 3. (*b*) Parlador. different. 29 n. 3.

(1) Del legado anual de que hay un título en el digesto, no se hace mencion en ninguna de nuestras leyes, y por tanto ha sido inútil que el Señor Castillo, Parladorio y demas comentadores gastasen papel y tiempo en decirnos las disposiciones civiles acerca de él, por exemplo que en el primer año es puro y en los demas condicional, que en el legado anual son muchos los legados á diferencia de la estipulacion anual que es una sola, y que en cada legado se ha de mirar, si el legatario tiene capacidad para adquirir; como tambien en expresar sus diferencias del usufructo apoyándolo todo en razones ó sutilezas del derecho romano que no se compadecen con nuestra legislacion, la qual

6 En órden á si el usufructuario de todos los bienes de quien concedió el usufructo, debe pagar las deudas de este, y los legados que haga, se ha de distinguir. Si el usufructo se constituyó en contrato, no está obligado á la satisfaccion de aquellas, pues la accion y obligacion personales no siguen al sucesor particular y deudor, por lo que en este caso deberán ser reconvenidos el propietario ó sus herederos, y no teniendo con que pagarles, se venderá la finca en propiedad y usufructo, caso que esté hipotecada á su seguridad, porque no estándolo se venderá solamente la propiedad, á ménos que se pruebe fraude en el deudor que enagena el usufructo. (*a*) Y si se constituyó en disposicion última, tiene obligacion el usufructuario de satisfacer las deudas de los bienes de la herencia, esten ó no hipotecados á su pago, y tambien los legados anuales, y á enterrarle y hacerle sus exêquias, porque el legado de usufructo se entiende y es válido únicamente en los bienes propios del que le dexa, y que no son responsables. (*b*)

7 Quando el testador legó solamente á uno el usufructo de cierto fundo, ó de otras cosas determinadas, ó de la mitad, tercera, quarta ó quinta parte, ú otra qüota de sus bienes, no se han de pagar de ellos las deudas sino de los demas de la herencia, y no queriendo satisfacerlas de estos el heredero propietario lo ha de hacer de los suyos propios, excepto que el testador mande lo contrario, ó se infiera de su voluntad. (*c*)

8 Estan discordes los AA. sobre á quien pertenece

con pocos renglones ó palabras ha echado por tierra gran parte del edificio monstruoso de la Jurisprudencia Romana. Consultemos, como he dicho muchas, y aun diré, si es necesario, millares de veces, consultemos la voluntad y las palabras del testador, poniendo al mismo tiempo la consideracion en las cosas sobre que recae y en las circunstancias de las personas, y decidiremos con mas acierto qualquiera duda que no recurriendo al derecho comun y tomando en las manos qualquiera comentador que fácilmente pueden precipitarnos en el error. Del legado anual hablé tambien en la nota primera del n. 24 cap. 4 de este libro.

(*a*) Góm. lib. 2 Var. cap. 15 n. 8. Cov. lib. 2 Var. cap. 2. Castill. de Usufruct. cap. 59. (*b*) Góm. lug. cit. Parlad. lib. 2 Rer. quotid. part. 4 cap. fin. §. 2 n. 8. (*c*) Ayor. part. 2 q. 21 n. 67. Morquech. de Divis. bonor. lib. 4 cap. 11 n. 98.

la satisfaccion de los réditos anuales, si alguno tiene impuesto censo al quitar sobre sus bienes y dice en su testamento: "Dexo por heredero universal de mis bienes á mi hermano Pedro, para que los posea y goce por toda su vida, y para despues de esta sustituyo heredero de ellos á Francisco mi sobrino, hijo de mi hermano Andres." Unos afirman que el instituido por su vida es verdadero heredero con la obligacion de restituir despues de ella al otro heredero la herencia como por fideicomiso; (*a*) y otros, á cuyo dictámen me inclino, dicen que no es verdadero heredero sino solamente usufructuario, (*b*) el qual aunque no se halla obligado á satisfacer de su usufructo las deudas de la herencia, porque, como se ha dicho, han de pagarse de los bienes de ella; sí los réditos anuales de los mismos frutos que percibe de ellos, pues de su producto líquido baxadas cargas es de lo que se hizo usufructuario; y lo mismo sucede con el diezmo, arrendamiento de la tierra en que estan los frutos pendientes, tributo, gavela y otras cargas, aun quando hayan sobrevenido al usufructo, (*c*) por ser una cosa pagar el gravámen anual de los mismos frutos, y otra muy diversa redimir de él los bienes de la herencia, lo qual es satisfacer las deudas de esta, á lo que no está obligado: en cuya atencion si redime el censo, puede su heredero retener los bienes hasta que el propietario le entregue su capital, y si no quiere pagar los réditos, y da lugar á que por ellos se haga execucion en los bienes, puede el propietario redimir el censo y retener estos para sí despues de pagado. (*d*)

9 Otorgando testamento de conformidad marido y muger, nombrándose recíprocamente por usufructuarios, é instituyendo para despues de sus dias heredero á otro, si muerto el uno revoca el otro como puede hacerlo, su testamento, (*e*) deberá restituir al propietario los frutos que percibió de la herencia de su consorte, porque en

(*a*) Greg. Lóp. ley 15 tit. 3 P. 6 glos. 1. Molin. de Primogen. lib. 3 cap. 14 n. 11. (*b*) Cov. lib. 2 Var. cap. 2 n. 5. Parlador. differ. 29 n. 13. (*c*) Ley 22 tit. 31 P. 3 verb. E si diezmo, ó otro tributo, y su glos. 5. (*d*) Parlad. differ. 29 cit. n. 17 al fin. (*e*) Burg. de Paz consil. 2.

los contratos en que ha lugar al arrepentimiento, no debe percibir lucro el que retrocede, (*a*) y siendo creible que el difunto se convino en dexar á su consorte el usufructo de sus bienes, porque instituyó juntamente con él heredero al otro, vna vez que se arrepintió y cesó la causa, debe tener lugar la repeticion de frutos por este, (*b*) y así se los pagarán sus herederos.

§. II.

Si estará obligado el usufructuario á dar fianza para gozar el usufructo, y cómo debe darla: quándo tendrá lugar en este el derecho de acrecer, y por qué causas se acaba.

1o Para poder gozar el usufructuario el usufructo que se le dexó de los bienes que no se consumen con el uso, sean muebles ó inmuebles, debe dar fianza, caucion ó seguridad de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, conservándolos de modo que por su culpa ó negligencia no se pierdan ni deterioren, y restituyéndolos, segun se le entregan, quando espire el usufructo: lo qual procede hasta en el marido á quien la muger dexó el usufructo de sus bienes. (*c*)

2 No se puede remitir al usufructuario esta fianza, si se le dexa el usufructo en disposicion última: lo primero, por evitar que abusando de la remision disipe los bienes, como que se le pone en la ocasion de delinquir: (*d*) lo segundo, porque su voluntad es que el usufructuario conserve la propiedad de ellos para el propietario, y no pudiendo haber seguridad de que esto se haga, sino se da fianza, ó caucion, es visto que por esta razon no puede remitirla; y lo tercero, porque siendo su ánimo no dexarle mas que el usufructo, se sigue de remitírsela que le concede tácita facultad para usar á su arbitrio de los bie-

(*a*) Leyes 5 ff. de Condit. causa data y 35 ff. de Donation. caus. mort. (*b*) Parlad. q. 7. (*c*) Ley 20 tit. 31 P. 3. Castill. de Usufruct. cap. 17 n. 4 y cap. 19 (*d*) Molin. de Primog. l. 1 cap. 15 n. 27. Castill. de Usufruct. cap. 11 n. 24 y cap. 15.

nes, cuya propiedad quiere por otra parte corresponda siempre al propietario, lo qual implica. (a) (1)

12 El modo de usar el usufructo como corresponde, es cuidar de los bienes muebles y tratarlos como propios, labrar las tierras en los tiempos oportunos y como buen labrador, plantar árboles en lugar de los que se sequen, pierdan y arranquen, hacer en las casas y demas edificios los reparos que necesiten para su conservacion; y si el usufructuario arrienda ó alquila, como puede hacerlo, ha de ser á persona de buena conducta, (b) en cuyos términos ha de constituir la fianza.

15 Al usufructuario pertenecen los frutos naturales y civiles de los bienes de que se le dexa el usufructo, y como dueño puede arrendarlos, donarlos y disponer de ellos á su arbitrio. (c) Por tanto, de las tierras, viñas, olivos, huertas, árboles, censos, juros y demas bienes conceptuados por raices le tocan los que producen, y de las casas, molinos y edificios sus alquileres, aunque á costa de estos ha de repararlos de lo necesario para su conservacion temporal. Así el usufructuario convencional no está obligado á hacer los reparos mayores que conciernen á su perpetua utilidad, por tocar estos al propietario, á cuya conseqüencia si hiciere en ellos expensas grandes, puede repetirlas de este, como que las hizo en su nombre, ó como procurador suyo; y lo propio milita en las

(a) Castill. cap. 15 cit. nn. 30 y 31.

(1) Pudiera decirse á favor del usufructuario que quando el testador le remite la fianza, da á entender, ya que confia en que hará el debido uso de su derecho, ya que no pone reparo en que use de los bienes como dueño, y ya de consiguiente que dexa á otro la propiedad para el caso que el usufructuario conservase aquellos en su poder hasta su muerte, por profesar mucho mas afecto á este que á aquel. Y si ésta es la voluntad del testador ¿por qué no ha de atenderse, quando estuvo en su mano dexar al usufructuario el pleno dominio y no favorecer en nada al propietario? Con estas reflexiones se desvanece toda especie de contradiccion y se demuestra que en el caso presente no podria el usufructuario cometer ningun dolo ni delito, porque siempre obraria conforme á la voluntad de su favorecedor. No obstante, quando ocurra el caso, puede verse al Señor Castillo cap. 15 cit. donde trata el punto con mas extension que ninguno de los AA. que he visto.

(b) Leyes 22 y fin. tit. 31 P. 3. (c) Leyes 20 y 24 tit. 31 P. 3.

hechas en pleyto por defender ó reivindicar los bienes; (a) pero el usufructuario legal, v. gr. el padre, que tiene el usufructo en los bienes de su hijo, está obligado á hacerlas. (b) Y aunque al usufructuario corresponden todos los frutos de los bienes que usufructúa, no le toca el aumento sino en quanto al usufructo, porque sigue á la finca á que se agrega y pertenece al propietario, y así ni aun de este aumento tendrá el usufructo, si está separado de ella, (c) pues no se le dexó el testador, por no ser suyo, quando murió.

14 De los bienes semovientes productivos como vacas, yeguas, cabras, ovejas, abejas, &c. deben percibir tambien el usufructuario no solo la lana, leche, miel, cera y manteca que producen sino tambien las crias; pero en caso de fallecer, ó inutilizarse las madres, aunque sea sin culpa suya, tiene obligacion de reemplazar de los mismos hijos otras tantas cabezas como las muertas, ó inutilizadas, lo qual procede asimismo en los peces que estan en estanques, pues puede pescar y matar algunos; (d) bien que no naciendo hijos no estará obligado al reemplazo ó suplemento. (e) Mas lo expuesto ha de entenderse, quando se le dexa genéricamente el usufructo de algun rebaño, porque siendo tan solo de algunas cabezas, ó animales en particular, no tiene obligacion de conservarlas, ni en caso de fallecer, de suplir las que se mueran, mediante á que con su muerte se extingue su usufructo; (f) y lo mismo se ha de decir, quando no son animales productivos, como bueyes, caballos, machos, carneros, aunque si ha tenido culpa en la muerte, deberá indemnizar al propietario.

15 Si habiendo legado un rebaño al usufructuario

(a) Góm. lib. 2 Var. cap. 15 n. 7 vers. Item adde. Ayllon n. 8 vers. Quod usufructuarius. Greg. Lóp. ley 22 tit. 31 P. 3 glos. 1 y 2. (b) Góm. n. cit. vers. Nec obstat. Acerca de si estará obligado el usufructuario á los gastos de pleytos, véase á Castillo de usufructu cap. 55, 56 y 57. (c) Baez. de Décima tutori cap. 24 n. 10. (d) Gutier. de Tutel. p. 3 c. 27 nn. 25, &c. y 28. (e) Glos. 4 de la ley 1 tit 11 P. 4. (f) Castill. de Usufruct. c. 27 nn. 11, &c. y 15. Góm. c. 15 cit. n. 7. Ayllon n. 8 citado.

perecieseu tantas cabezas que dexe de serlo y no se le pueda tener por tal, se extingue su usufructo; mas no, si fallece una ú otra. (a) Quando es ó no rebaño, lo ha de determinar el Juez atendidos los haberes del testador y la costumbre del pais. (b)

16 De los bienes que se consumen con el propio uso, esto es, que no se pueden conservar mas de tres años y consisten en número, peso, ó medida, como aceyte, miel, vino, trigo y demas semillas, puede usar tambien y disponer á su arbitrio; pero como el usufructo de ellos es el uso de las mismas cosas, y nó pueden usarse ni usufructuarse sino gastándolas y consumiéndolas, por lo que se llama *quasi usufructo*, para dar la fianza el usufructuario se deben apreciar por lo justo, y hecho la dará de volver el precio en que se valuaron; y si no se aprecian, ha de ser de restituir otras especies iguales en bondad, calidad, peso, medida y número, quando espire el usufructo, (c) pues no ha de constituirse alternativamente en qualquiera de los dos casos, como con equivocacion afirman algunos. Si es dinero, ha de darla de volver igual cantidad á la que recibió. (d)

17 Sobre como ha de hacer la restitucion y por consiguiente dar la fianza el usufructuario de los bienes que no se consumen, sino que se deterioran y envejecen con el uso, como alhajas de plata ú oro, diamantes, vestidos, tapices, cortinages, ropa blanca, trastos ó muebles de casa, coches y otros semejantes, en los quales no puede constituirse propia y adequadamente el usufructo, porque nada producen; hay variedad de opiniones. Algunos AA. afirman que está obligado á volver la estimacion que se les dé, porque tasándose se le transfiere su dominio, y pasa á la clase de legado de cantidad; y otros dicen, que cumple con restituirlos en el estado en que se hallen al tiempo que espire el usufructo, y que solo estará obligado á responder de su deterioro en caso que por su culpa

(a) Ley ult. ff. quibus modis usufruct. vel usus amitt. (b) Castill. cap. cit. n. fin. (c) Castill. de Usufructu nn. 9, &c. y 19. (d) Castill. c. cit. nn. 7 y 8.

ó negligencia le padezcan, (a) que es lo que siempre he visto practicar y debe adoptarse, por ser conforme á la intencion del testador que quiso beneficiar al usufructuario, pues en todas las dichas cosas nada mas tiene que el mero uso, y si estuviese obligado á volver su estimacion, léjos de experimentar utilidad se le causaria perjuicio con la carga y gravámen de custodiarlos, conservarlos y pagar en dinero lo que vendidos no sacaria por ellos, como sucede, puesto que nunca se da en venta por los muebles la cantidad de su aprecio, y ántes bien se baxa la tercera, ó quarta parte, ó la mitad segun su calidad, hechura y estado.

18 Pero si los tales bienes muebles se pierden y consumen enteramente, aunque sea sin dolo ni culpa del usufructuario, debe restituir el valor que tenian al tiempo que dió la fianza y recibió su usufructo, porque ha de usarlos y disfrutarlos conservando siempre su propiedad y substancia, y porque pudiendo conservarlos se presume que á lo ménos tuvo negligencia culpable en dexarlos perderse, y que no usó de ellos como debia, en cuya atencion conviene que ántes que se le entreguen, se estimen por lo justo en venta con su intervencion: (b) lo qual creo no debe militar en los animales no productivos por lo contingente que es su muerte.

19 No tiene obligacion el usufructuario de dar la fianza expresada, si es tan pobre que por serlo no encuentra quien le fie, en cuyo caso siendo de buena vida y costumbres basta su caucion jurada de hacer el debido uso de los bienes y restituirlos á su tiempo. Pero si es forastero, sospechoso de fuga, ó de mala conducta, se deberán seqüestrar y depositar en persona lega, llana y abonada á arbitrio del Juez, ó en el propietario, de quien perciba el usufructo, y por cuya recta administracion no se pierda ni deteriore la propiedad, (c) y esto es lo mas seguro.

20 Aunque constituyéndose el usufructo en disposicion última no puede el testador remitir la fianza al usu-

(a) Gom. lib. 2 Var. cap. 15 cit. n. 3. Ayllon n. 4 vers. Magna est autem. Ayor. part. 2 q. 24 n. 74. Parlad. differ. 29 n. 23. (b) Parlador. lug. cit. n. 24. (c) Gom. n. 3 cit. vers. Item adde. Salg. Labyr. p. 1 cap. fin. n. 158. Castill. de Usufruct. cap. 18.

fructuario por las razones expuestas en el n. 11, dicen los AA. (a) que si se constituye en contrato, se puede remitir; si bien yo me inclino á lo contrario. (b)

21 No necesita el usufructuario dar la fianza en quatro casos: el primero, quando no se duda que él ó sus herederos han de adquirir la propiedad de los bienes: (c) el segundo, quando el fisco es el usufructuario, porque siempre es idóneo para pagar y volver los bienes al proprietario: (d) el tercero, quando el padre tiene el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, pues para disfrutarlos no se le pide, porque ningun derecho le obliga á darla; (e) y el quarto, quando el usufructo no ha de volver al propietario, ó verdadero heredero del testador. (f)

22 Este puede dexar á uno solo ó á muchos el usufructo de sus bienes, y todos le gozarán con igualdad, ó segun la parte que les señale, dividiéndole entre sí, ó arrendándole y partiendo el producto del arrendamiento; pero si le lega á muchos alternativamente por años, será preferido el que esté nombrado ántes, y deberá gozarle primero que el segundo, y así los demas por su órden; (g) y si alguno de estos fallece ántes que le toque entrar al goce, no tendrán derecho alguno á él sus herederos, porque su anticipada muerte le impidió adquirirle.

23 Tambien puede legar simplemente, ó sin condicion á un sugeto la propiedad de un fundo y á otro el usufructo de él, en cuyo caso llevará el propietario no solo la propiedad íntegra sino tambien la mitad del usufructo, y el usufructuario la otra mitad de este, de modo que ámbos concurrirán igualmente á su percibo, no mandando el testador, ó no constando lo contrario. (h) (1) La

(a) Góm. n. cit. vers. Et adde quod prædicta satisdatio. Castill. de Usufruct. cap. 15. (b) Véase la nota del n. 11 cit. (c) Ley 9 § 2 ff. Usufructuarius quemadmodum caveat. (d) Ley 1 § 18 ff. Ut legatorum caveatur. (e) Ley fin. Cod. de Bonis quæ liberis. (f) Ley 14 Cod. de Usufruct. (g) Góm. cap. 15 cit. n. 4 y Ayllon n. 5. (h) Leyes 19 y 33 ff. de Usu, et usufruct. legat. y 3 y 9 ff. de Usufruct. adcrescend.

(1) La ley 19 que se cita, Gómez, Castilló y otros AA. no proponen el caso de que se legue á uno *la propiedad de un fundo* y á otro su usufructo, como equivocadamente dice Febrero, sino el de que se dexe á

razon es, porque el fundo consiste en la propiedad y usufructo juntamente, y como por el hecho de legar al uno el fundo es visto legarle ademas de la propiedad el usufructo que es el todo integral; y legando este solamente al otro, parece que le lega tambien el fundo que legó á aquel; por eso como conjuntos en una misma cosa que es el usufructo, concurren y son admitidos igualmente á su percepcion y disfrute. (a) (1)

24 Pero no sucederá esto, quando genérica y universalmente lega á uno ciertos bienes como caballos, mulos, &c. ó le instituye heredero usufructuario de todos sus bienes, y despues lega á otro alguna cosa de las de aquella especie, ú otra determinada en propiedad y usufructo, porque este legado específico deroga el genérico en aquella parte, y separa de él la cosa legada: ni quando lega á uno cierta cosa entera, y luego á otro alguna parte de la misma cosa, v. gr. todo el fundo al primero, y despues la tercera, quarta, quinta ó sexta parte del propio fundo al segundo: (b) ni tampoco quando lega á uno el usufructo de todos sus bienes y á otro el de un fundo solamente. (c)

25 Si el testador lega el usufructo de una finca al usufructuario, es visto legarle no solo el goce de sus frutos ó su usufructo sino tambien el de los instrumentos y aperos necesarios que tenia diputados para labrarla como mulas, ó bueyes, arados, &c. Y lo propio milita, si tenia trigo separado y destinado para sembrar en ella, pues todo se entien-

uno un fundo y á otro su usufructo; pero sin embargo aun tendrá lugar la nota sig. aunque no con igual fundamento. Castillo trata extensamente de este punto y otros semejantes cap. 47 abaxo cit.

(a) Góm. dich. cap. 15 n. 5. Castill. de Usufruct. cap. 47 nn. 1, 2, 3 y 4.

(1) En el caso de este núm. el propietario no debe tener parte en el usufructo, por ser evidente que el testador solo quiso legarle la propiedad separando aquel de ella y dexándole á otra persona sin usar de palabra que induzca ninguna comunion en él. Las leyes romanas, las frivolas y falsas razones en que apoya Febrero su opinion, y quanto digan los AA. á quienes sigue, no pueden prevalecer contra una voluntad tan manifiesta.

(b) Góm. n. 5 cit. (c) Castill. de Usufruct. cap. 47 cit. nn. 13, &c. y 16.

de comprehendido en el legado del usufructo baxo la obligacion de responder de cada cosa y otorgar la correspondiente fianza. (a) (1)

26 Dexando el testador por herederos de todos sus bienes á sus hijos, y por usufructuaria de ellos á su muger, ó á un extraño, valdrá el legado del usufructo en la quinta parte del de sus bienes, que es de lo que puede disponer libremente sin compensacion con la propiedad; pues porque quiera que su muger goce de él enteramente, no se les debe imponer gravámen en su legítima, ni perjudicar en la propiedad ni usufructo de esta; (b) y lo mismo procede en el tercio para con los ascendientes legítimos. (c)

27 Sin embargo Ayora. (d) y otros AA. dicen que el legado del usufructo de todos los bienes valdrá en el caso propuesto, con tal que su valor no exceda del quinto de la hacienda del testador, fundándose en que se puede dar su importe al legatario en dinero ó en los mismos bienes, y á los herederos su legítima en propiedad y usufructo, haciendo la regulacion y computacion por la vida del usufructuario segun la forma prescrita por derecho (e) en casos semejantes, porque lo útil no se vicia por lo inútil, y siempre es visto que el testador elige los medios, porque pueda valer el acto y no se frustre su voluntad. Pero esto se ha de entender, quando consta claramente que quiso se hiciese la compensacion, en cuyo caso valdrá el legado compensando la propiedad del quinto con el valor del usufructo de las otras quatro partes, de tal suerte que si el hijo quiere adquirir la propiedad del quinto, debe consentir en el legado del usufructo de todos los bienes en quanto no exceda de aquel su importe, ó con-

(a) Greg. Lop. ley 20 tit. 34 P. 3 glos. 8.

(1) ¿Qué testador legará el usufructo de un fundo al usufructuario de este? Sino es un mentecato, ó si está en su juicio, dirá que le lega el usufructo de los instrumentos y aperos que tenia prevenidos para labrar el fundo, el trigo destinado para sembrarle, &c. Bien pudieron Gregorio López y Febrero haber omitido semejante caso.

(b) Góm. lib. 1. Var. cap. 11 n. 26 vers. Sed his non obstantibus. (c) Gutier. lib. 5 Pract. q. 18 nn. 4, &c. y 12. (d) De Partit. part. 2 q. 21 nn. 70, &c. y 75. (e) Leyes 55 y 68 ff. Ad leg. Falcid. y 26 y 27 ff. de Legat. 1.

tentarse con su legítima en propiedad y usufructo; pero en caso de duda y no constando qual fué la voluntad del testador, se ha de seguir lo resuelto en el número anterior como opinion mas comun y conforme á nuestro derecho. (a)

28 Quando el testador lega á alguno el usufructo de todos sus bienes, se comprehenden en el legado no solo los mismos bienes muebles y raices sino tambien los frutos cogidos y separados del suelo, y las pensiones ó rentas de aquellos ya vencidas, porque todos son herencia del difunto, y así los debe llevar el legatario ó usufructuario como tal, otorgando la correspondiente fianza; (b) y si las tierras estan sembradas ó beneficiadas, y no se ven los frutos, se han de apreciar las labores y semillas, y darla de su importe, porque estas no son frutos, sean propias del testador, ó agenas las fincas sembradas, pues siendo arrendadas deberá pagar el arrendamiento con los frutos como hipotecados tácitamente á su responsabilidad. Pero si al tiempo de su muerte estan pendientes y á la vista en los fundos ó árboles, los debe percibir para sí sin obligacion de afianzar ni de restituirlos, pues los hace suyos, (c) sino es que el testador mande lo contrario, ó disponga de ellos de otra manera.

29 Si el marido dexó á su muger por usufructuaria de todos sus bienes, y entre estos de cierta porcion de dinero, é ignorando sus herederos lo que habia dispuesto, por estar muy distantes, le dieron á censo, ó le emplearon en algun tráfico, negocio ó compañía; no percibirá la muger cosa alguna por razon de los réditos ó utilidades, porque la herencia del difunto se considera respecto de los bienes que dexa al tiempo de su muerte, y no despues que se aumentó con las utilidades que produxo. (d) (1)

(a) Castill. de Usufruct. cap. 45 nn. 14 y 15. Gutier. lug. cit. desde el n. 13. (b) Leyes 7, 8, 9 y 34 § fin. ff. de Usufruct. et quemadmodum. (c) Góm. ley 40 de Toro n. 74 vers. Quinto facit. (d) Ayor. p. 2 q. 22 n. 76.

(1) Si esta razon fuese buena, tampoco pertenecerian á la muger usufructuaria los alquileres de las casas hereditarias vencidos despues de la muerte del marido, los partos de los ganados hereditarios nacidos en dicho tiempo, &c. La ignorancia inculpable de los herederos,

30 Se duda, si legando simplemente el testador á su muger, ó á otro el usufructo de todos sus bienes muebles, se comprehenden los venales, ó las mercaderías destinadas para vender. Unos AA. (*a*) dicen que no es visto estar comprehendidos en el legado general, y que así no corresponderá al usufructuario el usufructo de ellos. Otros (*b*) que convienen en lo mismo, exceptúan el caso de ser venales todos los bienes del testador. Y otros conciliando las opiniones afirman que si el testador dice que dexa, ó lega el usufructo *de todos sus bienes*, sin exceptuar ningunos, se comprehenden todos, aunque sean venales, porque quien todo lo abraza, nada excluye; y que si omite la palabras *todos*, no se comprehenden los venales, y solo de los demas se entenderá legado el usufructo; (*c*) si bien yo creo que aun quando omita la palabra *todos* y diga solamente, *lego el usufructo de mis bienes*, *ó lego mis bienes muebles*, deben entenderse todos sin excepcion, ó todos los de la clase que especifica, porque la palabra, ó proposicion indefinida equivale á la universal. (*d*)

31 Sin embargo de que en la propiedad, quando uno de los conjuntos percibió su parte, si despues la repudia, no se acrece al otro, en el usufructo sucede lo contrario, por lo que si el testador dexa á dos, ó mas por usufructuarios, aceptan todos sus partes, y despues de aceptadas repudia uno de ellos la suya, ó se muere, ó falta por otro motivo, se acrece su porcion al otro, y no se consolida con la propiedad hasta que todos fallecen, y se acaba el usufructo. (*e*) (1)

su trabajo é industria, la ninguna parte que tuvo la muger en la adquisicion de los réditos ó utilidades, y el ningun perjuicio que se le causa, son un fundamento mas sólido. A esto se agrega que si se pierde el dinero que dexó el difunto, y se empleó en algun tráfico, ó se impuso á censo, tendrán que abonársele á la muger los herederos, á no ser que se hubiese perdido sin culpa suya. Ayor. lug. cit. n. 77.

(*a*) Parlad. diff. 29 n. 26. Ayor. part. 2 q. 13 n. 78. (*b*) Alex. ley 32 § 1 ff. de Usu et usufruct. legat. Jason en la 1 Cod. de Verbor. signific. (*c*) Covar. lib. 2 Var. cap. 5. Guerreir. de Divis. lib. 5 cap. 3 n. 73. (*d*) Covar. lug. cit. (*e*) Ley 1 § 3 ff. de Usufruct. adcrescend. Góm. lib. 1 Var. c. 10 n. 41. Véase á Castillo cap. 48.

(1) Ademas de ser bastante obscuras no tienen ninguna solidez las razones tomadas á la letra de Gomez en que Febrero apoya la dife-

32 Si marido y muger hicieren donacion á alguno de todos sus bienes, reservándose su usufructo, y muriese uno de los donantes ántes que el donatario, no tocará al otro todo el usufructo de ellos por derecho de acrecer que en este caso no tiene lugar, y por consiguiente percibirá el donatario enteramente el de todos los bienes que correspondian al difunto desde su fallecimiento, porque este nada dexó al consorte de el de los que le tocaban. (*a*)

33 Se acaban el usufructo y uso por las causas siguientes: la primera, por muerte natural del usufructuario, aunque le tuviese dado en arrendamiento: la segunda, por muerte civil que es el destierro perpetuo: la tercera, por el no uso en 10 años entre presentes y 20 entre ausentes: la quarta, por enagenar el derecho de usufructuar, pues se pierde y pasa al proprietario, á causa de que como personal no es transmisible, aunque se pueden vender y arrendar sus frutos: la quinta, quando el usufructuario compra la finca dexada en usufructo, porque entónces se consolida este con la propiedad y dexa de serlo; y la sexta, por destruirse la cosa legada por caso fortuito ú otro motivo, pues aunque el usufructuario quiera ponerla en el estado que tenia, no puede hacerlo sin licencia del propietario. (*b*)

§. III.

Cómo se han de dividir los frutos que el usufructuario dexa cogidos, ó pendientes, y á quien corresponden.

34 Dexando cogidos el usufructuario al tiempo de morir los frutos de los bienes raices que usufructuaba, per-

rencia que aquí se hace entre la propiedad y el usufructo, y por lo mismo se han omitido. Entre nosotros como el derecho de acrecer no se funda en los motivos y sutilezas del derecho romano sino en la voluntad de los testadores y contrayentes que ha de averiguarse en sus palabras, en las circunstancias de las personas y de las cosas, &c. esto únicamente debemos atender para decidir, quando tiene ó no lugar y en qué términos el derecho de acrecer en el usufructo.

(*a*) Parlad. diff. 29 cit. n. 19. (*b*) Leyes 24 y 25 tit. 31 P. 3, y 3 tit. 8 P. 5.

tenecen todos enteramente á sus herederos sin la menor duda, aunque no viva todo el año; pero si estan pendientes, tocan al dueño propietario, aun quando al tiempo de su fallecimiento se hallen maduros y próximos á su recoleccion, (a) como sucede con los del fideicomiso que pasan al fideicomisario y no á los herederos del fiduciario: (b) porque los frutos pendientes no se llaman frutos, y se consideran una misma cosa con la finca en que se hallan teniéndose por parte de esta, atendido su estado, y como el mero usufructuario no tiene en ella ningun dominio, y por otra parte el derecho que tenia para su percibo, espiró con su muerte; pasan con el fundo al propietario, por lo que los herederos del usufructuario únicamente tendrán accion á recuperar las expensas hechas en sus labores, siembra, semillas, &c. y hasta que se las paguen, podrán retenerlos, porque no son, ni se llaman frutos sino el residuo líquido baxadas aquellas. (c)

35 Lo propio milita en las rentas de los fundos, y por tanto si el usufructuario muere, habiendo percibido los frutos los colonos, á quienes los tenia arrendados, pertenecen aquellas á sus herederos, aunque no esté cumplido el plazo de su solucion, porque es visto haberlos cogido en nombre del usufructuario á quien correspondian; pero si los frutos estuviesen pendientes, tocan las rentas al propietario, porque en estas que son frutos civiles, se sigue en el presente caso la misma regla que en los naturales, por tenerse en lugar de estos. (d) Si parte de los frutos estan pendientes y parte cogidos, tiene lugar la misma regla, y así los primeros corresponden al propietario y los segundos al usufructuario, lo qual se ha de adoptar en las rentas, sin que en ninguno de dichos casos se prorateen. (e)

36 Pero las rentas de casas, naves y otras cosas que se alquilan, como tambien los réditos de censos, juros y otros efectos se han de dividir á prorata del tiempo en-

(a) Góm. ley 40 de Toro n. 74. Valasc. de Partit. c. 30 nn. 28 y 29. (b) Ley 42 ff. de Usuris. (c) Castill. de Usufruct. cap. 77 nn. 1, &c. y 8. (d) Ayor. part. 4 q. 25 n. 3. Gutier. Quæst. canon. q. 33. n. 20. (e) Valasc. de Partit. cap. 33 nn. 4 y 5.

tre el propietario y los herederos del usufructuario. La razon de disparidad consiste en que de dichas cosas se percibe diariamente la utilidad, lo qual no sucede en los fundos ó heredades, cuyos frutos no se pueden percibir ni coger en sazon sino en cierta parte del año, y así se ha de atender necesariamente en quanto á las rentas al tiempo de su percepcion, para que las lleven los herederos del usufructuario. (*a*)

37 Si el testador nombra á uno por usufructuario de todos sus bienes, podrá percibir los frutos que produzca la herencia, aun ántes que la acepte el propietario, porque la ley 1 tit. 4 lib. 5 R. manda que aunque no haya heredero, ó este no quiera heredar, valga y se cumpla todo lo que el testamento contenga, constando de la solemnidad de testigos que prescribe. Pero lo dicho se limita en dos casos: el primero, quando el testador en su testamento nulo por pretericion, ó exheredacion pone la condicion de que se acepte la herencia, para que valga el legado, en cuyo caso no valdrá el de usufructo ni otro alguno, sin que preceda la aceptacion de la herencia; (1) y el segundo, quando el usufructuario no quiere afianzar, habiéndolo pretendido el propietario, pues se constituye de mala fé. (*b*)

38 Resta saber quando se dirán percibidos los frutos por el usufructuario, para que sus herederos los adquie-

(*a*) Véase á Castillo de Usufruct. c. 77.

(1) Matienzo en el lugar citado dice que lo contrario sucede, si dicha condicion se pone en testamento válido, porque como por derecho se entiende puesta en este, nada obra. No es muy fácil comprehender estas palabras de Matienzo; pero sin embargo diré que una vez que segun la ley 1 cit. no se necesita institucion de heredero, ni que el instituido acepte la herencia, para que valgan las mandas y otras disposiciones testamentarias; no puede entenderse puesta por derecho la expresada condicion; bien que acaso ningun testador la habrá puesto, ni pondrá jamas, por cuya razon es inutil decir mas sobre esto. No raras veces nuestros intérpretes proponen por sutilizar y ostentar penetracion casos remotísimos de suceder: semejantes á los escolásticos que han inventado innumerables qüestiones sutilísimas, las quales no traen otra utilidad que la de atormentar los extraviados ingenios.

(*b*) Matienz. dich. ley 1 glos. 14 nn. 35, &c. y 40. Castill. de Usufruct. cap. 16.

ran. Acerca de este punto hay dos opiniones: una es que no solo han de estar separados del suelo sino tambien custodiados en los parages en que se acostumbran recoger; y la otra, (que es la verdadera y corriente) que para que así el usufructuario como el poseedor de buena fé los hagan suyos, basta que esten separados del suelo, ó cortados, aunque no se hayan custodiado; (a) pero con la diferencia que para adquirirlos el usufructuario han de ser separados por él, ó por otro de su órden y en su nombre; y el poseedor de buena fé los adquiere indistintamente, ya los perciba por sí en la buena fé de que le pertenecen, ya otro qualquiera sin mandato: (b) en cuya atencion si los frutos se caen espontanea ó accidentalmente, como suele suceder á la aceytuna, no tocan al usufructuario ántes de percibirlos, (c) y por el contrario el poseedor de buena fé ántes de la aprehension los hace suyos. (d)

(a) Covar. lib. 1 Var. cap. 15 n. 12. Gutier. Canon. Quæst. q. 33 n. 4. (b) Valasc. de Partit. cap. 33 nn. 11 y 12. (c) Navar. in Apolog. de Redditib. q. 2 n. 14 al fin. (d) Valasc. cap. 33 cit. n. 13.

PARTE SEGUNDA.

LIBRO SEGUNDO.

De la particion de los bienes del que murió testado ó abintestato, entre sus herederos legítimos y extraños, haya ó no mejora.

CAPÍTULO PRIMERO.

Cómo se han de dividir los bienes del que murió testado entre sus descendientes legítimos, quando no mejoró á ninguno: de qué parte de ellos puede disponer en su perjuicio: qué puede dexar á los ilegítimos, teniendo ó nó descendientes ó ascendientes legítimos; y si los legitimados sucederán á sus padres y parientes.

§. I.

De quántas maneras se puede hacer la division: si el padre podrá hacerla, revocarla y señalar á sus hijos la legítima, y qué ha de practicar el Juez no habiéndola hecho: si los hijos podrán pedir se les supla la legítima, quando los bienes paternos se aumentaron, y si tiene lugar en ella el derecho de acrecer.

1 Reintegrada la viuda de su dote, arras y demas derechos que le correspondan despues de hechas las deducciones, liquidacion y separacion del caudal comun inventariado, se sigue la division del caudal propio de su marido difunto entre los herederos instituidos ó herederos abintestato que puede hacerse de tres maneras. La primera es judicialmente por partidores, ó por personas que elijan todos los interesados, ó quienes por su ausencia, menor edad ó incapacidad los representen, ó el Juez de oficio en rebeldía de algunos. La segunda es por los mismos interesados de conformidad, siendo mayores de 25 años, la qual aunque no se haga escritura, vale y no se debe deshacer por este defecto, mayormente si estan aposesiona-

dos de lo que les tocó; (a) y haciéndose escritura, como es preciso hacerla, quando hay bienes raices ó derechos perpetuos, para que conste y se acredite su pertenencia en lo sucesivo, pueden, si quieren, presentarla despues al Juez para que confirme ó apruebe la particion y la mande protocolizar, y para que á cada uno se dé el testimonio respectivo de su haber; bien que en este caso no es necesaria su aprobacion, porque ni le da mas vigor, ni le necesita, si está bien hecha, ni le quita la nulidad, ó agravios que contenga; ni tiene facultad para hacer válido lo que por derecho es nulo, á causa de no ser Legislador sino mero executor de la ley; y así basta que el Escribano la protocolice; pues puede hacerlo á instancia de los interesados previniéndose en ella, y dar los testimonios que le pidan, como de acto extrajudicial que ha pasado ante él y reducido á escritura pública. Si es de bienes muebles, semovientes ó dinero, no es menester su protocolizacion y basta el resguardo recíproco de los interesados. Y la tercera manera de que trata la ley 80 tit. 18 P. 3, es por escritura que todos otorgan y formaliza el Escribano, dándose por pagados de la qüota y bienes que les corresponden y se les aplican segun la institucion, los quales se deben individualizar en todas tres clases de particiones, para que siempre conste de lo que cada uno lleva, y le sirva de título legítimo de pertenencia la adjudicacion que se le forme. Pero de qualquiera suerte que se practique, si hay testamento, se ha de hacer segun el órden y forma prescripta legalmente por el testador. De estas tres clases de particion se ponen exemplares en el cap. fin. de este libro.

2 El testador puede instituir herederos de tres modos: el uno, sin expresar qué parte de herencia han de haber, el otro, señalándola á todos, y el tercero señalándola á unos y á otros no. (b) Si instituye herederos sin especificar quánto han de llevar, partirán la herencia con igualdad, sean legítimos ó extraños, porque se con-

(a) Leyes 8 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real, y 1 y 2 tit. 1 lib. 10 del Fuero Juzgo. (b) Leyes 7, 9, 14 y sig. tit. 3 P. 6.

ceptuan instituidos en esta forma, á ménos que del comun uso de hablar en algun pueblo se colija otra cosa: si les señala los bienes, ó porcion de herencia que han de percibir, se debe observar su voluntad entre herederos extraños, (a) y asimismo entre legítimos, con tal que no les prive de la legítima que les toca por derecho, ni se la disminuya; pues aquel á quien mas dexe ó mande, se entenderá mejorado.

3 Puede el testador dividir su hacienda entre sus herederos legítimos ó extraños, (b) y el Juez debe seguir su voluntad, no perjudicando á los legítimos en su legítima, si acudiesen ante él á quejarse, ó á que apruebe la division; pues aunque parezca que esta se debe hacer despues de la muerte, no hay ley que prohiba hacerse en vida. Tambien puede señalar á sus hijos en una, ó mas cosas la legítima paterna que les toca, y se ha de estar á ello, por no ser presumible que nadie mire mejor que un padre por el bien de los hijos.

4 Si el testador no hace entre estos la division ni señalamiento de bienes por sí ni por medio de otro, lo ha de hacer todo el Juez; (c) pues aunque de los del padre en comun, y no de ciertos ni determinados precisamente se debe pagar al hijo su legítima, y por esta tiene parte indistintamente en todas y en cada cosa hereditaria, sin embargo no puede pedir parte en qualquiera por su legítima, ni elegir una ni muchas, porque ninguna ley le concede esta facultad, y ántes bien se debe dexar al arbitrio del Juez la aplicacion y solucion. (d)

5 Pero el Juez debe hacer la adjudicacion en una ó mas cosas íntegras á cada heredero, y á la viuda y viudo, si puede ser, y no dexarlas pro indiviso entre todos ó algunos, segun lo hacen neciamiente muchos partidores, para evitar que de su comunion se origine discordia entre ellos, como regularmente acontece, aplicando proporcionalmente á cada uno segun su haber de bueno, mediano y malo en todas clases y especies de bienes y deudas,

(a) Ley 47 tit. 3 P. 6. (b) Ley 9 tit. 15 P. 6. (c) Valasc. de Part. c. 18. n. 3. (d) Valasc. cap. 18 cit. nn. 3, 4 y 23.

cobrables, incobrables y dudosas, sean extraños los herederos ó hijos de un matrimonio, dos ó mas, para que ninguno experimente perjuicio. Lo mismo debe practicar el partidor, como que hace oficio de Juez, observando ámbos las catorce reglas que expuse en el lib. 1 cap. 2 un. 31, &c. y 45.

6 Así como el testador puede dividir su caudal entre sus herederos, puede tambien impedir, ó prohibir á éstos que le dividan, en cuyo caso si alguno de ellos pide se haga particion, y otro se opone, haciendo ver al Juez el mandato del testador, debe admitir la excepcion y deferir á la comunion; pero esto se limita en primer lugar, quando el coheredero es de genio altivo, ó hay alguna otra causa grave, por la qual no puede vivir en comunion con él, pues probada deferirá á la particion; y en segundo lugar, en la legítima de los hijos, porque el padre no puede imponerles este ni otro gravámen en ella, aunque sí en los demas bienes de que se le permite disponer. (a)

7 Regularmente hablando no puede ser compelido el padre á señalar ni entregar á sus hijos sus legítimas, (b) porque no se las debe hasta que muere, (c) lo qual procede, aunque los hijos esten presos y las necesiten para satisfacer la condenacion que se les impuso. (d) Lo propio milita en ellos respecto á su padre, porque son correlativos y las legítimas de ámbos siguen igual regla en esta parte. (e) Pero si quiere, puede entregar en vida á sus hijos las legítimas que despues de su muerte les habian de tocar, (f) aun quando estos lo resistan y no las quieran, porque el tiempo de la muerte para su tradicion se estableció en favor de los padres, y así pueden renunciar esta disposicion; (g) (1) bien que si la entrega les puede ser nociva;

(a) Guerrer. de Divis. lib. 1 cap. 1 n. 36. Ayor. part. 1 cap. 5 n. 14. (b) Tello ley 23 de Toro n. 11. (c) Authent. Novissima, y ley 6 Cod. de Inoffic. testam. (d) Menchac en la cit. Authent. Novissima. Ley 15 ff. de Inofficios. testamen. (e) Paul. Tell. n. 11 cit. (g) Menchac de Succession. creat. § 7 n. 10.

(1) Porque por favor de los padres el tiempo de su muerte es el de su obligacion á dar las legítimas, pueden entregarlas en vida á sus hijos; pero de aquí no se infiere que si rehusan percibirlas, se les podrá compeler á ello; y á la verdad yo no alcanzo, por qué razon

v. gr. por ser menores ó pródigos, no debe su padre hacérsela, pues tiene obligacion de evitar que se les cause ningun grave detrimento. (a)

8 Puede el padre revocar la particion que hizo entre sus hijos, aunque les haya entregado los bienes divididos, sino expresa que quiere sea irrevocable y dure perpetuamente, porque no se tiene por una donacion simple sino por una disposicion última que es revocable hasta la muerte, (b) y por tanto aquí no tiene lugar lo dispuesto en la ley 17 de Toro. Si dice que quiere sea irrevocable para siempre, se ha de distinguir: ó los hijos entre quienes se efectúa la particion, se hallan baxo de la patria potestad, ó no: si no se hallan por estar casados ó emancipados por su padre, ó por la ley, ó por rescripto del Soberano, no podrá revocarse, porque con la tradicion que les hace de los bienes, se les traspasa irrevocablemente el dominio de ellos: si se hallan, se podrá revocar, porque no se les transfiere su dominio, y es nula la donacion que sus padres les hacen estando en su poder. (c) Y si en esta particion no percibió algun hijo toda la legítima que le correspondia, segun los bienes que al tiempo de formalizarla tenia su padre, podrá repetir el residuo así de ellos como de los adquiridos ó aumentados posteriormente. (d)

9 De tal suerte valen la particion hecha por el padre entre sus hijos mayores, y la asignacion de bienes y tradicion que les hizo en vida de sus legítimas con la cláusula y juramento de que no habian de pretender mas de los paternos, aunque se aumentasen despues, renunciándolos expresamente; que multiplíquense ó disminúyanse, ni el hijo tendrá repeticion contra dichos bienes aumentados,

pueda precisársele á recibir semejante beneficio. Mas como el caso de resusar un hijo la legítima que le dé en vida su padre, es muy difícil que se ofrezca, no merece que me detenga en él.

(a) Valasc. de Partit. cap. 21 nn. 6, &c. y 10. (b) Ayor. part. 3 q. 10. Morquech. de Divis. bon. lib. 4 cap. 3 nn. 5 y 6. Góm. ley 17 de Toro n. 21 vers. Sed his non obstantibus. (c) Ley 3 tit. 4 P. 5. Valasc. de Partit. cap. 21 cit. nn. 13 y 14. (d) Tello ley 23 de Toro n. 13. Valasc. cap. 21 cit. n. 17.

ni el padre contra los dados al hijo, porque el juramento confirma y corrobora el pacto. (a)

10 Pero si no se hace pacto jurado de no pretender el suplemento de la legítima de los bienes que despues de la tradicion aumente el padre, aunque discuerdan los AA. acerca de si los hijos podrán ó no pedirle, la mas segura opinion es que pueden, y que aumentándose las facultades de su padre debe aumentarse tambien su legítima, porque esta se debe regular segun las que tenia al tiempo de su muerte unidas con las que tenia al tiempo de la particion. No obsta alegar que siendo esto así tendrá el hijo dos legítimas, una al tiempo de la particion y otra despues de la muerte de su padre, pues en el efecto no es mas que una entregada en dos tiempos y veces, porque la asignacion primera lleva la condicion tácita: con tal que los bienes paternos no se aumenten. (b)

11 Sobre si en la legítima de los hijos tendrá lugar el derecho de acrecer, debo sentar quatro casos. Primero. Si solamente los hijos son instituidos, no hay duda que tiene lugar, y así la parte que el uno repudie, se acrece igualmente á los demas. Segundo. Si son instituidos juntamente con algunos extraños, y todos los hijos repudian sus partes, ó faltan por algun motivo, tampoco la hay de que estas se acrecen á los extraños. (c) Tercero. Quando siendo instituidos juntamente con extraños repudia alguno de los hijos su legítima, ó no la percibe por otra causa, se acrecerá solamente á los hijos. Y quarto caso. Quando el hijo es exheredado justamente, se acrece á los demas hermanos su parte de herencia, y no quando se le exheredó injustamente.

(a) Palac. Rub. in Rubr. § 16 n. 16. Molin. de Primog. lib. 2 cap. 13 n. 5. (b) Valasc. de Partit. cap. 21 desde el n. 19 hasta el fin. Morquech. de Divis. lib. 4 cap. 5. (c) Gom. lib. 1 Var. cap. 10 n. 37. Larrea dec. 36 n. 11.

§. II.

De qué parte de sus bienes puede disponer el testador por su alma, ó á favor de quien quisiere en perjuicio de sus descendientes legítimos, y de donde se deben deducir los gastos de su funeral y misas.

12 Sin embargo de lo ordenado en dos leyes del Fuero Real (*a*) no pueden los ascendientes de estos reynos de Castilla teniendo descendientes legítimos disponer en perjuicio de estos por su alma, ó á favor de extraño, ni en otra cosa, de mas que de un quinto de sus bienes libres en vida y muerte. Así lo dispone la ley 28 de Toro (*b*) que dice: "La ley del Fuero, que permite que el que tuviere fijo, ó descendiente legítimo, pueda hacer donacion hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, y la otra ley del Fuero, que asimismo permite que puedan mandar teniendo hijos, ó descendientes legítimos al tiempo de su muerte, la quinta parte de sus bienes: se entienda, y platique que por virtud de la una ley, y de la otra no pueda mandar el padre, ni la madre á ninguno de sus hijos, ni descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida, y en muerte." Y esto procede, tenga el testador hijos vivos, ó solamente un póstumo. Es verdad que Ayora dice (*c*) que puede disponer de la quarta parte, quando dexa solamente un póstumo, fundándose en una ley del Fuero Real; (*d*) pero no debe seguirse su dictámen: en primer lugar, porque estas leyes únicamente deben tenerse por tales donde son usadas y guardadas, como lo manda la primera de Toro, y la citada no está en uso, el qual para que tenga lugar en algun pueblo, debe probar como fundamento de su intencion quien la alega, porque se afianza en un hecho y afirmativa probable, (*e*) como sucede en Ciudad Rodri-

(*a*) Las 9 t. 5 de legados y 7 t. 12 de donationes lib. 3. (*b*) Es la 12 t. 6 lib. 5 R. (*c*) Part. 2 q. 1. (*d*) La 3 t. 12 lib. 3 verb. E si el marido muriere. (*e*) Greg. Lóp. ley 42 tit. 13 P. 5 y en la 18 tit. 15 P. 7. Gutier. lug. cit. q. 93 nn. 2, 3 y 4.

go y en otros lugares confinantes con el reyno de Portugal que en esta parte se gobiernan por ella; y en segundo lugar, porque el póstumo en todo lo concerniente á su utilidad se conceptúa nacido, (a) y así su padre está obligado á instituirle heredero sin diminucion de su legítima.

13 Haciendo el padre en vida algunas donaciones pequeñas atendidas sus facultades, v. gr. á pobres, parientes, criados, &c. no se debe, segun resuelven los AA. computar su importe en parte del quinto, especialmente si hay costumbre de que no se haga mérito de ellas, como regularmente acontece: porque lo poco se reputa por nada, y porque de lo contrario se atarian demasiado las manos al padre dueño de sus bienes, y aun se le retraeria de adquirir con mayor perjuicio de sus hijos; pues esto no se debe reputar prodigalidad ni liberalidad sino necesidad, y no se debe presumir del padre que lo hace con ánimo de perjudicarles, que es lo que principalmente se atiende en la computacion de las donaciones, sino por piedad y en cumplimiento de la obligacion que tiene de dar limosna, pudiendo; ademas de que no hay ley que se lo prohiba; pero si dichas donaciones importan una cantidad considerable, se computarán en el quinto, porque lo mismo se debe juzgar de muchas donaciones pequeñas hechas en varias veces que equivalen á una grande, que de una sola que lo sea, porque en este caso se grava sobremanera la legítima de los hijos; (b) lo qual deberá graduar el Juez docto y prudente, atendidos los haberes del donante y demas circunstancias.

14 Donando el testador un quinto á un descendiente legítimo y legando otro á otro descendiente, valdrán ámbos quintos, sino dispone del tercio; porque si tienen facultad para mejorar á algunos de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres, mejor podrá mejorarlos en este que importa ménos que aquel; y así se conceptúa que uno de los dos quintos es parte del tercio, y que sin embargo de poder dexársele no quiere sino solamente el quinto

(a) Leyes 3 tit. 23 P. 4 y 20 tit. 1 P. 6. (b) Gutier. lib. 2 Pract. q. 62. Marieaz. ley 12 tit. 6 lib. 5 R. gl. 3 nu. 2 y 3. Ayor. p. 2 q. 35.

que es ménos, de suerte que la prohibicion de la ley 28 acerca de los dos quintos se entiende absolutamente por lo respectivo á extraños y á su alma, y por lo concerniente á los descendientes legítimos, quando mejora á alguno en el tercio y quinto, en cuyo caso no puede haber mas de un quinto; mas no, quando no dispone del tercio, porque entónces el quinto es parte de este. (a)

15 Lo mismo procede y se debe observar, quando dexa un quinto por su alma, ó á favor de extraño, y otro á un descendiente legítimo, porque el de este es tambien parte del tercio y el de aquel verdadero quinto de su hacienda; como tambien quando dexa el tercio á extraño ó á un ascendiente teniendo descendientes legítimos, pues se reducirá al quinto, y como tal valdrá hasta en su importe y no mas, mediante á que testando entre descendientes legítimos no puede valer en el todo, y á que en lo divisible no se vicia lo útil por lo inútil. (b)

16 Se duda, si teniendo el padre, madre ó ascendiente cinco, ó mas hijos, ó descendientes legítimos, podrán disponer del quinto entero á favor de un hijo natural ó espurio, ó de un extraño, ó por su alma. Algunos AA. dicen que no, fundándose en que el ilegítimo y el extraño serian de mejor condicion que los legítimos, porque llevaban mayor porcion, y por consiguiente se gravaba á estos en su legítima; (c) pero no obstante yo tengo por cierta la opinion afirmativa: en primer lugar, porque ni la ley 28 de Toro, ni otra alguna distinguen de si los hijos han de ser dos, quatro, cinco, ó mas, aunque los Legisladores no ignoraban que los padres podian tenerlos; y así por no haberlo expresado, no se entiende excluido ni exceptuado este caso; pues quando la ley habla generalmente y no distingue, debe entenderse generalmente y no debemos distinguir; y en segundo lugar, porque seria demasiado violento limitar y minorar el quinto en el caso de que tuviese cinco ó mas hijos el testador que es dueño de todos sus bienes y puede

(a) Tello ley 28 de Toro n. 1. Ayora part. 2 q. 8. (b) Ley 7 tit. 12 lib. 3 del Fuero. Cifuent. en la 18 de Toro n. 7. (c) Escobar comput. 3 y otros que cita.

enagenarlos en vida, sin que sus hijos se lo puedan impedir, mayormente quando de hacer lo dicho se le podia entibiar el ánimo de adquirir. No obsta alegar que los legítimos serian de peor condicion que el ilegítimo, ó extraño; porque aquellos llevan las quatro partes enteras de los bienes de sus padres que la ley les señala por legítima, y el que sean cinco ó mas, y pueda por esta causa el ilegítimo ó extraño percibir mayor porcion que cada hijo, es una casualidad que no debe alterar la disposicion general, ni quitar las facultades que la ley da á los padres. (r) Tampoco obsta alegar que son gravados en sus legítimas, pues no es así, porque perciben todo lo que el derecho les concede, y el padre en usar del suyo á nadie grava ni injuria. (a)

17 Si teniendo descendientes legítimos el testador dispusiere de dos quintos entre extraños, para saber quál de los dos valdrá, se debe distinguir. Si la disposicion primera fué irrevocable, será preferida, por no poderla revocar la segunda, (b) háyase hecho la primera donacion de qüota, ó de cosa ó cantidad cierta, pues en uno y otro caso versa igual razon, por lo que con las primeras donaciones irrevocables se completará el quinto, y se revocarán solamente las últimas como inoficiosas. (c) Si las disposiciones fueron revocables, háyanse hecho como legado ó como donacion revocable que por confirmarse con la muerte surte efecto de legado, se han de distinguir tres casos. El primero es, quando aquellas se hicieron como qüota del quinto, en cuyo caso los legatarios y donatarios serán conjuntos en este; y en ellos tendrá lugar todo lo que en los conjuntos reales, ó en la cosa, á ménos que de la voluntad del donante aparezca lo contrario, esto es, que nada perciba el prime-

(r) Tambien es una casualidad que en dicho caso dexe el padre el quinto de su caudal solamente á un hijo ilegítimo, ó á un extraño, porque puede distribuirle entre muchas personas, y entónces ninguna de estas será mas favorecida que cada uno de los hijos legítimos.

(a) Gutier. lib. 2 cit. q. 107. Matienz. ley 7 glos. 4 n. 5 y en la 9 glos. 1 n. 6 al fin tit. 8 lib. 5 R. (b) Tello ley 25 de Toro n. 1 vers. Ulterius. (c) Angul. ley 12 t. 6 lib. 5 R. nn. 5 y 6.

ro sino todo el segundo. (*a*) Pero si en las disposiciones se habló de qüotas diferentes, y ámbas menores que el quinto, v. gr. dexando á uno este y á otro la sexta parte, ó á uno la quarta y á otro la séptima, &c. se prorateará el quinto entre todos. El segundo caso es, quando una disposicion fué acerca del quinto como qüota, y la otra acerca de cierta especie ó cantidad, y entónces la de cierta especie ó cantidad disminuirá la del quinto: lo primero, porque siempre se entiende dexado sin perjuicio de otras mandas que se hayan de deducir de él, y lo segundo, porque aunque se dexe simplemente como legado genérico, se disminuirá por el específico, pues siempre le deroga y disminuye. (*b*) Y el tercer caso es, quando todos fueron favorecidos igualmente en las disposiciones hechas de cantidad, ó cosa cierta, en cuyo caso se disminuirán los legados ó donaciones confirmadas con la muerte hasta en el valor del quinto. (*c*)

18 Si el testador lega á un hijo suyo el quinto de sus bienes, y en otra cláusula dice despues que lega á otro hijo que nombra, el mismo quinto que legó al primero, ni se revocará este, ni habrá dos quintos sino uno para entrámbos legatarios, y así concurrirán á su percibo con igualdad, (*d*) sino es que el testador mande otra cosa, ó se colija de su voluntad.

19 Gastos funerales se llaman los que se expenden en el entierro del cadáver, y estos deben ser moderados, atendidas las circunstancias y facultades del difunto; (*e*) pues si son excesivos y se hacen por vanidad, como si manda que se le haga algun mauseolo ó monumento, ú otras cosas semejantes, no siendo quantioso y proporcionado para ello su patrimonio, no se debe cumplir su voluntad. (*f*) Los gastos funerales se deben deducir del

(*a*) Ley 33 ff. de Legat. 1. (*b*) Cifuent. ley 30 de Toro n. fin. (*c*) Castill. ley 29 de Toro n. 32. Angul. en la 12 cit. nn. 7, &c. y 11. (*d*) Palac. Rub. ley 26 de Toro n. 21. Morquech. de Divis. lib. 3 cap. 9 n. 26. (*e*) Ley 12 tit. 13 P. 1. (*f*) Leyes 69 §. ult. de Leg. 1. últim. §. fin. ff. de Auro et argent. legat. y 14 §. 6 de Relig. et sumptib. fun.

quinto de su hacienda teniendo descendientes legítimos, como lo ordena la ley 30 de Toro que es la final tit. 6 lib. 5 R. y dice: "La cera, misas y gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario." Si manda expender ménos de lo justo y equitativo, debe observarse su voluntad, y si se expendiere mas que lo que señaló, se sacará del cuerpo de su hacienda y no del quinto. (*a*) Tambien se deben baxar de este los gastos ó derechos de visitar el testamento, aunque la ley no habla de ellos, porque como accesorios siguen la naturaleza de los del funeral y misas; y una vez que se utiliza del quinto el sugeto á quien se lega, y que es de su obligacion satisfacer las mandas, misas y funeral, debe serlo igualmente acreditar al Juez Eclesiástico el cumplimiento de todo lo pio que le ordenó el testador, y pagar por consiguiente los que se causen en declarar que cumplió su voluntad, pues es visto que este le gravó con su satisfaccion; y así lo he practicado y se ha aprobado judicialmente. Pero los de la misa de novenario y cabo de año que los herederos hagan por sí, deben pagarlos y no han de sacarse del quinto, porque los hacen por su voluntad, y no son concernientes al entierro, ni la ley inserta habla de ellos, excepto que el testador mande hacerlos, en cuyo caso se tendrán por funerarios y se deducirán del quinto.

20 Si consta que un ascendiente teniendo descendientes legítimos mandó celebrar en vida algunas misas, parece que debe deducirse su importe del cuerpo del caudal y no del quinto como el de las dexadas en disposicion última: lo uno, porque es gasto hecho en vida, y cada uno como dueño de sus bienes puede expenderlos y hacer lo que quiera de ellos: lo otro, porque si los hijos, á quienes su padre redimió de cautiverio, no estan obligados á colacionar con sus hermanos lo ex-

(*a*) Tello Fern. ley 30 de Toro nn. 8 y 9. Matienz. en la 13 tit. 6 lib. 5 R. gl. 2 n. 6.

pendido en su rescate, como se dirá en el cap. 3 de este libro n. 52, ni se imputará á su padre en el quinto, por ser obra de piedad; mucho mas justo y pio es que no se impute en él lo que expendió en beneficio de su alma ó de la de sus difuntos; y lo otro, porque una vez que la ley 30 de Toro que prefine de donde se deben sacar los gastos funerarios, incluye entre ellos las misas, es visto hablar de las que el testador dexa mandadas en su última disposicion y no de las celebradas en su vida; ó que por haberse consumido el importe de su limosna y no estar en su caudal, no se debe hacer mérito de ellas. Pero sin embargo diré que siendo crecido el gasto hecho en la celebracion de misas se debe deducir del quinto: en primer lugar, porque el testador que tiene descendientes legítimos, no puede gastar, dar ni disponer por su alma, ni á favor de otro de mas que del quinto en vida y muerte, por prohibírselo expresamente la ley 28 de Toro: en segundo lugar, porque de la propia clase son las misas celebradas en vida que las mandadas celebrar para despues de la muerte, y todas sirven igualmente de sufragio á quien las manda decir, ó á la persona á quien quiere aliviar, en cuya atencion se debe hacer de las unas el mismo juicio que de las otras sin atender al tiempo en que se celebran; y en tercer lugar, porque la citada ley 30 habla indistinta y generalmente, y los que la establecieron, aunque no ignoraban que muchos hacen en vida y aun asisten á sus exêquias, léjos de exceptuar el caso de que se habla, ordenaron que aun quando el testador mande lo contrario, se deduzcan del quinto; por lo que á vista de prohibicion tan clara, absoluta y terminante no debemos exceptuarle, mayormente no habiendo razon poderosa para ello, y estando resuelto que la ley que habla con generalidad, se debe entender con la misma, aunque en un caso milite mayor razon que en otro, y que mediante á no poder haber leyes para todos (1) se

(1) Aunque no se puedan establecer leyes para todos los casos, pueden crearse leyes que sin hablar de ellos ó proponerlos los com-

decidan los que no esten expresamente decididos, por las que determinan los que regularmente acontecen, pues es visto estar comprehendidos en ellas, (*a*) á cuya consequëncia la ley 30 no tuvo necesidad de especificar el presente, y como regularmente se mandan decir las misas para despues de la muerte, las incluyó por esto entre los gastos funerarios; de suerte que el practicar lo contrario será contravenir á ella y á la 28, perjudicar gravemente á los herederos legítimos, y dar al testador mas facultad que la que le conceden. Por tanto, si la cantidad expendida en vida por el difunto es considerable atendido su caudal, lo que debe regular el Juez, se ha de baxar é imputar en el quinto, dexe ó no misas en su última disposicion, para que sus descendientes no sean perjudicados en sus legítimas, agregándola al cuerpo de hacienda, como si realmente exístiera, deduciéndola luego del quinto, como si mandara celebrar las misas en su testamento, y aplicándola en vacío como gastada al legatario de él, si le hubiere; y si los gastos de misas dichas en vida y los de su funeral excedieren al importe del quinto, se quedarán sin cosa alguna los legatarios, y los descendientes pagarán el exceso que se les desfalcará de sus legítimas, como consumido, haciendo la cuenta de que este ménos caudal dexó su ascendiente. Pero si la cantidad expendida fuere corta, no se debe hacer aprecio de ella por las razones expuestas en el n. 13. Y si constare haberse expendido por via de restitucion, como suelen tener que hacerla algunos traficantes que no hacen memoria de los intereses excesivos que llevaron, ni á quienes perjudicaron, tampoco se de-

prehendan y abracen todos: quiero decir; leyes que establezcan principios sólidos y reglas generales bien meditadas, por las quales se decidan quantos casos ocurran, y así debieran ser todas las leyes, prohibiéndose por otra parte toda interpretacion, pues yo estoy persuadido enteramente con los buenos políticos de que los inconvenientes que resulten de seguir lo literal de semejantes leyes, son mucho menores que los que ocasiona la funesta libertad de buscar el espíritu de la ley; espíritu que varia segun el modo de pensar ó los caprichos de cada uno.

(*a*) Leyes 3, 4, 5, 8, 10 y 12 ff. de Legib.

be hacer aprecio de su importe, porque este no era caudal suyo, ni se debió inventariar. Tendrá presente todo esto el partidor, pues así lo resolví y se aprobó en la particion que hice de los bienes de Manuela Redondo en el año de 1788 por la escribanía numeraria de esta villa que exerce Don Joseph Perez del Haya; y los AA. no tocaron, como debieron, este punto con la solidez y distincion que exîge, dando lugar á que muchos titubeen y cometan absurdos en su resolucion.

21 Careciendo el testador de descendientes legítimos, y testando entre extraños ó parientes se deben deducir todos los referidos gastos del cuerpo de su propio caudal, no mandando expresamente lo contrario, por ser visto que quiso gravarlos con ellos á proporcion de su haber. (*a*) Igualmente se deben baxar de él (aunque tenga descendientes, si no ordena otra cosa) los derechos de la apertura, publicacion y reduccion á escritura pública de su testamento y codicilo cerrados, y copia original que se saque de ellos, y los del nuncupativo que haga el comisario en virtud de su poder: lo primero, porque de ninguno de ellos habla la ley inserta, y así no se pueden considerar comprehendidos en ella: y lo segundo, porque no son concernientes al entierro sino á saber su voluntad para cumplirla, lo qual incumbe principalmente á sus herederos y no al legatario del quinto solo. Así lo he practicado y se ha aprobado judicialmente, y lo prevengo al partidor, porque no tocan los AA. este punto y muchos por esta causa dudan en él.

22 Pero haya dexado ó no descendientes legítimos el testador, y por no tenerlos instituido á extraños, ó teniéndolos, á ellos mismos, nunca se deben deducir los gastos funerarios del cuerpo del caudal inventariado, ni de el de los gananciales, si dexó muger, ó esta marido: en primer lugar, porque teniendo bienes qualquiera de

(*a*) Gutier. lib. 2. Pract. q. 70 y 72 n. 6. Covar. in cap. Raynaldus de Testament. §. 3 n. 2 vers. Sed, et eadem.

los cónyuges, debe enterrarse y han de hacérsele los sufragios á su costa, por ser deuda suya contraida por el hecho de nacer; y en segundo lugar, porque con deducirse de los gananciales se perjudica al otro cónyuge en la mitad, y no siendo, como no es, deuda contraida constante el matrimonio con motivo de la sociedad conyugal, no se debe deducir de ellos, como quando lo es. No obsta decir que los gastos funerarios son preferidos á todas las deudas que el difunto contraxo miéntras vivió, y que así con mayor razon se deben baxar de los gananciales, pues esto se entiende, quando no tiene bienes suficientes propios para reintegrar á todos sus acreedores, y disputan sobre prelacion, en cuyo caso es forzoso que se gradúen por el tiempo y por el privilegio; mas no en el presente en que se trata de perjuicio de tercero que no es deudor ni está obligado, y el que lo es, tiene bienes bastantes no solo para costear los referidos gastos sino tambien para que se le herede. Tendrálo presente el partidor, pues muchos ignorantes practican lo contrario, y en el modo de hacer esta y otras deducciones causan imponderables perjuicios á los interesados en las herencias.

23 Si la herencia fuere tan corta ó de tan poco valor que no alcance su quinto para los precisos é indispensables gastos funerarios, los pagarán los herederos legítimos de sus legítimas y no el otro cónyuge, por ser preferidos á estas, á la mejora y á todas las deudas del difunto, y porque aquel no está obligado á enterrarle, quando tiene con que pagarlos, en cuyo caso serán nulos enteramente los legados que haya hecho á extraños, no la mejora del tercio dexada á alguno de sus descendientes, pues pagará este tambien á proporcion de su haber lo que falte para el cumplimiento de dichos gastos. La cuenta se hace separando el importe del quinto, baxando el exceso de ellos del residuo de la herencia, deduciendo de lo que quede la mejora, y luego partiendo el remanente como legítimas entre los herederos, con lo qual satisface cada uno á prorata el exceso de los gas-

tos del quinto; ó baxándolos todos del cuerpo del caudal líquido del difunto, y con esto hay ménos cuentas y números que hacer.

24 Legando el testador en testamento, ó en otra disposicion última dos quintos á dos hijos ó descendientes suyos, valdrán, y aunque parece que los gastos funerarios se deducirán del segundo quinto con los legados, porque el nombrado primero se conceptúa mas predilecto, y como tal el quinto que le legó, se ha de reputar parte de tercio; lo cierto es que de ámbos quintos deberán deducirse los expresados gastos y los legados por mitad, en quanto quepan, y no excedan de la quinta parte líquida del caudal del testador, porque siempre se presume que el afecto del padre á sus hijos es igual, y que quiso guardar igualdad entre ellos: ademas de que en duda la condicion puesta al uno se entiende repetida en la persona del otro, por lo que habiéndoles dexado en una misma disposicion igual porcion, es visto haber querido que sufriesen igualmente el gravámen. Lo propio milita, quando en un contrato les dona los dos quintos, pues hay la misma razon. (a)

25 Si teniendo el testador descendientes legítimos lega el usufructo del quinto á su muger, ó á un extraño, y á sus descendientes la propiedad de los bienes que le importan, pagarán estos los gastos de su funeral, misas y legados específicos que hizo, y no el usufructuario del quinto: porque como su usufructo no equivale á la propiedad, si grava al usufructuario con la satisfaccion de ellos y vive poco tiempo, tendrá que suplirlos de su propio caudal y en vez de ser beneficiado, segun quiso el testador, será perjudicado. (b)

26 Instituyendo herederos el testador á sus hermanos por no tenerlos forzosos, dexando el quinto de sus bienes á un hijo natural, ó espurio, haciendo algunos legados, y mandando que los paguen sus herederos, ó no disponiendo cosa alguna acerca de ellos ni de su fu-

(a) Morquech. de Divis. lib. 3 c. 9 nn. 17, &c. y 25. (b) Bayo Prax. Eccles. et Secular. part. 3 lib. 2 q. 21.

neral; parece que se deben deducir del quinto los legados y gastos funerarios segun la ley 30 de Toro; pero no obstante, siendo genéricos los legados los deberán satisfacer los herederos y no el hijo legatario del quinto, porque dicha ley se entiende, segun se ha sentado, quando los herederos son descendientes legítimos, en cuyo perjuicio solo puede el testador disponer del quinto, no quando no lo son, pues entónces el hijo natural es capaz de heredarlo todo, queriendo dexárselo el testador segun la ley 10 de Toro, y de justicia se le deben los alimentos; en cuya atencion únicamente se deducirán del quinto los legados específicos, porque estos en quanto á su importe derogan el legado general de aquel, (1) y los genéricos, y gastos de funeral y misas serán de cuenta de los herederos. Y las deudas del testador se han de baxar ante todas cosas en todos casos del cuerpo de su caudal, porque hasta que se deduce y separa todo su importe, no hay herencia, legados, ni quinto, excepto que mande lo contrario, (*a*) si tiene para pagar y dexar que heredar, en cuyo caso será visto, quiere que el quinto sea mayor, que del residuo del caudal paguen los herederos sus deudas, y que su herencia sea menor.

27 Si el padre condenado en vida por sentencia á dar alimentos á un hijo natural, miéntras viviese, dexase hijos legítimos, y á uno de estos, ó á un extraño legase el quinto, ó dispusiese de él por su alma; podria decirse que del cuerpo de su caudal se han de deducir dichos alimentos, sean los necesarios, ó la cantidad asignada en la sentencia, por ser deuda contra la herencia; mas sin embargo debe pagarlos el legatario del quinto, y de él han de deducirse así los dados al hijo en vida

(1) No hay razon de diferencia en el caso propuesto entre los legados genéricos y específicos, pues el fundamento porque los hermanos deben satisfacer los primeros despues de deducido el quinto, tiene tambien lugar respecto á los segundos, y así no se deducirán de este, ni se derogarán, como dice el autor siguiendo á Ayora. Quales sean legados genéricos y específicos, se dice en el n. 153 y su nota cap. 1 P. 1.

(*a*) Ayor. de Partit. part. 2 q. 6.

de su padre como los que se le den despues de muerto; porque todo lo demas es legítima de los hijos legítimos, la qual no debe gravarse, como deduciéndose del cuerpo del caudal se gravaria; pues aunque el padre contraxo esta obligacion en vida, como la condenacion ó sentencia no muda la causa del débito que es la de alimentos, y el hijo natural, habiéndolos legítimos, debe ser alimentado del quinto, y no de las legítimas de estos, ni tiene derecho á mas segun las leyes 9 y 10 de Toro: por esto se ha de atender á la causa que motiva su deduccion que son los alimentos. (*a*)

28 Haciendo el padre donacion de un quinto en contrato irrevocable á un hijo, y de otro en disposicion última á otro hijo, parece que deben deducirse del segundo los legados, misas y gastos funerarios, aunque el padre mande que se deduzcan del primero, segun afirma Ayora (*b*) fundándose en que el donante no puede sin consentimiento del donatario imponer condicion ni gravámen en la donacion pura é irrevocable despues de hecha: en que el primer quinto, atendida la qualidad de las personas, se entiende haber sido donado en lugar del tercio, no constando expresamente lo contrario de la voluntad del donante, quien así como le donó á su descendiente, pudo haberle donado la quarta, tercera, ó sexta parte; y en que no entendiéndose de esta manera se gravaria demasiado, porque se privaba de la facultad de testar y legar, la que es visto haberse reservado para el tiempo de ordenar su testamento como mas propio y adequado, disponiendo en uso de ella del segundo quinto, único patrimonio suyo libre que teniendo descendientes legítimos le concede la ley 28 de Toro, del qual manda la 30 se deduzcan. Del mismo dictámen son Gutierrez (*c*) y Acevedo. (*d*) No obstante es de contrario sentir Morquecho, (*e*) á quien yo seguí en la I. P. c. 1 núm. 123, añadiendo que los legados serian ineficaces. Pero habiendo reflexionado mejor me inclino á la opi-

(*a*) Ayor. part. 2 cit. q. 14 nn. 15 y 16. (*b*) Part. 2 q. 9. (*c*) Lib. 5 pract. q. 19. (*d*) Ley 12 t. 6 lib. 5 R. n. 3. (*e*) De divis. bon. lib. 3 cap. 9 nn. 3, &c. y 15.

nion de Ayora, no por la razon de que el testador quedaria intestable, pues aunque no haya mas que un quinto, y le entregue irrevocablemente en vida al legatario, siempre se revoca en quanto al funeral, como el mismo Ayora sienta en la qüestion 14; y no se llama intestable el que puede disponer de sus bienes, aun quando sea solamente entre ciertas personas; (*a*) sino por las demas que expone, y porque por el hecho de hacer legados en su última disposicion, y no ignorar que habiendo descendientes se deben deducir del quinto, y que el primero como irrevocable no puede gravarse en nada despues de la tradicion, ni revocarse mas que en lo tocante al funeral; como ni tampoco que puede mejorar en el tercio á qualquiera de sus descendientes: es visto haber querido usar de la facultad que le concede la ley, y por consiguiente, que el primero se reputase parte de tercio, y el segundo quinto verdadero; bien que si quando hizo la donacion, mandó que de su quinto se deduxese todo, como pudo hacerlo, se deducirá de él y no del segundo, estimándose este parte de tercio y no verdadero quinto.

29 Si el testador dispuso del quinto en donacion, ú otro contrato irrevocable á favor de hijo suyo, ó de extraño, ó hizo alguna donacion que segun la ley 26 de Toro deba imputarse en el quinto, se duda por no expresarlo la ley, de donde se han de sacar los gastos necesari os de su funeral y misas, y los legados: si del quinto donado irrevocablemente, ó del cuerpo de la hacienda del donante, para cuya perfecta inteligencia deben suponerse dos casos. El primero es, quando la cosa donada no se entregó al donatario, y entónces se deben baxar del quinto los gastos funerarios, ya porque el donatario es acreedor, y aquellos se prefieren segun derecho á todos los acreedores, por privilegiados que sean; (*b*) y ya porque el difunto no dexó mas bienes, puesto que los demas son legítima de sus hijos que no puede gravarse. (*c*) El se-

(*a*) Morquech. lug. cit. cap. 6 n. 77. (*b*) Leyes 12 tit. 13 P. 1 y 30 al fin tit. 13 P. 5. (*c*) Tell. ley 30 de Toro n. 1.

gundo caso es, quando se le entregó el quinto, y aunque parece que entónces se deberán deducir las expensas funerarias de los bienes del difunto, porque una vez que el quinto se ha donado irrevocablemente en vida y entregado su importe al donatario, se hizo del patrimonio de este, y no conserva ya el nombre, ni surte efecto de quinto; como tambien porque la donacion perfecta no puede revocarse por ninguna razon sin causa legal, ni aun por las referidas expensas, pues estas se equiparan á los legados gratuitos, los quales es constante que no revocan la donacion válida precedente; es cierto no obstante que aquellas se deben deducir del quinto y no de los demas bienes, así como quando no se entregó al donatario: en primer lugar, porque los pactos privados no pueden prevalecer ó derogar las leyes, y como segun la 30 de Toro se han de sacar del quinto y no del cuerpo de la hacienda dichos gastos, aunque el testador mande lo contrario, debe satisfacerlos el legatario del quinto habiendo descendientes, ya se le legue, ya se le done y entregue irrevocablemente, pues la ley no distingue: en segundo lugar, porque el donatario posee los bienes con este gravámen que les impone la ley en qualquiera parte que se hallen; y en tercer lugar, porque si el acreedor por contrato oneroso le sufre, puesto que su crédito se pospone á los expresados gastos, con mayor razon debe sufrirle el que lo es por contrato lucrativo.

30 Aunque este donatario, ó legatario extraño á quien se entregó el quinto, esté obligado á la satisfaccion de los gastos funerarios, puede compeler el Juez por algun motivo justo á los herederos extraños á suplirlos en el interin, para que no se dilate el dar sepultura al cadáver; (*a*) y si lo hiciesen, tienen accion á repetirlos luego del donatario; (*b*) mas habiéndolos hecho espontaneamente sin preceder el apremio no podrán repetirlos, porque es visto haberlos hecho por piedad, excepto que protesten su repeticion. (*c*) Los herederos legítimos, aun

(*a*) Ley 49 ff. Familiæ erciscund. (*b*) Arg. ley 14 y ley 17 ff. de Religios. et sumptib. funer. (*c*) Ley 12 tit. 13 P. 1.

quando los suplan sin ser compulsos ni hacer protesta, podrán exígirlos del donatario, pues en duda se presume haberlos suplido con este ánimo, mediante á que no es de creer quisiesen consentir en la lesion ó diminucion de sus legítimas. (1)

31 En órden á las misas, aniversarios, limosnas, legados y demas que el testador haya mandado distribuir teniendo descendientes legítimos, parece que el donatario á quien entregó irrevocablemente el quinto en vida, estará obligado á pagar su importe, respecto á que aun quando le haya entregado la posesion de los bienes, le puede revocar, porque la irrevocabilidad de que en el caso de entrega de posesion habla la ley 17 de Toro, se limita expresamente al tercio, por no hacer mencion del quinto. (*a*) Pero no obstante digo que si precedió causa onerosa con tercero y entrega de los bienes del quinto al donatario, no podrá el testador revocarle ni disponer de mas que de lo correspondiente á un funeral moderado, misas y descargos de su conciencia, con lo qual no queda intestable; y en quanto á los legados y demas cosas será ineficaz su voluntad: lo primero, porque le obstan la donacion y entrega, y la causa onerosa para hacerla: lo segundo, porque los legados voluntarios y donacion posterior no revocan la irrevocable precedente, por haberse acabado la facultad del donante, y no poder en perjuicio del donatario hacer mas ni ménos de lo que habia hecho, á diferencia de los gastos expresados, en los quales siempre se entiende revocado el quinto, porque se interesa en ello el público, son preferidos á todos los créditos, y de lo contrario quedaria intestable: lo ter-

(1) Mas que en los herederos extraños es de creer en los legítimos que á causa de su parentesco con el difunto y del afecto que es regular le profesasen, hagan los gastos funerarios por piedad: fuera de que se interesa en hacerlos el honor ó pundonor de ellos. Y si de los herederos legítimos se puede decir que no es presumible quisiesen consentir en la lesion ó diminucion de sus legítimas, tambien podrá decirse de los herederos extraños que no es de presumir consintiesen en la diminucion de sus partes hereditarias haciendo unos gastos que no les pertenecian.

(*a*) Otras razones dan algunos AA. que expondré en el c. sig. n. 67.

cero, porque le obsta tambien la legítima de los hijos que no se puede gravar en cosa alguna; (*a*) y lo quarto, porque aunque es cierto que la ley 17 de Toro dice que el mejorante puede hacer irrevocable el tercio, dexando en silencio el quinto, no prohibe, ni otra alguna tampoco que el mejorante pueda hacerle irrevocable, por lo que lo será excepto en dichos gastos, pues lo que la ley no prohibe, se entiende permitido, y así del silencio de la ley no se deduce imposibilidad ni prohibicion de hacer irrevocable el quinto en la forma expuesta. Si no medió causa onerosa con tercero, podrá revocarle en el todo.

32 Si el padre mejoró en el tercio y quinto de sus bienes á un hijo, y despues edificó, ó compró una capilla para su entierro y el de su familia, dotándola con renta, y con el cargo de que anual y perpetuamente se celebrase en ella cierto número de misas, señalando y aplicando bienes para esta renta, debe distinguirse sobre si se han de deducir del quinto, ó del cuerpo de la herencia los gastos de la capilla y carga de misas. Se sacarán del segundo los gastos que el padre hizo en edificar, ó comprar la capilla y sus ornamentos, si no estan satisfechos, porque no son gastos funerarios, y porque el padre puede enagenar todos sus bienes en vida por título oneroso y consumirlos, aunque sus hijos lo resistan y nada les quede que heredar, sin estar obligado á comprar cosa útil y fructífera que aumente su patrimonio, por bastar que sea honorífica; y solo podrán quejarse caso que la enagenacion haya sido por título lucrativo; pues de lo contrario se seguiria que tampoco podria comprar el oficio de Regidor, ni otro público que es honorífico y ninguna utilidad produce; pero la renta de la capellanía para la celebracion de misas se deducirá del quinto, porque es un legado pio, y como las expensas que se hacen en ello, conducen para el bien del alma, segun la ley 30 de Toro se deben sacar del quinto. (*b*)

33 Legando el testador á su muger, ó á un hijo el

(*a*) Angul. dicha ley 1 glos. 3 n. 8. Matienz. en ella glos. 2.
(*b*) Ayor. de Partit. part. 3 n. 23.

quinto de sus bienes y consignándosele en cierto fundo que le valia, dice Ayora (*a*) que el legatario no llevará el fundo íntegro, ni todos los frutos que durante la comunion de la herencia produxo, sino que se deben baxar primero de él los gastos del funeral, misas, y legados pios y graciosos, y que el residuo será lo que se le aplique en el fundo, llevando á proporcion los frutos que este residuo haya producido, aunque el legatario del quinto quiera pagarlo todo de sus bienes. Mas esta opinion me desagrada respecto á este último punto, porque habiéndole señalado el testador el quinto, como pudo señalársele, se le transfirió su dominio incontinente que falleció, y desde entónces le tocan los frutos que produxo, por ser legado específico, (*b*) en cuya atencion solo me adhiero á su dictámen en el caso de que los herederos satisfagan de sus bienes los mencionados gastos, en el qual se le aplicará el resto en el fundo, no pagandóselos el legatario, y á proporcion llevará los frutos ó rentas que durante la comunion haya redituado, porque los herederos carecieron de su dinero en todo este tiempo sin haber tenido obligacion de suplirle por el legatario, y será justo que se compensen.

§. III.

Qué puede dexar el testador á sus descendientes ilegítimos, tenga ó no ascendientes ó descendientes legítimos.

34 Hay dos especies de hijos ilegítimos, á saber, naturales y espurios: los primeros son aquellos cuyos padres al tiempo de la concepcion ó al del nacimiento estan hábiles para contraer matrimonio sin dispensa, vivan ó no juntos en una misma casa, como si estuvieran casados, y sea ó no la muger una sola, con tal que si el padre no la tiene en su casa, los reconozca por hijos. Así lo dispone la ley 11 de Toro (*c*) que dice: "I porque no

(*a*) Part. 1 c. 6 n. fin. (*b*) Leyes 34 y 48 tit. 6 P. 6. (*c*) Es la 9 tit. 8 lib. 5 R.

se pueda dudar quáles son hijos naturales, ordenamos, i mandamos que entónces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nascieren, ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo uvo en su casa, ni sea una sola; cá concurriendo en el hijo las qualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural."

35 Por tanto, si alguno tiene en su casa una sola concubina, se presumen ser suyos los hijos que pára, aunque él no los reconozca por tales: (*a*) si tiene fuera de su casa una concubina, con la qual se dice públicamente, está distraido, y en ella procrea hijos, no se deben estimar por naturales para cosa alguna, excepto que su padre los reconozca; y si siempre los reconoció y tuvo por hijos, se tendrán por tales, como tambien si alguna vez los reconoció, aunque despues los niegue, porque ya no puede ir contra su propio hecho y confesion: (*b*) siendo de advertir que si tiene muchos hijos en una manceba, con reconocer uno quedan legitimados los demas, y sin embargo de que no haga ninguna mencion de ellos, le heredarán igualmente que el reconocido. (*c*) De los modos de hacer su legitimacion y reconocimiento se trata en la I. P. (*d*)

36 Gozan los hijos naturales de la nobleza de sus padres, (*e*) y estos teniendo hijos ó descendientes legítimos solamente pueden mandarles la quinta parte de sus bienes, segun lo ordena la ley 10 de Toro (*f*) cuyas son estas palabras: " Mandamos que en caso que el padre, ó la madre sea obligado á dar alimentos á alguno de sus hijos ilegítimos en su vida, ó al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le pueda

(*a*) Cap. 10 de Probation. Matienz. ley 9 tit. 8 lib. 5 R. glos. 4 n. 2. Góm. ley 11 de Toro nn. 1 y 2. (*b*) Matienz. lug. cit. n. 1. Góm. n. 1 cit. vers. Ex quo notabiliter. (*c*) Ley 7 tit. 15 P. 4 verb. Otrosi quando. Cóvar. de Matrim. c. 8 §. 7. Véase la I. P. cap. 1 n. 69 y su nota. (*d*) Cap. 26 nn. 11, 12 y 13. (*e*) Ley 1 tit. 11 P. 7 y su gl. 4. (*f*) Es la 8 t. 8 lib. 5 R.

mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su anima, i por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegítimo."

37 Pero de este quinto tienen facultad de disponer á su arbitrio, como en seguida lo dice tambien dicha ley, excepto en tres casos: el primero, quando se colige de la voluntad del testador que no quiere que el quinto pase á los herederos de los hijos; ó si les dexa por alimentos un legado anual que se acaba con su vida, pues la ley no le priva de dexárselos en estos términos, ni le obliga á legársele entero sino tan solo á darles alimentos, quando no tienen con que mantenerse, y que por ellos no pueda excederse del quinto: el segundo, quando les lega los frutos de algun fundo que son suficientes para alimentarse; y el tercero, quando les impone el gravámen de restituir el sobrante del quinto á otro despues de deducidos sus alimentos; pues estando solamente obligado á alimentarlos, si para esto no es necesario todo el quinto, puede imponerles qualquier gravámen en el exceso, y aun privarles de este, así como si segun su calidad no alcanza el quinto y carece de descendientes legítimos, debe suplir lo que falte para sus alimentos. (*a*) Y es de notar que si el padre dexa el quinto á su hijo natural para que se alimente, haciendo ademas algunos legados pios, ó graciosos, se deducirán estos del quinto, si alcanza para todos; mas sino, únicamente han de deducirse los gastos de su funeral, y los legados, aunque sean pios, no valdrán, porque el derecho de los alimentos es débito necesario, y los otros legados no lo son. (*b*)

38 Careciendo el padre de descendientes legítimos puede instituir herederos de todos sus bienes á sus hijos naturales, aunque tenga padre, madre, ú otros ascendientes legítimos, como expresamente lo dice la citada ley 10 de Toro; y lo mismo puede hacer el padre, aunque tenga descendientes legítimos, si renuncian sin frau-

(*a*) Tello ley 10 de Toro n. 15. Matienz. en la 8 tit. 8 lib. 5 R. gl. 1 in. 23, y glos. 3 nn. 4 y 5. Acev. ley 7 tit. 8 lib. 5 n. 18. (*b*) Góm. ley 9 de Toro n. 40 al fin.

de su herencia. (a) Pero si en disposicion última los excluye expresamente de suceder en sus bienes, ó los exhereda, á nada tienen derecho, ni les compete remedio alguno contra su testamento y voluntad, por no concedérsele las leyes: (b) de lo qual se deduce que si el heredero nombrado repudia la herencia del padre, la percibirán los ascendientes legítimos de este, y no pasará á sus hijos naturales; (c) y si su padre no hace mencion de ellos en su testamento, y estan necesitados, tendrán derecho á los alimentos correspondientes, regulados por el Juez, y los herederos de su padre deberán dárselos, como expresamente lo dice la ley 8 tit. 13 P. 6. "E si por aventura el padre non se acordasse de tal fijo como este, non dexandole ninguna cosa de lo suyo, estonce los herederos dél son tenudos de le dar lo que le fuere menester para su govierno, é para su vestir, é calzar segun alveldrio de omes buenos, de manera que lo puedan sofrir sin gran su daño." Esta ley no está derogada, y debe observarse, aunque los que no la han visto dicen lo contrario, equiparando equivocadamente al hijo natural con el bastardo, que es el de casado habido en soltera, como tambien, segun algunos, el de plebeyo en muger ilustre, ó al contrario; y así se executorió años pasados por el Consejo á favor de un hijo natural; pero estos alimentos no deberán, teniendo ascendientes el difunto, exceder del quinto, que es la quota á que su padre podia ser compelido segun la ley 10 de Toro en caso de estar obligado á alimentarle.

39 No solo puede el padre dexar á sus hijos naturales todos sus bienes á falta de legítimos, sino tambien el abuelo paterno á sus nietos naturales hijos de hijo legítimo, ó de hijo natural, aunque tenga ascendientes legítimos: porque si tiene facultad para dexarlos á los hijos en quienes se considera mayor obstáculo por la liviandad y torpeza de sus padres, con mayor razon po-

(a) Greg. Lóp. ley 8 tit. 13 P. 6. glos. 3 al fin. Matienz. ley 9 tit. y lib. cit. glos. 1 n. fin. (b) Greg. Lóp. lug. cit. glos. 8. Góm. ley 10 de Toro n. 11. vers. Sed his non obstantibus. Covar. de Matrimon. part. 2 cap. 8 § 4 n. fin. (c) Castill. ley. 10 de Toro nn. 47 y 48.

drá dexarlos á los nietos, en quienes no se considera tanto. (a)

40 Todo lo que se ha dicho acerca de la sucesion de los hijos naturales á su padre y ascendientes paternos por testamento y abintestato, ha lugar en la de estos á aquellos, segun se halla dispuesto en la ley 8 tit. 13 P. 6 que al fin dice: "Otrosí decimos que en aquella misma manera que el fijo natural puede, é debe heredar á su padre en los bienes dél, é aprovecharse dellos, assi como sobredicho es, que en essa misma manera puede heredar el padre en los bienes de tal fijo, é ayudarse dellos." Como entre los padres é hijos legítimos es recíproca la sucesion y causa de alimentos, debe serlo tambien entre los naturales. (b)

41 Si la madre carece de descendientes legítimos, debe instituir herederos á sus hijos naturales, aunque tenga ascendientes legítimos; pero si los tiene, solo puede dexar á aquellos en vida, y por su muerte el quinto de sus bienes, como lo dice la ley 9 de Toro. (c) "Los hijos bastardos, ó ilegítimos de qualquier calidad que sean no puedan heredar á sus madres *ex testamento*, ni *abintestato*, en caso que tengan sus madres hijo ó hijos, ó descendientes legítimos; pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrian disponer por su anima, i no mas, ni allende: i en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales ó espurios por su órden, y grado le sean herederos legítimos *ex testamento*, i *abintestato*." Por tanto, á falta de descendientes legítimos son tan forzosos herederos de la madre sus hijos naturales como aquellos habiéndolos sin diferencia, y en nada mas los puede perjudicar que á los legítimos.

42 Hijos espurios se llaman genéricamente todos los

(a) Góm. ley 10 cit. de Toro n. 7. Matienz. en la 9 tit. 8 lib 5 Rec. glos. 1. n. fin. (b) Góm. n. 7. cit. vers. Item adde. Góm. Arias ley 9 de Toro n. 7. (c) Es la 7 tit. 8 lib. 5 R.

ilegítimos á excepcion de los naturales, y se distinguen con varios nombres. Unos se llaman *adulterinos*, ó *notos*, (1) y son propiamente los que tienen muger casada y soltero, ó casado y casada, á los quales la ley 9 de Toro llama tambien de *dañado* (damnado, condenado, ó reprobado) y *punible ayuntamiento*, porque la madre incurre por el adulterio en pena de muerte natural; (*a*) é impropiamente los que el casado tiene en muger viuda, ó soltera, llamada *barragana*, y á estos se da asimismo el nombre de bastardos, (2) puesto que no siendo habidos en su propia muger, bastardean. Otros se llaman *nefarios*, y son los que procrean los ascendientes en sus descendientes, como el padre en una hija: otros *incestuosos*, que son los habidos en parientes transversales en grado prohibido fuera de matrimonio contraido legítimamente y con la debida dispensa, si los padres eran sabedores del impedimento, pues si le ignoraban, no dexarán de ser legítimos los hijos por falta de dispensacion: otros *sacrílegos*, que tambien llama la ley de *dañado ayuntamiento*, aunque no *punible*, y son los hijos de Clérigo de órden sacro, y los de Frayles, Freyles y Monjas profesos, sea por coito ó acceso de unos y otros entre sí, ó con seglares; y otros finalmente *mancéres*, ó *mancillados*, (3) que son los que nacen de rameras públicas nobles ó plebeyas, y que por darse sus madres á todo hombre, é ignorarse por esto sus padres, son de peor condicion que todos los demas, y los que con propiedad se llaman *espurios*, como dice la ley. (*b*)

43 A ninguno de estos hijos está obligado civilmen-

(1) Segun nuestro diccionario castellano *noto* quiere decir bastardo ó ilegitimo.

(*a*) Véase la nota del n. 73 cap. 1 P. I.

(2) El citado diccionario llama bastardo al hijo procreado fuera de legítimo matrimonio y de padres que no podian contraerle, quando le tuvieron.

(3) Este nombre podria darse á todos los hijos ilegítimos sin exceptuar los naturales, pues todos han nacido con cierta mancilla ó mancha.

(*b*) Leyes 3 tit. 3, 1 y 2 tit. 15, y 5 tit. 19 P. 4, y 11 tit. 13 P. 6. Covar. in 4 de Sponsalib. part. 2 cap. 8 n. 6.

te el padre á dar alimentos, (a) como ni tampoco ellos á él, y así no se suceden por testamento ni abintestato, directa ni indirectamente, ni tienen derecho á pretender herencia, ni á quejarse de la preterición, ni aunque sean instituidos, deben llevarla, pues ha de pasar á los parientes mas cercanos del muerto. La razon es tocante á los hijos, por ser nacidos de acceso que reprueba la ley, y porque á causa de la incertidumbre de su filiacion no se numeran entre los hijos; y tocante á su padre, porque si á los hijos que no tienen culpa, se priva de suceder á este por el delito que cometió en su generacion, para contenerle y refrenar su sensualidad, (1) con superior motivo se debe privar al padre como deliqüente; (b) bien que por derecho natural y la equidad canónica les debe contribuir con los alimentos, pudiendo, (c) como se ha sentado en la Primera Parte cap. 1 cit. nn. 74, 75 y 76. Pero la madre y sus ascendientes tienen obligacion natural y civil de criar y alimentar á sus hijos ilegítimos, siéndoles posible, porque aquella es siempre cierta y conocida. (d)

44 De estos hijos, los que nacen de muger casada, sea ó no parienta del adúltero, no la heredarán por testamento ni abintestato, aunque carezca de legítimos, y solo podrá legarles el quinto de sus bienes, como lo dice la citada ley 9 de Toro. "Salvo si los tales hijos fueren de dañado, i punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres ex testamento, ni abintestato; pero bien

(a) Ley 5 tit. 19 P. 4.

(1) No creo que pueda servir de freno á la sensualidad ni á los impulsos de un amor lascivo é ilegítimo la consideracion (si acaso la pasion da lugar á ella, que es bien difícil) de que puede ser fruto suyo un hijo privado por la ley de suceder á su padre, ya porque este puede suministrarle los alimentos, y ya porque nunca podrian faltarle muchos medios ocultos ó inevitables de favorecerle generosamente y aun de hacerle dueño de todos sus bienes.

(b) Góm. ley 9 de Toro nn. 44 y 45. (c) Cap. 8 de De eo, qui duxit in matrimonium. Ley 1 §. 3 ff. de Justit. et jur. (d) Leyes 5 cit. verb. Mas los parientes, y 11 tit. 13 P. 6.

permitimos que les puedan en vida, ó en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, i no mas, de la que podian disponer por su anima: i de la tal parte despues que la uvieren, puedan disponer en su vida, ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos, como quisieren: i queremos, i mandamos, que entonces se entienda, i diga dañado, y punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural."

45 Los hijos nefarios, ó incestuosos heredarán á sus madres por testamento y abintestato á falta de legítimos; pues la ley 9 de Toro habla con la generalidad que puede verse en las palabras insertas en el n. 41. (*a*) Algunos AA. (*b*) opinan lo contrario fundados en la exclusion que hace de los incestuosos la ley 11 tit. 13 P. 6 que dice: "Fueras ende si fuesse tal fijo como el que llaman en latin incestuoso;" y en la final tit. 18 P. 7 que impone la pena de adulterio á los que sabiendo son parientes, cometen el incesto, que es al hombre la de muerte, y á la muger la de azotes, reclusion, y pérdida de su dote y arras; pero ademas de que es visto que la ley 9 de Toro corrige con sus expresiones generales las leyes de Partida, concurre el que aquella hace á los hijos herederos de su madre, quando por tenerlos no incurrió en pena de muerte, y segun estas ni por el incesto ni por el adulterio se impone á la madre pena capital. A su padre sucederán por testamento en el quinto como qualquiera extraño, mas no abintestato, ni ley alguna le obliga á alimentarlos, ni les concede derecho á sus bienes. (*c*)

46 Los hijos de hombre casado y muger libre, aunque si esta es pública concubina suya, merecen ser castigados los dos, como no se les castiga con pena de muerte, parece podrán suceder á sus madres por testamento y abintestato aun teniendo ascendientes legítimos segun

(*a*) Góm. ley 9 de Toro cit. n. 14 vers. Tertio infero. (*b*) Greg. Lóp. ley penúlt. tit. 13 P. 6. glos. 9 vers. Hodie per leges. Matienz. en la 7 t. 8 lib. 5 glos. 11 nn. 1 y 2. Acev. en ella n. 44. (*c*) Leyes penúlt. tit. 17 y fin. cit. tit. 18 P. 7. Góm. n. 14 cit. vers. Patri vero.

la misma ley 9 de Toro que así lo ordena. A su padre y parientes por esta línea, dicen algunos (*a*) que solo podrán heredar por testamento como qualquiera extraño; pero otros (*b*) afirman que ni de un modo ni de otro pueden suceder á su padre sino en el quinto, ó en los alimentos, porque no son hijos naturales, á quienes pueda á falta de legítimos dexar sus bienes; y que de sus parientes paternos no podrán percibir nada. Tambien se fundan en la ley 10 tit. 13 P. 6 que dice al principio: "Nascido seyendo alguno de fornicacion, ó de incesto, ó de adulterio, este atal non puede ser llamado fijo natural, nin debe heredar ninguna cosa de los bienes de su padre." Yo me inclino á esta opinion, porque la disposicion expresada no se halla corregida.

47 Los hijos de Clérigo de órden sacro en nada deben sucederle por testamento ni abintestato, ni tampoco haber de él ni de sus parientes por esta línea cosa alguna por via de legado y donacion, ni aun con título de venta que les haga. Así lo dispone la ley 6 tit. 8 lib. 5 R. que dice: "Otrosí, por no dar ocasion que las mugeres así viudas como vírgenes sean barraganas de Clérigos, si sus hijos heredasen los bienes de sus padres, ó sus parientes por privilegio ó cartas que tuviesen: ordenamos y mandamos que los tales hijos de Clérigos no hayan ni hereden, ni puedan haber ni heredar los bienes de sus padres Clérigos, ni de otros parientes de parte del padre, ni hayan ni puedan gozar de qualquier manda ó donacion, ó vendida que les sea hecha por los susodichos agora ni de aquí adelante; y en qualesquier privilegios ó cartas que tengan ganadas, ó ganaren de aquí adelante en su ayuda contra lo que nos así ordenamos, mandamos que no les valan, ni se puedan de ellas aprovechar ni ayudar, ca nos las revocamos, y damos por ningunas." Y aunque su padre diga en su última disposicion que les debe frutos, dinero, ú otra cosa, no estan

(*a*) Matienz. ley 6 tit. 8 lib. 5 glos. 4 n. 9. Góm. n. cit. vers. Quarto infero. Palac. Rub. ley 11 de Toro n. 27. (*b*) Covar. in 4 de Sponsalib. part. 2 cap. 8 n. 3. Perez ley 1 tit. 2 lib. 5 Ordenam. Greg. Lóp. ley 10 tit. 13 P. 6 glos. 3.

obligados sus herederos á entregársela, sino es que lo acrediten por otro medio legal; pues se presume que lo hace por beneficiarlos, perjudicar á sus herederos y eludir la ley. (*a*) Esta prohibicion no se amplia á los hijos de Clérigo de menores que goza beneficio eclesiástico, porque dexándole ó perdiéndole, puede casarse con su madre, y por el coito no se impone pena civil, ni á uno ni á otro, como lo manda Matienzo, (*b*) y es lo seguro y corriente. Tampoco se amplia al nieto de Clérigo de órden sacro, hijo legítimo de su hijo espurio, y así puede ser instituido por su abuelo, viva ó no su padre, siempre que no se haga por contemplacion de este, porque hablando la ley solamente de los hijos no debe extenderse á los nietos. (*c*)

48 Finalmente los hijos de Monjas, Frayles y Freyles profesos tampoco pueden heredar cosa alguna de ellos, pues la expresada ley 9 de Toro manda se observe con los hijos de estos lo que la próxîma inserta ordena acerca de los Clérigos. "Salvo si fueren los hijos de Clérigos, ó Frayles, ó Freyles, ó de Monjas profesas, que en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la lei que hizo el Señor Rei D. Juan el Primero en la ciudad de Soria, que habla sobre la succesion de los hijos de los Clérigos supra proxima." Así pues, los hijos ilegítimos ó espurios pueden heredar á sus madres en todos casos, excepto en tres: el primero, si tienen hijos legítimos: el segundo, si la madre por tenerlos incurre en pena de muerte; y el tercero, si son hijos de Monja profesa. En los dos primeros les pueden dexar el quinto, y en el tercero nada.

49 Si el Clérigo dexa á un nieto que se halla baxo la potestad de su padre espurio, el usufructo de sus bienes, segun la opinion verdadera y mas recibida no le adquiere este, y aquel le hace enteramente suyo; pues es de creer que así lo quiso el testador para que fuese vá-

(*a*) Ley 3 tit. 14 P. 3. (*b*) Ley 7 tit. 8 lib. 5 R. glos. fin. (*c*) Covar. cap. 8 cit. § 5 n. 14. Góm. ley 9 de Toro n. 17. Matienz. en la 6 tit. 8 lib. 5 glos. 8 n. 24.

lido el acto: (a) de suerte que los nietos de hijo ó hija espurios pueden ser instituidos herederos, con tal que el abuelo testador no tenga prole legítima, y que no haga la institucion por contemplacion del hijo ó hija espurio. (b)

§. IV.

En qué bienes sucederán á sus padres los hijos legitimados por el subsecuente matrimonio, ó por el Soberano, y los prohijados.

50 La legitimacion es un acto legal que remueve, y quita al hijo que no nació de matrimonio legítimo, el impedimento que le priva de obtener y gozar las prerogativas concedidas á los legítimos, y le constituye en el estado de estos. (c) Omito explicar qué personas pueden legitimar, y la diferencia entre la legitimacion y dispensa, por haberlo explicado en mi Primera Parte, (d) y aquí trataré solamente de aquellas en quanto se refiere á la sucesion de los legitimados á sus padres y parientes, que es lo concerniente á particiones.

51 Puede hacerse la legitimacion de dos maneras, á saber, por el subsecuente matrimonio y por rescripto del Soberano. La legitimacion por el subsecuente matrimonio se hace, contrayéndole el hombre y muger libres que ántes de ser casados, y no teniendo obstáculo para esto procrearon algun hijo ó hijos, los quales se hacen tan legítimos, como si hubiesen nacido despues de casados sus padres sin diferencia alguna, ni en quanto á sucederles, ni en lo demas. "Ca maguer (dice la ley 1 cerca del fin t. 13 P. 4) estos fijos atales no son legítimos, quando nascen, tan grand fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre, é la madre son casados, se facen por ende los fijos legítimos." (e)

(a) Góm. ley 9 de Toro n. 17 vers. Sed dubium. Matienz. en la 6 t. 8 lib. 5 glos. 8 n. 25. (b) Acerca de esto véase á Lara Compend. vitæ hom. cap. 5. (c) Covar. de Matrimon. part. 2 cap. 8 §. 8. (d) Cap. 25 § 2. (e) Lo mismo dice el cap. Tanta est vis matrimonii, qui filii sunt legitimi.

52 Esta legitimacion tiene lugar, aun quando se casen en el artículo de la muerte, y por esta razon no haya esperanza de tener hijos; pues no obstante se conceptuarán legítimos y sucederán á sus padres por testamento y abintestato, porque la prole no es cosa esencial del matrimonio, quando falta por accidente ó acaso; (a) aunque si el impedimento es cierto y perpetuo, como el del decrépito ó castrado que están imposibilitados de engendrar, ni puede contraerse matrimonio, ni si se contrae, es válido. (b)

53 Limítase lo expuesto, quando se contrae el matrimonio en fraude del substituto ó fideicomisario llamado á la sucesion á falta de prole legítima, y se acredita plena ó presuntivamente; (1) pues entónces aunque vale el matrimonio, no será excluido el substituto. (c) Asimismo si el que está en el artículo de la muerte, perdió el uso de sus potencias, de suerte que no puede prestar su consentimiento para contraer el matrimonio, ni este vale, ni los hijos se legitíman. (d)

54 Tambien se legitíman por el subseqüente matrimonio los hijos, aunque su padre despues de habidos en su concubina, se case con otra muger, si muerta esta le contrae con aquella, porque el derecho no prescribe ni exíge precisamente aptitud entre los contrayentes en el tiempo medio de nacer y casarse. (e)

55 Igualmente se legitíman por el siguiente matrimonio los hijos naturales del Clérigo ordenado de me-

(a) Cap. 16 de Sponsalib. Molin. de Primog. lib. 2 cap. 5 nn. 25 y 26. Góm. ley 12 de Toro n. 56. Matienz. en la 10 cit. glos. 3 n. 4. (b) Glos. in cap. 2 de Frigid. Góm. n. cit. vers. Sed advertendum.

(1) Puede presumirse contraido el matrimonio en fraude del substituto, si se celebró en el artículo de la muerte, en edad tan avanzada quo no habia ningunas esperanzas de procrear, ó con muger de muy inferiores circunstancias á las de su marido. Sin embargo Gómez (lug. cit.) lleva lo contrario; pero las razones en que se funda, son frívolas y no pueden desvanecer dicha presuncion; bien que en qualquiera caso que ocurra, deben atenderse todas las circunstancias.

(c) Molin. lug. cit. Góm. lug. cit. nn. 57 y 58. (d) Góm. n. 58 cit. vers. Secundo. (e) Góm. lug. cit. n. 60. Morquech. de Divis. lib. 4 cap. 6 n. 20

nores que goza beneficio eclesiástico, (a) aun en el caso de que concurran en sus hijos al tiempo de su generacion los dos vicios de incesto y adulterio, (b) porque como basta que en uno de los dos tiempos, el de la concepcion del hijo, ó el de su nacimiento, esten libres sus padres de impedimento canónico para contraerle segun la ley 11 de Toro; si quando nació, habia muerto el marido de su madre, ó la muger de su padre, y habiendo obtenido dispensa se hallaban casados los dos, se removieron ámbos impedimentos; de suerte que salió á luz en tiempo hábil, para que sea reputado por hijo de legítimo matrimonio; y si sacada la dispensa aun no se habian casado, se legitimará por el subseqüente, porque al tiempo de nacer ya estaban libres sus padres, y se hallaban tan aptos para casarse, como si nunca hubiera habido impedimento alguno entre ellos.

56 Procede lo expuesto no solo en los hijos sino tambien en los nietos, por lo que si el abuelo tuvo algun hijo natural en una concubina, y este otro hijo legítimo y natural que no puede suceder abintestato á su abuelo, porque respecto de este no es legítimo; y despues de muerto el hijo natural se casa el abuelo con su manceba, se legitimará el nieto para con su abuelo casado ya con su abuela madre de su padre, del mismo modo que si ántes de fallecer este se hubiera casado con ella, y como legítimo le sucederá en todos sus bienes libres. (c)

57 La legitimacion por rescripto del Príncipe es, quando el Soberano á solicitud del padre legitíma á su hijo, para que sea habido como de legítimo matrimonio: en cuyo caso si el padre dexa hijos, ó descendientes de matrimonio legítimo, nacidos ántes, ó despues de la legitimacion, no puede heredarle dicho legitimado sino en el quinto de sus bienes, si quisiere dexársele; y lo propio milita, aunque no tenga ningun hijo procreado, ó

(a) Covar. in Epitom. de Sponsalib. part. 2 cap. 8 §. 2 n. 5. (b) Morquech. lug. cit. n. 24. (c) Gom. ley 12 de Toro n. 62 vers. Sed his non obstantibus. Covar. de Sponsalibus part. 2 cap. 8 §. 2 n. 18. Matienz. ley 10 cit. tit. 8 glos 3 n. 5, y glos. 4 y 5.

nacido constante el matrimonio, si tiene alguno legitimado por el subseqüente, pues este es verdaderamente legítimo, y como tal excluye al legitimado por rescripto que se reputa extraño en competencia de los otros. Así lo dispone la ley 12 de Toro que es la 10 tit. 8 lib. 5 R. y dice: "Si alguno fuere legitimado por rescripto, ó privilegio nuestro, ó de los Reyes que de nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, ó madres, ó de sus abuelos, i despues su padre, ó madre, ó abuelos uvieren algun hijo, ó nieto, ó descendiente legítimo, ó de legítimo matrimonio nascido, ó legitimado por subsiguiente matrimonio; el tal legitimado no pueda succeder con los tales hijos, ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres, ni madres, ni de sus ascendientes abintestato, ni ex testamento; salvo si sus padres, ó madres, ó abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes, que podian mandar por su anima, le quisieren alguna cosa mandar, que hasta en la dicha quinta parte bien permitimos que sean capaces, i no mas." Y es de advertir que esta legitimacion debe ir señalada á sus espaldas del Capellan Mayor de S. M. ó de uno de los Capellanes continuos de su Real capilla que tengan racion y quitacion, en cuya secretaría se toma la razon; pues sin este requisito no vale, como se advierte en las que se expiden por la Cámara.

58 No obstante si el Soberano dice expresamente en su rescripto, "que suceda el legitimado con los hijos legítimos nacidos ó por nacer sin diferencia," sucederá igualmente con ellos en la herencia de su padre, porque el Soberano puede habilitarle y disminuir la legítima de los legítimos; mas si el rescripto carece de la referida cláusula, no concurrirá con estos á la sucesion, ni les causará detrimento alguno, porque se presume que el Soberano no quiso perjudicarles, y que á saber que el padre los tenia, no hubiera legitimado al ilegítimo, por lo ménos para sucederle. (a)

(a) Matienz. ley 10 cit. glos. 2 nn. 2, 3 y 4. Góm. en la 12 cit. n. 67 vers. Si vero sunt.

nores que goza beneficio eclesiástico, (a) aun en el caso de que concurran en sus hijos al tiempo de su generacion los dos vicios de incesto y adulterio, (b) porque como basta que en uno de los dos tiempos, el de la concepcion del hijo, ó el de su nacimiento, esten libres sus padres de impedimento canónico para contraerle segun la ley 11 de Toro; si quando nació, habia muerto el marido de su madre, ó la muger de su padre, y habiendo obtenido dispensa se hallaban casados los dos, se removieron ámbos impedimentos; de suerte que salió á luz en tiempo hábil, para que sea reputado por hijo de legítimo matrimonio; y si sacada la dispensa aun no se habian casado, se legitimará por el subseqüente, porque al tiempo de nacer ya estaban libres sus padres, y se hallaban tan aptos para casarse, como si nunca hubiera habido impedimento alguno entre ellos.

56 Procede lo expuesto no solo en los hijos sino tambien en los nietos, por lo que si el abuelo tuvo algun hijo natural en una concubina, y este otro hijo legítimo y natural que no puede suceder abintestato á su abuelo, porque respecto de este no es legítimo; y despues de muerto el hijo natural se casa el abuelo con su manceba, se legitimará el nieto para con su abuelo casado ya con su abuela madre de su padre, del mismo modo que si ántes de fallecer este se hubiera casado con ella, y como legítimo le sucederá en todos sus bienes libres. (c)

57 La legitimacion por rescripto del Príncipe es, quando el Soberano á solicitud del padre legitíma á su hijo, para que sea habido como de legítimo matrimonio: en cuyo caso si el padre dexa hijos, ó descendientes de matrimonio legítimo, nacidos ántes, ó despues de la legitimacion, no puede heredarle dicho legitimado sino en el quinto de sus bienes, si quisiere dexársele; y lo propio milita, aunque no tenga ningun hijo procreado, ó

(a) Covar. in Epitom. de Sponsalib. part. 2 cap. 8 §. 2 n. 5. (b) Morquech. lug. cit. n. 24. (c) Gom. ley 12 de Toro n. 62 vers. Sed his non obstantibus. Covar. de Sponsalibus part. 2 cap. 8 §. 2 n. 18. Matienz. ley 10 cit. tit. 8 glos 3 n. 5, y glos. 4 y 5.

nacido constante el matrimonio, si tiene alguno legitimado por el subseqüente, pues este es verdaderamente legítimo, y como tal excluye al legitimado por rescripto que se reputa extraño en competencia de los otros. Así lo dispone la ley 12 de Toro que es la 10 tit. 8 lib. 5 R. y dice: "Si alguno fuere legitimado por rescripto, ó privilegio nuestro, ó de los Reyes que de nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, ó madres, ó de sus abuelos, i despues su padre, ó madre, ó abuelos uvieren algun hijo, ó nieto, ó descendiente legítimo, ó de legítimo matrimonio nascido, ó legitimado por subsiguiente matrimonio; el tal legitimado no pueda succeder con los tales hijos, ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres, ni madres, ni de sus ascendientes abintestato, ni ex testamento; salvo si sus padres, ó madres, ó abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes, que podian mandar por su anima, le quisieren alguna cosa mandar, que hasta en la dicha quinta parte bien permitimos que sean capaces, i no mas." Y es de advertir que esta legitimacion debe ir señalada á sus espaldas del Capellan Mayor de S. M. ó de uno de los Capellanes continuos de su Real capilla que tengan racion y quitacion, en cuya secretaría se toma la razon; pues sin este requisito no vale, como se advierte en las que se expiden por la Cámara.

58 No obstante si el Soberano dice expresamente en su rescripto, " que suceda el legitimado con los hijos legítimos nacidos ó por nacer sin diferencia," sucederá igualmente con ellos en la herencia de su padre, porque el Soberano puede habilitarle y disminuir la legítima de los legítimos; mas si el rescripto carece de la referida cláusula, no concurrirá con estos á la sucesion, ni les causará detrimento alguno, porque se presume que el Soberano no quiso perjudicarles, y que á saber que el padre los tenia, no hubiera legitimado al ilegítimo, por lo ménos para sucederle. (a)

(a) Matienz. ley 10 cit. glos. 2 nn. 2, 3 y 4. Góm. en la 12 cit. n. 67 vers. Si vero sunt.

59 No habiendo hijos legítimos ni legitimados por el subsiguiente matrimonio, puede el natural legitimado por rescripto, ó el espurio por dispensa (pues respecto de este se llama así, y no *legitimacion*) heredar á su padre, y este instituirle heredero, aunque tenga padre, ú otros ascendientes legítimos, ó parientes, (*a*) porque entónces es habido en todo y por todo como verdaderamente legítimo para suceder por testamento y abintestato, y para los demas efectos de la legitimidad; de suerte que si fuere preterido, ó no mencionado en la última disposicion, podrá alegar la nulidad de ella, y si exheredado sin causa justa, quejarse y usar de todos los remedios concedidos á los legítimos contra el testamento de su padre, no solo estando legitimado al tiempo que le otorgó, sino aunque lo sea despues de otorgado. (*b*) (1)

60 Pero si la legitimacion se coarta á suceder por testamento, ó sin perjuicio de los descendientes ó ascendientes, ó en aquello que quisiere el padre del legitimado, ó quando se dispensa con los espurios, no sucederán contra la voluntad del padre; y si se concede sin perjuicio de los que deben suceder abintestato, sucederá únicamente por testamento el legitimado no habiendo

(*a*) Montalv. ley 17 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real. Matienz. ley y glos. cit. n. 1. (*b*) Góm. ley 12 cit. n. 66. Matienz. ley 10 cit. glos. 7 n. fin. Véase á Covarrubias lib. 4 Var. cap. 21.

(1) Ninguna ley nos dice expresamente que á falta de hijos legítimos y legitimados por el subseqüente matrimonio han de gozar los legitimados por rescripto en perjuicio de los ascendientes de todos los derechos aquí referidos; mas pueden muy bien apoyarse en la ley 12 de Toro, con especialidad en las palabras, "el tal legitimado (por rescripto) no pueda suceder con los tales hijos, ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres, ni madres, ni de sus ascendientes abintestato ni ex testamento:" las quales dan bastantemente á entender que no habiendo tales hijos corresponden á dichos legitimados los mismos derechos que á estos correspondian. Tambien les favorecen las últimas palabras de la ley 10 de Toro en que se da facultad al padre para que no teniendo descendientes legítimos pueda dexar todos sus bienes al hijo natural, aunque tenga ascendientes legítimos, pues si el hijo meramente natural es tan favorecido por la ley, ¿quánto mas deberá serlo el natural legitimado por el Soberano?

legítimos, y abintestato solo excluirá al fisco y á la viuda del difunto. (*a*)

61 Aunque teniendo hijos legítimos los padres no pueden sucederles sino en el quinto los legitimados por rescripto, si son naturales, no se diferenciarán sin embargo de aquellos en la nobleza y demas honores civiles que competen á los legítimos, ni tampoco en suceder por testamento y abintestato á los parientes como verdaderos legítimos, segun lo dice expresamente la citada ley 12 de Toro. Mas lo dicho acerca de la nobleza y preeminencias no se ha de entender con los espurios en estos reynos de Castilla, excepto que el rescripto lo especifique. (*b*)

62 Así como entre los padres y sus hijos naturales, y demas ilegítimos no estando legitimados es recíproca la sucesion por testamento y abintestato, así tambien lo es entre el hijo legitimado y su padre. (*c*)

63 Los hijos adoptados ó prohijados por sus ascendientes les suceden como los legítimos, en caso que los adoptantes carezcan de descendientes legítimos; pues estos deben ser preferidos, como asimismo los ascendientes que por derecho, á no haber habido adopcion, les heredarian abintestato. (*d*) Lo mismo procede en los extraños adoptados, los quales heredarán solamente abintestato al adoptante á falta de legítimos, y no á sus parientes. (*e*)

64 Los arrogados, ó prohijados por via de arrogacion sucederán al prohijador por testamento y abintestato, si careciere de legítimos, á no ser que el Soberano ordene en su rescripto que sucedan con estos; (*f*) y si el prohijador echa de su poder al arrogado, tiene obli-

(*a*) Morquech. de Divis. lib. 4 cap. 6. n. 50. Matienz. lug. cit. glos. 1 n. 6. Véase la I. P. cap. 2 n. 9 y su nota. (*b*) Matienz. ley 10 cit. t. 8 glos. penúlt. n. fin. (*c*) Tell. ley 6 de Toro n. 13. (*d*) Ley última tit. 16 P. 4 y su glos. fin. Aceved. en la 1 tit. 8 lib. 5 R. n. 64. (*e*) Ley 8 verb. E lo que diximos y su glos. 5, y leyes 9 y fin. y su glos. 3 tit. 16 P. 4. Acerca de prohijamientos véase la I. P. cap 26 § 1. (*f*) Ley 8 cit. y su glos. 2, glos. de la ley 9 sig. y glos. fin. de la últ. tit. 15 P. 4.

gacion de darle, ó dexarle la quarta parte de sus bienes, (*a*) excepto que tenga descendientes legítimos, en cuyo caso se limitará al quinto por via de alimentos, porque en el exceso no puede perjudicar á los legítimos, aun quando tiene obligacion de alimentar á los que no lo son. (*b*)

(*a*) Ley 8 cit. (*b*) Leyes 10 y 28 de Toro. Greg. Lóp. ley 8 cit. glos. 2 y 5. Morquech. lug. cit. nn. 71 y 72.

FIN DEL TOMO III.

(1)
Traslado de Auto. Hanse de mayorazgo como se han de suceder entre el hijo y hermanos del poseedor.

fo 260 y 261

FEBRERO REFORMADO

Y ANOTADO,

Ó LIBRERÍA DE ESCRIBANOS

QUE COMPUSO

DON JOSEPH FEBRERO

Escribano Real y del Colegio de la corte,

Y HA REFORMADO EN SU LENGUAGE, ESTILO, MÉTODO Y MUCHAS DE SUS DOCTRINAS ILUSTRÁNDOLA, Y ENRIQUECIÉNDOLA CON VARIAS NOTAS Y ADICIONES PARA QUE SE HAN TENIDO PRESENTES LAS REALES ÓRDENES MODERNAS,

EL LIC. D. JOSEPH MÁRCOS GUTIERREZ:

OBRA NO SOLO NECESARIA Á LOS ESCRIBANOS SINO TAMBIEN UTILÍSIMA Á TODOS LOS JUECES, ABOGADOS, PROCURADORES, AGENTES DE NEGOCIOS Y Á TODA CLASE DE PERSONAS.

PARTE II.

De inventarios, tasaciones y particiones de bienes, y de los juicios ordinario, executivo y de concurso de acreedores.

A estos juicios ha añadido el reformador una Práctica Criminal de España para complemento de la obra principal, que no trata de materia tan necesaria é importante.

Anto Sanchez de Lejas 6ª edicion 1842

TOMO IV.

TERCERA EDICION.

CON PRIVILEGIO.

MADRID
EN LA IMPRENTA DE D. BENITO GARCÍA Y COMPAÑÍA.
AÑO DE 1806.

Este tomo y los siguientes se hallarán en la librería de Castillo enfrente de San Felipe el Real.

Ca tenemos, que todos los de nuestro señorío deven saber estas nuestras leyes. (*Ley* 31 *tit.* 14 P. 5.) I deve la ley ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, y que ninguno por ella resciba engaño. (*Ley* 1 *tit.* 1 *lib.* 2 *de la Recop.*

PARTE SEGUNDA.

LIBRO SEGUNDO.

De la particion de los bienes del que murió testado ó abintestato entre sus herederos legítimos y extraños, haya ó no mejora.

CAPÍTULO II.

De la division de los bienes del testador entre sus descendientes legítimos quando mejoró á algunos de ellos, y de la de los frutos de la mejora.

§. I.

Como pueden los ascendientes mejorar á sus descendientes legítimos, consignarles la mejora y gravar al mejorado, y asimismo como se ha de deducir.

1 Aunque por todos derechos corresponde á los hijos su legítima, como es de derecho positivo ó escrito la asignacion de la quota ó cantidad que con este título ó nombre deben percibir, y se llama *legítima*, porque la concede y señala la ley (*a*); ha habido variedad y alteracion en todos tiempos acerca de la porcion que sus padres debian dexarles. Por derecho antiguo civil solamente les correspondia la quarta parte libre de los bienes de estos, y sino se la dexaban entera, podian pedir su suplemento (*b*). Despues por las auténticas y por las leyes de Partida se mandó que la legítima fuese la tercera parte, si los hijos eran quatro ó ménos, y si cinco ó mas, la mitad (*c*). Posteriormente las leyes del Fuero Real per-

(*a*) Ley 17 tit. 1 P. 6. Angul. de Meliorat. ley 1 tit. 6 lib. 5 gl. 1 n. 8. (*b*) Leyes 8 §§. 6, 7 y 8 ff. de Inofficios. testam. y 6 y 30 Cod. del mismo tit. (*c*) Authent. Novissima Cod. de Inofficios. testament. Authent. de Triente, & semisse cap. 1 y 2 collat. 3, y ley 17 cit.

mitiéron á los ascendientes disponer de un quinto en vida y de otro en muerte, y estas se corrigiéron por las de Toro que ordenáron, no pudiese el padre, madre, ó ascendiente disponer mas que de un quinto de sus bienes en ambos tiempos (*a*), y son las que hoy se observan en estos reynos de Castilla.

2 Mas sin embargo de este último establecimiento no son legítima precisa y necesaria de todos los hijos y descendientes legítimos del testador las quatro partes de sus bienes, porque teniendo el padre ó la madre dos, ó mas, pueden mejorar en contrato ó en disposicion última á qualquiera, ó qualesquiera de ellos en el tercio y quinto de su hacienda libre en propiedad y usufructo, adquirida por qualquier título, ó en el uno de estos á su arbitrio (*b*), y los demas percibirán su legítima disminuida: lo qual procede, aunque no haya mas que un hijo nacido y otro póstumo, porque este, como ya exîste, se considera nacido en lo que le es propicio, segun se ha dicho muchas veces.

3 Este tercio y quinto ha de ser solamente uno en vida y muerte en todos casos, y si siendo muchos los mejorados el testador no señala á cada uno la parte ó quota que ha de percibir de la mejora, debe dividirse igualmente entre todos, porque no puede haber mas que una (*c*); á cuya conseqüencia sin embargo de que los padres perciban frutos de los bienes de sus hijos, no pueden dexarles otra mejora de aquellos como ni tampoco de su propiedad (*d*).

4 Compete esta facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos, aunque sean procreados en diversos matrimonios, y aun en el caso de que siendo el padre rico y la muger segunda pobre, se deba dar á esta la quar-

(*a*) Leyes 9 tit. 5 de Legados y 7 tit. 12 de Donaciones lib. 3 del Fuero Real, y 28 de Toro que es la 12 tit. 6 lib. 5 R. (*b*) Ley 9 cit. y leyes 17 y 18 de Toro que son las 1 y 2 t. 6 lib. 5 R. (*c*) Ley 9 cit. tit. 5 lib. 3 del Fuero Real. (*d*) Esto lo prueba muy bien Gutierrez lib. 2 Pract. quæst. 69, y se apoya en las leyes de Toro que citaré en su lugar.

ta marital que la ley le concede (*a*). Asimismo no obstante que la viuda ha de llevar esta quarta, podrá el testador disponer del tercio que le concede la ley 6 de Toro, en perjuicio de su padre ó ascendiente, porque hay la misma razon en una legítima que en otra (*b*), y porque las deudas, sean legales ó convencionales, como que no son herencia ni bienes del difunto, se deben deducir ántes que se proceda á la division de los propios de este.

5 Pueden tambien los abuelos mejorar en el tercio y quinto de sus bienes libres, ó en uno de ellos á sus nietos y demas descendientes legítimos, aunque vivan sus hijos padres de estos, como lo dispone la ley 18 de Toro (*c*) que dice: »El padre, y la madre, ó qualquier dellos puedan si quieren, hacer el tercio de la mejoría que podian hacer á sus hijos, ó nietos conforme á la ley del fuero, á qualquier de sus nietos, ó descendientes legítimos, puesto que sus hijos padres de los dichos nietos, ó descendientes sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento.» Y no solo se amplia su facultad á mejorar á un hijo, nieto, ó descendiente, sino tambien á dos, tres, ó á todos los que tengan, excepto uno, porque aquel á quien por derecho se permite nombrar á uno para algun legado, fideicomiso, ú otra disposicion última, puede elegir dos, ó mas (*d*). Asimismo tiene lugar, aunque haya solamente un hijo, y de él un nieto, ó nietos; pues sin embargo se podrá mejorar á este ó estos, hijos de aquel, cuya opinion es la segura y corriente en la práctica (*e*), no obstante lo que dice Gómez (*f*); porque la ley inserta permite que los abuelos puedan mejorar al nieto viviendo su hijo, y estando ambos vivos hay elec-

(*a*) Tello ley 9 de Toro núm. 31. Angul. en la 9 tit. 6 lib. 5 R. glos. 2 nn. 5 y 6. (*b*) Angulo lug. cit. (*c*) Es la 2 tit. 6 lib. 5 R. (*d*) Gom. ley 18 de Toro núm. 2 al fin. (*e*) Cov. lib. 1 Var. cap. 19 núm. 4 vers. Obiter tamen. Molin. de Primog. lib. 2 cap. 11 núm. 5. Matienz. ley 2 tit. 6 lib. 5 gl. últ. nn. 5 y fin. (*f*) Ley 17 de Toro núm. 19 vers. Ex quo singulariter, y en la 18 n. fin.

cion de persona, como se requiere para que pueda haber mejora.

6 Pero si el testador solo tiene un hijo, ó descendiente, no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, ni de consiguiente imponerle gravámen en él: ya porque el mejorar supone muchas personas entre quienes elegir, segun se ha dicho (*a*); y ya porque forzosamente debe suceder en todos los bienes de su ascendiente excepto el quinto, en el qual solamente, caso que se le legue, le puede imponer gravámen, puesto que todos los restantes son legítima del hijo ó descendiente (*b*), y así se observa.

7 Procede lo referido, aunque en pacto dotal se haya impuesto el gravámen de vinculacion y restitucion, si no naciere mas que un hijo, y aunque se haya hecho la mejora en contrato irrevocable, ó el mejorado lo haya sido en última disposicion, habiendo muchos descendientes; pues si todos fallecieren, y al tiempo de la muerte del mejorante aquel fuese único, cesará el gravámen, y todos los bienes de sus ascendientes excepto el quinto serán legítima suya, porque esta se debe regular segun el tiempo de la muerte, hasta el qual no surte efecto la mejora (*c*).

8 Esta doctrina se limita en caso que el hijo mayor de 25 años consienta expresamente el gravámen que su padre le impuso en el tercio, jurando no reclamarle: en caso que calle toda su vida, y posea los bienes 30 años por muerte de su padre ó miéntras vive, sin reclamar la vinculacion y gravámen, porque por este silencio de los dos en tanto tiempo es visto consentirla (*d*); y en caso que el padre le mejore con la condicion de, *si otro hijo, ó hijos le nacieren*, pues entónces será válida tam-

(*a*) Gom. ley 17 de Toro núm. 19. (*b*) Ley 11 tit. 4 P. 6. Baez. de Non melior. filiab. cap. 9 nn. 6, 7 y 8. Véase la I. P. cap. 1 n. 110. (*c*) Angul. ley. 11 cit. glos. 10 nn. 6 y 7 al fin. Castill. lib. 3. Cont. cap. 13 nn. 51 y sig. (*d*) Molin. lug. cit. n. 7. Baez. lug. cit. núm. 10.

bien la mejora y gravámen, porque el acto que puede hacerse puramente, se puede hacer con condicion (*a*), y por tanto si el hijo único fuere mejorado simplemente por sus padres, convalecen la mejora y gravámen luego que nace otro hijo, del mismo modo que si se hubiera hecho despues de nacido (*b*). Lo mismo procede, aunque en la mejora no ponga dicha condicion, si le nacen despues mas hijos, porque es visto haberla hecho con la esperanza de procrearlos y en perjuicio suyo, y como hasta que fallece, no tiene derecho á la mejora el mejorado, y al tiempo de su fallecimiento ya estan nacidos, convalece aquella (*c*), con especialidad si se considera que habiendo podido el padre revocarla y no habiéndolo hecho quisó que subsistiese.

9 Tambien se limita la expuesta doctrina, quando el padre instituye mayorazgo irrevocable del tercio, entrega en vida á su hijo los bienes que le componen sin reservarse su usufructo, y este percibe sus frutos que equivalen al gravámen; en cuyo caso valdrá asimismo la mejora (*d*). Lo propio milita, si la hace de tercio y quinto con la condicion de que si el hijo no consintiere en el gravámen del mayorazgo hecho en el tercio, no lleve el quinto, porque, ó deberá consentir en el gravámen del tercio, ó perderá el quinto (*e*): ó si la hace de tercio y quinto con facultad Real, pues entónces no solo podrá vincular el tercio sino tambien todos sus bienes libres, si aquella se lo permite; y aunque no observe el órden de la ley 27 de Toro, no se anulará, si la facultad no le precisa á ello (*f*).

10 La muger casada no puede mejorar á hijo ni descendiente alguno suyo en contrato sin licencia de su ma-

(*a*) Molin. lib. 2 cit. cap. 3 núm. 7 y cap. 11 cit. n. 9. (*b*) Morquech. lug. cit. n. 9. Baez. lug. cit. n 60. (*c*) Baez. lug. cit. nn. 14, &c. y 18. Covar. lib. 2 Var. cap. 19 nn. 2, 3 y 4. (*d*) Molin. cap. 11 cit. n. 4 Morquech. lug. cit. n. 12. (*e*) Molin. lug. cit. n. 8. Baez. lug. cit. n. 21. (*f*) Molin. lug. cit. nn. 10, &c. y 18. Gom. ley 49 de Toro nn. 55 y 57. Matienz. en la 2 tit. 7 lib. 5 glos. 1 n. 3.

rido, como se ha sentado en la I. P. (*a*) excepto que este no tenga el usufructo de los bienes libres de ella; pues teniéndole, aunque será válida la mejora y no se podrá revocar, siguiéndose su tradicion, ó haciéndola por causa onerosa con tercero, como despues se dirá; no se ha de privar á su marido del usufructo que debe conservar para sostener las cargas matrimoniales (*b*), porque quando alguno dona ó lega algo, se entiende donar y legar solamente el derecho que tiene en la cosa legada, salvo siempre el de otro (*c*).

11 La mejora del tercio se puede consignar en bienes ciertos y determinados, para que se satisfaga en ellos su importe despues de la muerte del mejorante, con tal que el valor del tercio no exceda del de la tercera parte de sus bienes en dicho tiempo (*d*). Así que, habiendo consignacion sin entrega de cosa alguna se ha de atender para el cavimiento del tercio al valor que los bienes del mejorante tienen, quando fallece, y no al que tenian, quando hizo la mejora, sean muchos, ó pocos en qualquiera de los dos tiempos. Pero ha de hacer por sí mismo y no cometer á otro la consignacion, ó señalamiento de los bienes del tercio y quinto, porque se lo prohibe la citada ley 19 del Toro.

12 Si la consignacion se hace en todo lo mejor, mas fructífero y permanente, se gravarán por esto las legítimas de los no mejorados, y se presumirá dolo, por lo que en este caso el Juez hará la asignacion, no precisamente en todo lo dicho, de suerte que lo peor sea para aquellos, sino en lo bueno y de modo que quede bueno tambien para estos, pues no es justo que ademas de ser mejorado el hijo, lleve los bienes mejores y fructíferos, y que sus hermanos no siéndolo lleven lo peor é infructífero. Así se ha de entender la asignacion

(*a*) Cap. 1 nn. 112 y sig. (*b*) Ley 25 tit. 11 P. 4. Matienz. en la 2 tit. 6 lib. 5 glos. 1. (*c*) Gom. ley 18 de Toro núm. 3 Matienz. ley 2 cit. glos. 1 nn. 2 y 3. (*d*) Ley 19 de Toro, que es la 13 tit. 6 lib. 5 R.

de que habla la citada ley 19, no solo en el tercio sino tambien en el quinto, ya se legue á los descendientes, ya á extraños, ó ya se disponga de él por el alma (*a*).

13 Habiendo señalado el testador en bienes determinados la mejora de tercio y quinto, ó del uno de estos solo, se han de entregar al mejorado, ó legatario, sea legítimo, ó extraño, los propios bienes en que se la señaló, y no en dinero, excepto que aquellos no puedan dividirse cómodamente, como sucede en el horno, molino, nave y otras cosas semejantes; y si no la señaló, se ha de dar en la parte de hacienda que dexáre (*b*). Pero es de notar que quando la hacienda no tiene cómoda division, no estan obligados los no mejorados á dar precisamente en dinero el tercio, y quinto á los que lo son, porque no les compele á ello la ley, y ántes bien lo dexa á su arbitrio diciendo no que *deben*, sino que *puedan*; y así pagarán la mejora en dinero, ó en otros bienes de la herencia, segun quisieren, sin que el mejorado tenga accion á pedir que se le dé indispensablemente en dinero (*c*).

14 Si el testador por carecer de herederos legítimos testa entre extraños, y mejora á alguno en el tercio, ó quinto, ó en otra quota, ó parte de sus bienes, ó la lega á otro, este legatario, ó mejorado debe llevar indistintamente su legado, ó mejora en los bienes que dexó el testador, sin que el heredero tenga derecho á elegir, porque si teniendo descendientes y dexando el quinto á extraños, debe haberle este en los propios bienes del testador, como dice la ley, con mayor razon siendo todos extraños, deberá percibirle en ellos; y para el caso lo mismo es que sea el quinto, que la quarta ó tercera parte, ú otra qüota de bienes (*d*).

(*a*) Acev. ley 3 tit. 6 lib. 5 R. nn. 1 y 2. Covar. cap. Reynaldus, §. 2 núm. 5 de Testam. (*b*) Así lo ordena expresamente la ley 20 de Toro, que es la 4 tit. 6 lib. 5 R. (*c*) Gom. ley 20 de Toro núm. fin. vers. Sed advertendum. (*d*) Gom. lib. 1 Var. cap. 12 núm. 21 vers. Advertendum tamen est.

15 No sucederá lo mismo, si el testador lega v. g. la tercera parte, ú otra del usufructo de cierto fundo suyo, pues podrá el heredero vender el fundo y entregar al legatario la estimacion y cantidad anual respectiva al arrendamiento de la misma parte del usufructo, aunque no quiera recibirle (*a*); y este es uno de los casos, en que se puede entregar una cosa por otra al acreedor contra su voluntad.

16 Aunque la legítima de los hijos y descendientes legítimos no puede gravarse por sus ascendientes, si estos dexaren á algunos mas porcion que la que les corresponde por ella, se les permite poner en el exceso condiciones posibles y honestas (*b*); y puesto que no es legítima rigorosa de todos el tercio, si sus padres le dexaren á alguno, ó algunos, pueden imponer en él para siempre, ó por tiempo señalado á su arbitrio, en contrato, ó en disposicion última, sin distinguir de quarta ni quinta generacion, el gravámen así de restitucion como de fideicomiso con los vínculos, sumisiones y substituciones que les parezca, siempre que sea entre sus descendientes legítimos de qualquier grado, anteponiendo, ó postergando entre las personas de cada grado las que quisieren, sean varones, ó hembras, á las quales no pueden excluir, por no dárseles facultades para ello: en defecto de legítimos, entre los ilegítimos que hayan derecho de poderlos heredar, no habiéndolos, entre sus ascendientes: á falta de estos, entre sus parientes; y acabados todos, entre extraños; pues si se hiciere la disposicion en otros términos, se reducirá al órden expuesto, y solo valdrá hasta la persona en quien inútilmente y contra la ley hicieron la substitucion (*c*), en la qual se acabará quedando en su poder libres y como tales partibles entre sus herederos los bienes (*d*), si de la mente del mejorante no aparece lo contrario, porque en las

(*a*) Cast. ley 20 de Toro n. 3. (*b*) Ley 11 tit. 4 P. 6. (*c*) Ley 27 de Toro, que es la 11 tit. 6 lib. 5 R. Roxas Almans. de Incomp. disp. 2 q. 3 nn. 8, &c. y 23. (*d*) Ayora de Partit. part. 2 q. 43. Castill. lib. 2 Controv. cap. 7.

cosas que admiten separacion, no se vicia lo útil por lo inútil. El gravámen y condiciones pueden ponerse no solo al tiempo de hacer la mejora sino tambien despues en qualquiera, con tal que pueda revocarse, y no de otra suerte (*a*). Mas para saber la novedad que ha habido sobre este punto, véanse las dos Reales cédulas primeras insertas en el apéndice del cap. 7 de la Prim. Part.

17 Si el testador que instituye á sus hijos naturales, tiene ascendientes, no puede substituir extraños, y si los nombrare, llevarán solamente el tercio, y el residuo será para los ascendientes; pues del mismo modo que la institucion no valdria sino en él segun la ley 6 de Toro, no valdrá la substitucion, porque es segunda institucion, y el que no puede ser instituido, tampoco puede ser substituido (*b*).

18 Si el testador manda que el mejorado pueda de propia autoridad aprehender la posesion de los bienes de la mejora que le señaló, se ha de observar su voluntad; y por el contrario, si prohibe que la tome hasta que sus testamentarios cumplan su disposicion y paguen los legados, tambien debe ser obedecido (*c*).

19 Mejorando el padre á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes en disposicion última, é imponiéndole el gravámen de restituirle á otro hijo, ó descendiente á cierto tiempo, si despues en el artículo de la muerte dexó simplemente el mismo tercio y quinto á otro hijo, se entiende quitado el gravámen de restitucion impuesto al primero por el hecho de no haberle expresado (*d*).

20 Si el padre del testador le dexó un fundo con la condicion de que despues de la muerte del mismo testador habia de pasar á su hijo mayor, nieto de su padre, se debe adjudicar al nieto y no imputársele en su legítima paterna, porque el abuelo tuvo facultad para mejorarle, substituirle y gravarle á la restitucion, y el nieto

(*a*) Gom. ley 17 de Toro n. 22. (*b*) Angul. ley 11 tit. 6 lib. 5 R. glos. 12 n. 3. (*c*) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 1 § 9, n. 7. (*d*) Castill. ley 27 de Toro n. 11 vers. Sed quæro pater.

recibe de él y no de su padre el fundo, por lo que no se debe conceptuar finca del testador ni hacer mérito de él en la particion de sus bienes.

21 Habiendo dexado el testador al nieto un fundo *para quando tuviese hijos*, si ántes de verificarse esta condicion, ó de tenerlos, se dividieron los bienes de su padre entre él y sus hermanos, ó coherederos, incluyéndole en la particion y prometiendo todos haberla por firme, podrá sin embargo el nieto verificándose despues la condicion, pedir el fundo dividido ya y entregado, aunque haya hecho juramento de no contravenir nunca á la particion (*a*); porque por la de los bienes comunes no se entiende remitido ni renunciado el fideicomiso condicional, aun quando se tenga noticia de él y se diga en la misma particion que el uno remite y cede al otro todos los derechos que tiene y espera tener, y lo que se le dexó en testamento (*b*).

22 Pero esto se limita: lo primero, quando se purificó el fideicomiso muerto el padre, porque si se dividiese despues entre los hermanos, se perjudicaría el nieto por la renuncia y remision; y lo segundo, si en la division se pusieron palabras amplias y eficaces, como si dixeron: „que de las cosas divididas ninguno habia de poder repetir ni exîgir jamas del otro coheredero cosa ni parte alguna, aunque por derecho le tocase y pudiese tocar, porque lo renunciaban todo y se lo condonaban mutuamente para siempre;„ pues entónces se presume que el nieto quiso dividir y renunció el fideicomiso, teniendo noticia de este y haciendo constar que la tenia, y no de otra suerte, en atencion á que por general y amplia que sea la renuncia, de ninguno se presume que ha renunciado el derecho que ignora tener (*c*).

23 La mejora se puede hacer expresa y tácitamente: expresamente, quando en la donacion usa del testador, ó donante de la palabra *mejoro*, ú otra equivalente; y tá-

(*a*) Ley 122 § 6 ff. de Verbor. obligation. (*b*) Ley 77 § 4 ff de legat. 2 (*c*) Menoch. consil. 86 n. 56 lib. 4.

citamente, quando hace donacion simple al descendiente sin causa alguna solo por beneficiarle, en cuyo caso se presume que le mejora en lo que le dona, y no se le ha de imputar en su legítima, excepto que conste lo contrario de la voluntad del donante, pues siempre se debe atender á la mente de los contrayentes y recurrir á las congeturas (*a*).

24 En este supuesto si el padre entrega á su hijo emancipado cierta cantidad de dinero, aunque sea grande, para que en suelo suyo construya un edificio, ó plante viña ú olivar (que de otro modo no construiría ni plantaría) es visto que se la dona y de consiguiente que le mejora en ella (*b*), como tambien en la cosa que compra en nombre de él y se la entrega (*c*).

25 Lo mismo procede, si su madre le redime de cautiverio (*d*), ó si no teniendo ni administrando bienes suyos le da alimentos, pues se presume que lo hace movida de piedad y con ánimo de hacerle donacion (*e*); y así no se deben imputar á los hijos en sus legítimas estas y otras donaciones semejantes sino estimarse por mejorados en ellas hasta en lo que permite la ley, no constando lo contrario de la voluntad del donante (*f*).

26 Se entiende que hay mejora, quando el padre testando entre hijos nombra á uno, ó mas por sus universales herederos, preteriendo (*no mencionando*) absolutamente, ó exheredando injustamente á los restantes, ó instituyendo á todos, pero dexando á alguno ó algunos menor parte de herencia que la que debe corresponderles por sus legítimas; en cuyo caso aquel hijo, ó hijos instituidos universales herederos no solo tomarán las suyas, sino que se conceptuarán mejorados en el tercio y quinto, si el testamento contiene la cláusula codicilar (*g*), y la solemnidad de testigos que prefine la

(*a*) Ley 26 de Toro. Tello en ella núm. 1. Matienz. en la 10 tit. 6 lib. 5 R. glos. 1 n. 2. (*b*) Ley 13 §. fin. de Donation. inter vir. & uxor. (*c*) Leyes 18 Cod. familiæ erciscundæ y 2 Cod. Si quis alteri vel sibi. (*d*) Menoch. de arbitr. cas. 88 n. 29. (*e*) Ley pen. tit. 12 P. 5 (*f*) De esto se tratará mas latamente en el cap. sig. con motivo de las colaciones. (*g*) Se explican sus efectos en la I. P. cap. 1 §. 12.

ley, y no de otra suerte; y los preteridos, sean los que viven á la sazon, ó los que viviendo su padre nacen despues de la institucion, y no fueron nombrados específica ni genéricamente; ó los exheredados injustamente ó perjudicados en su legítima, percibirán esta tan solo disminuida, porque su padre careció de facultad para privarles de ella, gravársela y desfalcársela (*a*); pues la cláusula codicilar hace que el testamento valga del modo que segun derecho puede valer, sobre lo qual he visto caso práctico así resuelto; pero nombrándolos, aunque solo sea genéricamente, no procederá lo dicho.

27. Haciendo el padre en su testamento, ó en otra disposicion última algun legado á su hijo ó descendiente, é instituyéndole heredero igualmente con los demas, aunque algunos dicen que este legado se le ha de imputar en parte de legítima, porque en duda mas parece que quiere pagar el débito que hacer donacion; se debe sin embargo tener por mejora, como si se hubiera hecho donacion en contrato (*b*), porque el legado es una especie de donacion (*c*), y toda donacion de padre ó madre ha de conceptuarse mejora, segun lo dispone expresamente la ley 26 de Toro (*d*) que dice: „Si el padre, ó la madre en testamento, ó en otra qualquier última voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio, ó en el quinto, entiendese que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él, ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto: y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la quantidad del dicho tercio y quinto, y legítima de lo que debian haber de los bienes de su padre y madre, y abuelos, y no en mas.„ Ademas si el padre hubiese querido

(*a*) Gom. ley 3 de Toro n. 86. (*b*) Ley 10 tit. 6 lib. 5 R. Matienz. en ella glos. fin. Angul. de Meliorat. dich. ley 10 glos. 2 nn. 3, 4 y 5 Palac. Rub. en la 26 de Toro n. 1. (*c*) Ley 1 tit. 9 P. 6. (*d*) Es la 10 cit.

que se imputase el legado al hijo en su legítima, lo hubiera expresado, y por no haberlo hecho y sí instituido al legatario heredero con los demas es visto que quiso mejorarle.

28 Procede lo referido, no solo quando le instituye heredero igualmente con los demas, sino tambien aunque le instituya simplemente, porque esta simple institucion se estima hecha en iguales partes (*a*). Tambien procede no solamente en el hijo varon ú otro descendiente sino asimismo en la hija ó nieta; pues aunque no puede ser mejorada en contrato por razon de dote ni casamiento segun la ley (*b*), sí en testamento ú otra última voluntad (*c*).

29 De lo expuesto se deduce que si el testador no dispone del quinto, y es de mucho valor la cosa legada, se ha de computar primero esta en el tercio y quinto, y si excede al importe de ámbos, ha de aplicarse al legatario el exceso en cuenta de la legítima que le corresponde de los bienes del testador; y si dispone de él, se le imputará en el tercio, y el sobrante si le hubiese, en su legítima, pues lo contrario es opuesto á lo resuelto en la ley 26 de Toro, cuya inteligencia en la forma explicada está comunmente recibida, mayormente quando se debe observar el órden de las palabras, constando de ellas el espíritu y la mente de la ley.

30 Sin embargo Acevedo queriendo conciliar (*d*) las opiniones acerca de la dote y capital, distingue entre la donacion expresa y tácita, afirmando que quando la dote se da simplemente á la hija y no como donacion, se le debe imputar primero en su legítima, y que quando se da como donacion, en el tercio y quinto, y el exceso en cuenta de aquella; pero esta doctrina no debe seguirse: lo primero, porque quando el padre da dote á su hija, lo hace por la obligacion que tiene de dotarla, en cuya atencion es visto dársela con ánimo de que se

(*a*) Ley 17 tit. 3 P. 6. (*b*) La 1 tit. 2 lib. 5 R. (*c*) Roxas de Succés. abintestat. c. 3 n. 4. Baez. de Non meliorad. filiab. c. 20 nn. 5 y sig. (*d*) En la ley 10 tit. 6 lib. 5 R. n. 6.

compense con su legítima, y se le debe imputar en esta (*a*): cuya razon versa en el capital, porque el padre puede ser compelido á darle (*b*): lo segundo, porque la dote y capital son colacionables, segun se dirá en el cap. sig. como tales se imputan en cuenta de legítima (*c*), y así no pueden gravarse con la restitucion del fideicomiso como la mejora; y lo tercero, porque no se comprehenden en el nombre genérico de donaciones (*d*), pues la dote y capital suceden en lugar de legítima y son patrimonio propio de la hija é hijo, por lo que una y otra se deben imputar en aquella, excepto que el testador mande expresamente lo contrario, y mejore al hijo en la que le haga, lo qual no sucede en otras donaciones voluntarias.

31 Si el testador dixo en su testamento: „mi hijo Pedro me quitó cien doblones, ó á mi hijo Pedro dí cien doblones, quando se casó, ó para ciertas cosas, mando que los traiga á particion con sus hermanos, y se le imputen en su legítima; „ y el hijo niega haber recibido de su padre, ó quitádole los cien doblones, y no hay mas prueba que la confesion de su padre; si este no mejoró á los demas hijos, valdrá aquella hasta en lo que alcancen el tercio y quinto á favor del hijo, porque en estos puede gravar á algunos de sus herederos legítimos, lo qual procede, aunque no sea cierta su asercion, porque la demostracion falsa no vicia el legado de cantidad ó cosa cierta hecho á los hijos (*e*); y si los mejoró en el tercio y quinto, no valdrá, ni se debe estar á ella en perjuicio de la legítima del hijo que niega la substraccion ó recepcion de la cantidad que dice su padre (*f*), y así deberá percibir su legítima entera (1).

(*a*) Ley 3 tit. 15 P. 6. (*b*) Ley final Cod. de Dotis promission. (*c*) Leyes 29 de Toro, y 3 y 4 tit. 15 P. 6. Palac. Rub. en la primera núm. 5. (*d*) Palac. Rub. n. 5 cit. (*e*) Leyes 17 §. 2 ff. de Conditionib. & Demonstrat. y 93 §. 1 ff. de Legat. 3 y §. 15 Institut. de Legat. Véase el cap. 6 n. 60 y su nota. (*f*) Ley 3 tit. 14 P. 3 Gom. lib. 1 Var. cap. 12 n. 81 y en él Aillon. Ayor. part. 1 cap. 5 nn. 12 y 13.

(1) Si hubiese dicho Febrero que en los casos expresados no vale la asercion del padre negándola el hijo, se hubiera explicado mejor y en menos palabras. Con mas claridad se explica la ley 3 cit. que así por esto como porque merece leerse, voy á copiar. »Tan grande es el

32 Pero si dice: „mejoro á Juan y Diego mis hijos en tanta cantidad que mi hijo Pedro me quitó; „ y esta asercion paterna no consta por otro medio que por su mera confesion; aunque parece que será de ningun momento la mejora, porque no se hizo de nada, puesto que no se acredita legalmente su certidumbre, al modo que si dixese: „Lego á Francisco ciento que Antonio me debe„ será inútil este legado no haciéndose constar el débito (*a*); no obstante vale la mejora, porque hay diferencia entre los dos casos; pues quando las palabras del testador se dirigen al heredero, como se dice: „Lego á Pedro ciento que le debo„ parece que su voluntad es gravarle para que dé aquello que lega (*b*); mas quando habla de tercera persona como en el último caso de Francisco y Antonio, no es visto que quiere gravarle á dar lo que expresa (*c*) (1).

33 Donando en vida simplemente y entregando el

amor que ha el padre con su fijo: maguer sea de ganancia (*aunque sea ilegítimo*) que va buscando carreras (*medios ó trazas*), porque le pueda dar mas en su testamento, que mandan las leyes deste nuestro libro. E esto sería quando alguno dexa á tal fijo, quanto le otorga el derecho que le pueda dexar. E en esse mismo testamento dice, que manda á sus herederos, que tornen á aquel su fijo tantos maravedis, que le diera fulano pariente del mozo, en poridad (*secreto*) que los guardasse por él: é otrosí, que le tornassen tantos maravedis, que él recibiera de los frutos de tal heredamiento del mozo, ó de su madre, ó mandasse escrebir en el testamento otras palabras semejantes destas, en que mandasse dar al mozo, mas de lo que las leyes mandan, decimos, que los herederos no son tenudos de pagar mas de lo que el derecho deste nuestro libro manda, que puede mandar el padre á tal fijo: é que en las palabras que dixo demas de aquello que no deve ser creido. Ca sospecharon los sabios antiguos, que ficieron las leyes, que quando el padre usa de tales palabras en su testamento, que lo face por engañar la ley: é por sabor (*deseo*) que ha de facer algo á sus fijos, é non porque sea assí. Pero si tal fijo pudiere provar, que el padre le deve, ó recibiera por él alguna destas cosas que le manda dar, entonce tenudos serian los herederos de tornarle, é de otorgarle todo aquello que assí provasse, ó mostrasse.„

(*a*) Leyes 75 §. 1 al fin y 82 §. 5 ff. de Legat. 1. (*b*) §. cit. Instit. de Legat. Morquech. lib. 3 cap. 2 n. final. (*c*) Ley 10 ff. de Liberation. legat. glos. in leg. 25 §. Contra autem verb. Legata ff. del mismo tit.

(1) Obscura, confusa, y poco sólida y atendible parece la doctrina de este núm.

padre ó un hijo algun fundo, se contempla mejorado tácitamente en él, por lo que si su valor excede al tercio y quinto del que incluyéndole tienen los bienes del donante quando fallece, ha de llevar el exceso en cuenta de la legítima, y si excede tambien á esta, debe restituirle á los coherederos (*a*). Lo mismo se debe practicar, quando le mejora expresamente, señalándole y entregándole los bienes de la mejora, atendiéndose y computándose en todo caso el valor de los del mejorante ó donante al tiempo de su muerte unido con el de los entregados y no al de los que tenia, quando le mejoró, fuesen mas ó ménos (*b*), como se explicará latamente en el cap. sig.

34 Supuesto que esta donacion se tiene por mejora, dúdase, si se ha de imputar en el tercio, ó en el quinto, y de quál se ha de entender primero en el caso de que su valor no alcance á completar el de ámbos; y parece que deberá entenderse del quinto, puesto que por la ley 214 del Estilo que está en uso, se manda deducir primero que el tercio por favor del alma del testador ó donante, y que quando no consta claramente de la voluntad de este, se entiende disponer ó contraer segun la costumbre del pais en que hace la disposicion ó contrato: ó que si equivale al tercio, se imputará en él, ó en el quinto, si equivaliese á su importe, pues aquello se entiende hecho que se colige de la qualidad de la cosa, así como de la cantidad del precio se infiere, si fué venta ó arrendamiento lo que se hizo (*c*); y si lo que donó, equivale á su legítima, parece asimismo que quiso anticipársela en vida, y que así deberá colacionarla (*d*), sin que se deba hacer mérito de que exceda, ó no llegue al tercio, quinto, ó legítima en poca suma, porque lo poco se reputa nada.

35 Pero sin embargo de lo expuesto no se debe imputar en el quinto ni legítima dicha donacion sino es-

(*a*) Leyes 26 y 29 de Toro. Gutier. lib. 2 Pract. q. 63. Gomez ley 29 cit. n. 30 vers. Pulchrum. (*b*) Leyes 19, 23, 26 y 29 de Toro. (*c*) Greg. Lop. ley 2 tit. 33 P. 7 glos. 4. (*d*) Gom. ley 29 de Toro n. 28 al fin.

timarse como tercio ó parte de él (*a*): en primer lugar, porque como el quinto es la única hacienda del testador, es visto haber querido reservarle para disponer de él á favor de su alma, ó en otras cosas á su arbitrio, y de entenderse serlo y no tercio resultaría que el mejorado tenia obligacion á pagar de él no solo el funeral y misas sino tambien los legados pios y graciosos, lo qual no puede ser, porque solo en quanto al funeral necesario y moderado, misas y descargos de su conciencia es revocable (*b*), para que no muera intestado el donante; y no estando, como no está obligado á cumplir cosa alguna de estas del tercio, porque es parte de legítima y no puede gravarse, se seguiría que, ó se le habia de gravar en él, ó no se habia de cumplir enteramente la voluntad del donante: en segundo lugar, porque si despues de donado el fundo legase á un extraño el quinto de sus bienes, es indubitable que el valor del fundo se tendria por tercio ó parte de él, como si hubiera dexado el quinto por su alma; y debiendo observarse en el todo su voluntad, si se puede sin violar la ley; se debe entender por esto ser tercio y no quinto: en tercer lugar, porque en duda siempre se presume que todos quieren gravarse, ó dar lo ménos que pueden, como hace qualquiera persona prudente, y con la donacion del fundo si se entendiese del quinto, se quitaba á sí propio el mejorante la facultad de testar libremente de el íntegro, lo qual no es creible quisiese; y en quarto lugar, porque la disposicion y contrato dudosos se han de interpretar, segun lo que es mas verosimil, quisieron el testador y contrayente, como asimismo mas á propósito para que su voluntad y estipulacion tengan efecto (*c*), y han de conciliarse con las leyes en todo lo que no se opongan. Por estas razones se ha de computar en el tercio, y si sobrase algo en el quinto, disponga de él en favor de su alma, ó de extraño, ó destínele á su arbitrio en otras cosas.

(*a*) Angul. ley 10 tit. 6 lib. 5 glos. 5 n. 1. Gom. en la 29 cit. n. 30 vers. Tertio in quantum. (*b*) Véase el cap. 1 de este lib. núm. 29. (*c*) Ayor. part. 2 q. 4.

36 Donando y entregando el padre el fundo al hijo para casarse, si muere ántes que su padre sin dexar hijos, y en vida le vendió y entregó al comprador, podrán los coherederos reivindicarle de este en la parte en que su valor excedió á la legítima y mejora, segun afirma Ayora (*a*), fundándose en que se entiende mejorado con la condicion de que sobreviva á su padre, porque miéntras este vive, ni hay herencia, ni puede tener heredero de hecho, ni hasta que muera, se debe la legítima. Pero á estos fundamentos se satisface lo primero, con que aunque el padre, miéntras vive, no puede tener heredero, esto se entiende siendo extraño, mas no, siendo hijo, porque este se llama heredero de su padre en vida y quasi dueño de sus bienes: lo segundo, con que sin embargo de no debérsele la legítima ni poder ser compelido el padre á entregársela, se la puede pagar en vida, y quando le da algo en cuenta de ella, se dice mas bien que le anticipa, ó paga ántes de tiempo, que el que le dona, pues el hijo se llama acreedor á ella en vida de su padre: lo tercero, con que la donacion hecha al hijo estando baxo de la patria potestad se confirma con la muerte del padre, si no la revoca; y lo quarto, con que así como la donacion hecha á la hija por causa de dote, es válida, y esta se da en parte de legítima, así tambien la donacion del capital vale y no se puede revocar, pues corre parejas con la dote, y el padre puede ser compelido á hacerla á su hijo (*b*). En esta atencion digo, que el hijo se hizo verdadero dueño del fundo, que como tal pudo enagenarle, y que una vez enagenado legítimamente no se puede retratar, aunque despues llegue el caso, y se advierta que si ántes de hacerlo hubiera sucedido, impediria que se perfeccionase la venta, fuera de que por el hecho de donarle el padre á su hijo es visto haber consentido en su enagenacion, como sucede en los bienes profecticios, quando le concede su administracion (*c*).

(*a*) Part. 2 q. 34. (*b*) Leyes 17 de Toro y en ella Tello n. 78, y 3 it. 15 P. 6 Angul. de Meliorat. in leg. 9 glos. 4 n. 7. Ayora part. 2 f. 18. (*c*) Morq. de Divis. lib. 3 cap. 3 desde el n. 15 hasta el fin.

37 Si poseyendo el padre, ó la madre alguna finca con el gravámen de no enagenarla y de restituirla á alguno de sus hijos despues de su muerte, mejoró al uno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleció sin hacer la restitucion ni mencion de la finca; no llevará el hijo mejorado como tal parte alguna de ella, por no ser propia del mejorante, y ántes bien la adquirirá igualmente con todos sus hermanos como acreedores á ella, mediante á no haberla restituido á ninguno, y á que por esta omision y silencio es visto haber querido restituirla á todos, puesto que el gravado á restituir indistintamente á alguno de una familia puede hacer la restitucion á dos ó mas de ella (*a*); de suerte que la mejora se deducirá únicamente de los demas bienes que el mejorante haya dexado.

38 Como regularmente quando hay mejora de tercio y quinto entre los descendientes legítimos del testador, se nombra primero el tercio que el quinto, parece que segun el órden de las palabras de la disposicion y comun estilo de hablar se debe baxar primero el tercio; pero lo contrario ha de decirse no habiendo entrega de los bienes de la mejora, y así el quinto dexado en un mismo testamento ó contrato se debe deducir ante todas cosas del cuerpo de la herencia efectiva por favor del alma del mejorante, para que sea de mayor valor, y por las demas razones expuestas en la I. P. (*b*) no habiendo fuero ó costumbre contraria, segun lo dispone la ley 214 del Estilo que declarando otra del Fuero Real (*c*) dice: » Y es á saber sobre esta quinta parte, y sobre esta tercia parte, quando no hay otro fuero, ni costumbre que sea contra la ley, que sacan primero por razon del alma y quinto de quanto obiere, y mandarlo há á quien quisiere: y de todo lo al que finca, mejorar á alguno de sus hijos, y mandarle há el tercio, y así se usa esta ley; » y se observa regularmente en estos reynos de Castilla: lo qual procede, aunque el contrato sea irrevocable, pues por esto únicamente

(*a*) Ayor. part. 2 q. 27. (*b*) Cap. 1 n. 116. (*c*) La 9 tit. 5 lib. 3.

adquirió derecho el mejorado á no poder ya dexar de serlo, mas no á que el tercio se deduzca primero que el quinto, y así su importe como exîstente entre los bienes del mejorante se contempla donado en disposicion última confirmada con su muerte. El modo de girar la cuenta es hacer un cuerpo de todo el caudal del difunto, deducir de él todas las deudas, sacar luego de lo líquido la quinta parte, baxar del resíduo el tercio y dividir el resto en tantas partes iguales quantas son los herederos incluso el mejorado ó mejorados, si tambien lo son; pues no siéndolo, v. gr. por ser nietos que no entran á heredar á causa de vivir su padre ó madre, se dividirá tan solo entre los instituidos por tales (*a*). Pero es de advertir al partidor que quando el testador dexa á su favor deudas cobrables, dudosas y fallidas, ó de qualquiera de estas clases, y bienes fructíferos é infructíferos, y mejora indistintamente en el tercio de todos los suyos, ó en el quinto, ó en ámbos á alguno, ó algunos de sus herederos, deben sacar mejora, hacer prorateo y liquidacion de cada una de estas especies, de modo que cada interesado lleve en ellas lo que le corresponda, y aplicarle proporcionalmente su parte segun la voluntad del testador, con lo qual procederá justificadamente y ninguno será perjudicado.

39 Lo propio milita, quando la mejora se hace en dos instrumentos, v. gr. parte un testamento, ó contrato, y parte en codicilo, sean uno solo, dos, ó mas los descendientes mejorados en ellos, pues de qualquiera suerte se ha de deducir primero el quinto; bien que si es uno solo el mejorado en ámbos, lo propio es sacar este ántes ó despues que aquel, como se demuestra haciendo la cuenta. Por exemplo, asciende el caudal líquido partible á quince, si se saca primero el quinto, importa tres y quedan doce, de los quales el tercio son quatro, de suerte que por tercio y quinto baxando primero este le tocan siete, y si se baxa ántes el tercio, serán cinco y quedan diez, de los quales el quinto son dos, por manera que le tocan los mismos siete.

(*a*) Gom. y Castill. ley 17 de Toro n. 2.

40 Lo expuesto se limita, quando el mejorante manda que el tercio se deduzca ántes que el quinto, sean dos los mejorados, sea uno solo, ó disponga á favor de uno de sus descendientes del tercio, y á favor de otro ó de extraño, ó por su alma del quinto, pues entónces se observará su mandato, porque la deduccion prévia del quinto se ha establecido á su favor, para que tenga mas de que disponer por su alma, ó en lo que quisiere, y así puede renunciar este beneficio á favor del mejorado en el tercio (*a*).

41 Tambien se limita, quando en contrato irrevocable, ó por causa onerosa como casamiento hizo mejora del tercio á favor de un descendiente legítimo con entrega de los bienes, ó de su posesion verdadera, ó ficta, y en disposicion última del quinto á favor de otro, ó de un extraño, ó dispuso de este en otros fines: como tambien quando se pactó entre las partes, segun puede hacerse, que la donacion surtiese su efecto ántes de la muerte del donante; pues en estos casos se deducirá primero el tercio y disminuirá el quinto, porque mucho ántes que el legatario de este adquiriese derecho á él, el mejorado en el tercio le tenia adquirido á su importe en el de todos los bienes del mejorante, por cuya razon careció de facultad para legar quinto de parte del tercio que tocaba enteramente al mejorado en él, y así para el efecto de deducirse se ha de considerar como una deuda contra el caudal del mejorante ó donante: lo qual procede, aunque el instrumento revocable en que se donó ó legó el quinto, se otorgue ántes que el irrevocable del tercio; porque este inmediatamente surtió su efecto, y aquel no, hasta que se confirmó con la muerte del otorgante, desde la qual empieza á tener vigor, por no poderle ya revocar (*b*).

42 Mas para hacer la deduccion del tercio entero, ó de la parte de él que señale el testador al mejorado, se

(*a*) Cifuentes ley 25 de Toro al fin. (*b*) Angul. ley 9 tit. 6 lib. 5 R. glos. 2 n. 3, y ley 10 glos. 1 nn. 7 y 8. Escobar. de Ratiotin. comput. 1 nn. 2, &c. y 6.

ha de tener consideracion á lo que valen sus bienes, quando muere, y no á lo que valian, quando hizo la mejora (*a*); porque el tercio es legítima, y el valor de esta se atiende al tiempo de la muerte y no en vida (*b*); por lo que si quando el testador la hizo, tenia pocos bienes, y al tiempo que fallece tiene muchos, se deducirá y pagará el tercio al mejorado del importe de estos; y si por el contrario tiene pocos, percibirá ménos, aunque entónces tuviese muchos, pues no hay eleccion de tiempos, háyase entregado en vida el todo ó parte de la mejora al mejorado, ó nada; y solo habiendo habido entrega se unirá su importe al caudal partible, y hecho todo un cuerpo se deducirá de ello la mejora, y verá si cabe ó no, ó tiene mas que haber en cuenta de ella.

43 Lo mismo milita en qualquiera donacion de cosa ó cantidad hecha simplemente á un hijo ó descendiente, porque tiene fuerza de mejora y el donatario se entiende mejorado en ella segun la ley 26 de Toro, sea válida quando se hace, ó inválida hasta que se confirme con la muerte del donante (*c*), no mandando este al tiempo de hacerla que la colacione, pues si lo manda entónces, siendo irrevocable, ó despues, si es revocable, no hay mejora, y se deberá recibir en cuenta de legítima.

44 Mejorando el padre en alguna disposicion última á un hijo ó descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, y no disponiendo del quinto, puede dudarse qual de los dos se ha de baxar primero, y cómo se ha de hacer la deduccion caso que los gastos del funeral, misas y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de este despues de deducidos. Por exemplo, dexa el padre 150 ducados, y los gastos y legados referidos importan 10. Parece que segun la ley del Estilo que se halla en observancia en estos reynos de Castilla, se debe baxar primero el quinto que son 30,

(*a*) Ley 23 de Toro, que es la 7 tit. 6 lib. 5 R. (*b*) Góm. y Cifuent. ley 23 de Toro. (*c*) Tell. dich. ley 23 n. 15.

sacar de los 12ⓓ restantes el tercio que importa 4ⓓ, aplicarle al mejorado en él, y luego dividir los 2ⓓ que sobran del quinto, baxados los 1ⓓ, importe de los legados, gastos funerarios y misas, y el resto de la herencia entre todos los herederos igualmente, incluso el mejorado.

45 Pero con esta deduccion sale perjudicado gravemente el mejorado, y así primero se ha de sacar en dicho caso el tercio del remanente del quinto para él, que son 666 ducados, siete reales y un tercio de otro, luego de los 12ⓓ baxar tambien y aplicarle los 4ⓓ del tercio, y unidos el resto de ellos que son 8ⓓ y el del quinto que asciende á 1ⓓ333 ducados, tres reales y dos tercios, dividirlos igualmente entre todos los herederos entrando el mejorado: porque el testador por el hecho de haber mejorado á su hijo en el tercio de todos sus bienes, por poder disponer libremente tan solo de los del quinto, y no haber dispuesto de este como podia hacerlo, es visto haber querido que llevase de él el tercio, así como de los demas bienes que son legítima de sus hijos; pues de lo contrario no se le dexaba nada de lo suyo, sino solamente de lo que era legítima, ni se cumplia su voluntad, la qual no fué únicamente mejorarle en el tercio de los bienes que dexaba baxado el quinto, sino tambien en el de los suyos privativos que son el residuo de este (*a*).

46 Si el padre ó la madre mejorô en disposicion última á un descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, mandando que pagase de él los gastos de su funeral, misas y legados, y no disponiendo en ninguna manera del quinto, deberá satisfacerlo todo del tercio hasta en lo que alcance el quinto y no mas, y únicamente se entenderá mejorado en el exceso de uno á otro (*b*).

47 Lo mismo ha de decirse, quando el padre mejoró en el tercio de sus bienes á un descendiente suyo y á otro en el quinto, ordenando que el mejorado en el

(*a*) Ayor. de Partit. part. 2 q. 5 n. 10. (*b*) Ayor. part. 2 q. 10. Matienz. ley 13 tit. 6 lib. 5 glos. fin.

primero satisfaciese por sí solo los gastos de su entierro y demas expresados, ó que entregase para ellos al mejorado en el segundo la mitad del tercio; pues deberá satisfacerlos hasta en lo que alcance el quinto entero de los bienes del mejorante y no mas, entendiéndose que mejoró ó distribuyó el tercio entre los dos, dexando mayor porcion de este al del quinto que á él (*a*). La cuenta se hará de esta suerte: v. gr. asciende toda la herencia líquida partible á 20@ reales, cuyo quinto son 4@ y cuyo tercio, baxados estos, importa 5@333 y un tercio de otro. En este caso deberá expender hasta en los 4@ de los 5@333 del tercio y no mas, aunque importen mas los legados y gastos referidos, y se entenderá mejorado en los 1@333 y un tercio restantes que juntos con los 4@ del quinto componen los 5@333 y un tercio del tercio total de la herencia, y así no se grava la legítima en cosa alguna. Y si le manda entregar al del quinto la mitad del tercio, y esta no alcanza para los gastos y demas cosas que hubiere dispuesto, deberá suplirlo el del quinto hasta en lo que falte para completar la quinta parte de los bienes del testador y no mas, incluyendo lo entregado por el mejorado en el tercio, y se conceptuará mejorado en el residuo como en parte de tercio.

§. II.

Si los ascendientes pueden revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus descendientes legítimos, y quando se entiende revocada.

48 No porque los hijos y descendientes legítimos sean mejorados en contrato, ó última voluntad, se hacen incontinente dueños de los bienes de la mejora, ó donacion, de tal suerte que sea irrevocable; pues por el contrario sus padres ó ascendientes pueden revocar hasta su muerte la del tercio que hicieron á su favor en testamento ó en otra disposicion última, ó en contra-

(*a*) Ayor. lug. cit. q. 11. Tello ley 28 de Toro col. 1 y en la 30 n. 2.

to, esten en su poder, ó fuera de él, como lo dice la ley 17 de Toro (*a*). „Quando el padre, ó la madre mejorare á alguno de sus fijos, ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, ó en otra postrimera voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que fizo la dicha mejoría, ó no, fasta la hora de la muerte la pueda revocar quando quisiere.„ Esto procede, aunque les entreguen la posesion de los bienes de la mejora, si la hicieron en testamento ó en otra última voluntad, mayormente si hacen mencion de esta, porque la tradicion como accesoria á la disposicion en que se hace, sigue su naturaleza (*b*).

49 El que afirma la revocacion, debe probarla, porque como no se contempla mudada la voluntad del que hizo la mejora, no se presume en duda haber revocado esta; por lo que si el padre mejoró en su testamento á un hijo, ó descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto, y despues en codicilo á otro, no se entiende haber revocado en este la mejora, y ántes bien concurrirán ámbos igualmente á su goce, como si á un propio tiempo y en una cláusula fueran mejorados, al modo que se debe hacer en el legado del fundo hecho en estos términos.

50 Lo mismo procede con mayor razon, si en el propio testamento, ó en otro acto celebrado incontinente mejorase el padre á dos hijos con separacion; pues aunque no se niega que puede mudar su voluntad, no se presume haberlo hecho, miéntras no lo diga, porque su afecto á los hijos es regularmente igual, y no es creible que sin motivo se quisiese retratar al momento de lo que acababa de hacer.

51 Mejorando el padre á un hijo suyo en cierta cantidad que tiene en parte determinada, v. gr. en un cofre, si compra despues con ella un fundo y le vende, se contempla revocada la mejora, porque ya no existe en

(*a*) Es la 1 tit. 6 lib. 5 R. (*b*) Gom. ley 17 de **Toro n. fin. Matien.** en la 1 tit. 6 lib. 5 R. glos. 4 nn. 26 y 27.

su poder el dinero, ni lo que subrogó en su lugar (*a*); pero si el fundo permanece en poder suyo al tiempo de morir, no se presume revocada y llevará el hijo el fundo, porque no está consumido lo que se halla empleado en el cuerpo del matrimonio (*b*). Lo propio milita siendo legado.

52 Asimismo si el padre mejora á un hijo en el tercio, ó en él y en el quinto, consignándole por parte de su importe los créditos que tiene contra ciertos deudores, y despues de hecha la mejora los cobra y deposita su dinero, ó compra con él algun fundo ú otra cosa, no se entiende revocada la mejora en esta parte, ántes bien el dinero depositado, ó el fundo comprado con él y exîstente en su poder al tiempo de su muerte se subroga en lugar de los créditos; pues lo mismo procede en el legado (*c*).

53 Si habiendo mejorado el padre á un hijo suyo en testamento le lega despues en codicilo un fundo mandando se contente con este, se presume revocada la mejora, y así por razon de mejorado no llevará mas que el fundo, equivalga ó no su valor al de aquella; mas si en el mismo testamento le legare el fundo, no se juzgará hecha dicha revocacion, pues no se presume que incontinente mudó de parecer, y ántes sí que le legó el fundo señalándosele por parte de la mejora.

54 Y si despues de haberle mejorado ó legado el fundo en testamento le hipotecó á cierta cantidad que impuso sobre él, no se contempla revocada por este empeño la mejora, ó legado, y así el heredero debe desempeñar el fundo y entregarle al legatario, ó mejorado (*d*), excepto que esté empeñado en tanta cantidad, que no pueda haber esperanza de satisfacerla, pues entónces se debe conceptuar revocada la mejora, porque se juzga vendido por aquella (*e*).

55 Se presume tambien revocada la mejora, ó manda

(*a*) Ley 23 ff. de Adimend. legat. (*b*) Leyes 70 §. fin. 71 y 72 ff. de Legat. 2. (*c*) Morquech. de Divis lib. 4, cap. 4, n. 36. (*d*) Ley 40 al medio t. 9 P. 6. (*e*) Ley 9 al fin. ff. de Supellectili legat.

que el padre hace á su hijo, quando despues de hecha enagena voluntariamente, ó dona la cosa que le legó (*a*), aunque la enagenacion sea nula (*b*), y no por la promesa de venderla (*c*); pero si tiene necesidad de hacer la enagenacion, sea por urgencia propia, ó por otra causa onerosa, no se revocará (*d*), y en duda se presume haberla tenido, á ménos que se pruebe lo contrario (*e*).

56 La mejora se puede dexar ó hacer de tres modos. El primero es por expresion de quota cierta como del tercio generalmente, en cuyo caso se entiende revocada por la enagenacion de la misma quota, puesto que dispone de aquello que podia revocar (*f*); y asimismo quando dona, ó lega alguna parte de la quota, se presume revocada la mejora en esta parte, porque es diminucion de aquella (*g*): siendo de advertir que por la enagenacion en contrato oneroso en todo caso no se induce la revocacion, quando aquella se hizo de cosas particulares de la quota en que fué hecha mejora; y aunque por la enagenacion de la cosa por título oneroso no se revoque, se disminuye, porque se debe atender á los bienes que tenga el mejorante al tiempo de la muerte (*h*). El segundo modo de hacer la mejora es por expresion de cosa cierta, cuyo valor indica, si es ó no mejora, y sobre su revocacion se ha de estar á lo dicho en el número anterior. El tercer modo de hacer ó dexar la mejora es por expresion de una quota como tercio ó quinto señalándola el testador en cosa cierta: en cuyo caso segun algunos AA. (*i*) si la enagenacion fue voluntaria se revoca; si fue necesaria, no, y si se hizo por título lucrativo, se revoca indistintamente, sea necesaria ó voluntaria. Pero lo cierto es que la asignacion no es cosa substancial de la donacion sino demostracion de la cosa en

(*a*) Leyes 17 y 40 tit. 9 P. 6. (*b*) Covar. de testam. part. 2 n. 21 y part. 3 n. 19. (*c*) Menoch. præsumpt. 167 nn. 45 y 93. lib. 5. (*d*) Leyes cit. y su glos. Morquech. de Divis. lib. 3 cap. 4 n. 22. (*e*) Ley 40 cit. al fin. Tello en la 17 de Toro n. 122. (*f*) Ley 32 §. 5 ff. de Donation inter vir. et uxor. y 8 §. 2 ff. de Precario. (*g*) Ley 23 Cod. de Legat. (*h*) Tello lug. cit. n. 121. Matienz. ley 10 t. 6 lib. 5 R. glos. pen. n. 5. (*i*) Gom. y Cifuent. ley 19 de Toro n. 5.

que ha de tener efecto, y así aunque perezca, ó se enagene, no se revoca la donacion, porque permanece la substancia del legado (*a*) (1).

57 Legando el padre á un hijo parte del fundo ó cosa que tenia legada á otro, no se revoca todo el legado, y solo se detraerá aquella parte que llevará de ménos el mejorado (*b*); y si despues dona á otro hijo el tercio y quinto, se entiende baxado de estos el fundo ó cosa legada, pues de lo contrario serán perjudicados los demas en el importe de esta que es parte de su legítima, por lo que el hijo á quien dexó el legado, le llevará entero, y el mejorado en tercio y quinto el residuo de la mejora considerado y deducido el valor del fundo en el importe de esta (*c*). Y siempre que por la enagenacion de la cosa legada no se contempla revocada la mejora, se debe dar al mejorado el valor ó estimacion de ella, y si se permutó por otra, esta, caso que se halle en poder del mejorante, porque se subroga en su lugar (*d*).

58 Si el padre enagena voluntariamente el fundo en que habia mejorado á su hijo, y despues de enagenado le redime ó compra, y se halla en su patrimonio al tiempo de su muerte, convalece la mejora; pues así es de presumir por el afecto paterno, y procede en la cosa legada, vendida voluntariamente y redimida por el testador, aunque no se hubiese hecho la venta con el pacto de retrovendendo (*e*): en cuya atencion no habiendo motivo particular de afecto en el testador respecto del legatario, se presume quiso revocar el legado por el hecho de haber vendido la cosa legada sin dicho pacto (*f*).

59 Quando el padre mejoró á algun hijo en el tercio de sus bienes para el caso de que se casase con cierta muger, si esta fallece ántes de celebrarse el casamiento,

(*a*) Tello lug. cit. n. 127.

(1) Sobre este punto en qualquiera caso que ocurra, exâmínense las palabras del testador y todas las circunstancias que hagan al caso.

(*b*) Leyes 2 y 3 §. 10 ff. de Adimend. legat. (*c*) Matienz. ley 10 cit. glos. fin. (*d*) Leyes 17 y 40 tit. 9 P. 6. (*e*) Ley 28 ff. de Conditionib. & demostrationib. Tiraquel. de Privileg. piæ caus. privil. 40. (*f*) Morquech. lug. cit. nn. 33, 34 y 35.

se conceptúa revocada la mejora, porque la causa impulsiva y final de hacérsela su padre fue el mismo matrimonio, segun ha de decirse del legado en igual caso; excepto que conste haberse hecho no solo por causa del matrimonio sino tambien por contemplacion del hijo, como en duda se presume.

60 Haciendo el padre mejora á favor de alguno de sus hijos y señalándola en cosa determinada, si despues la vende y compra otra, se subroga esta en lugar de aquella; y si le mejora en ciertas cosas suyas y ademas en otra agena con la condicion de, *si fuere suya al tiempo de su muerte*, porque tal vez pensaba comprarla, y con efecto la compra despues y entrega al mejorado, se entiende tocar á la mejora como parte de esta, y si la vinculó, quedará tambien vinculada (*a*).

61 Se conceptúa revocada la mejora (ó legado) hecha por el testador á uno de dos herederos suyos por la hecha posteriormente al otro, quando expresa que la hace, porque haya igualdad entre ellos, en cuya atencion ámbos heredarán igualmente; y si la hace á los dos por una misma causa, y revoca luego la del uno expresando hacerlo por el dicho motivo, es visto ser revocada tambien la del otro, aunque no lo diga (*b*).

62 Si despues de haber mejorado el padre á su hijo se suscita entre ámbos una grande enemistad, se presume revocada la mejora (*c*), aunque luego otorgue codicilo, y no haga en este ninguna mencion de ella (*d*); y segun la comun y mas verdadera opinion aun quando el mismo padre haya dado motivo para que su hijo se enemiste con él (*e*) (1); bien que si despues se reconcilian,

(*a*) Greg. Lop. ley 40 tit. 9 P. 6 glos. unic. vers. Quid autem. (*b*) Ley 25 ff. de Adimend. leg. Mantic. de Conjectur. tit. 5 lib. 12 nn. 30 y 39. (*c*) Gom. lib. 1 Var. cap. 12 n. 56. (*d*) Ley 31 §. 2 ff. de Adimend. legat. (*e*) Palac. Rub. in Rubr. de Donation. §. 70 n. 9 y §. 78 n. 57. Covar. in Rubr. de Testam. part. 2 n. 19. vers. Ex præmissis.

(1) Yo me inclino á que no debe entenderse revocada la mejora, si en codicilo que otorga el padre despues de la enemistad, no hace mencion de aquella; y aun lo tendré por seguro, si el padre motivó la

convalece la mejora (*a*). De aquí se deduce que si el marido legó algo á su muger, despues por su sevicia ú otro motivo se divorcian, se revoca el legado (*b*).

63 Todo lo que se ha dicho acerca de la mejora hecha en última disposicion, ha lugar en la revocable formalizada en contrato, porque sigue su naturaleza.

64 Haciendo el padre á uno de sus hijos mejora revocable del tercio y quinto de sus bienes, ó si no tenia mas que un hijo, entregándole la mayor parte de estos, aunque despues tenga otros hijos, no se revocará por esto la donacion ó mejora, sin embargo de lo que alegan en contrario algunos AA.; pues por aquella no son gravados en su legítima necesaria ó rigorosa, y quando el padre la hizo, sabia que podia tenerlos; si bien siendo hijo único el mejorado es impropio el nombre de mejora que deberá llamarse donacion hasta tanto que haya otros hijos. Es verdad que por el nacimiento de estos se revoca la donacion que hubiese hecho el padre (*c*); pero esto es, quando la hizo á extraño, pues siendo hecha á hijos la revocan los hermanos que despues nazcan solamente en la parte que se les quite de su legítima (*d*).

65 Así como los ascendientes pueden hacer revocable y revocar hasta su fallecimiento la mejora de tercio y quinto que en última voluntad ó en contrato hicieron á sus descendientes legítimos; así tambien la pueden hacer irrevocable del tercio en contrato segun la citada ley 17 de Toro (*e*) que dice: „Salvo si hecha la dicha mejoría por contrato entre vivos, obiere entregado la posesion de la cosa, ó cosas en el dicho tercio contenidas, á la persona á quien la hiciere, ó á quien su poder obiere; ó le obiere entregado ante Escribano la escritura dello; ó el dicho contrato se obiere hecho por causa onerosa con otro tercero, así como por via de casa-

enemistad. Yo hago y con justicia mayor favor al amor paterno que el que le hicieron. Palac. Rubios, Covarrubias y otros AA.

(*a*) Gom. lug. cit. (*b*) Morquech. de Divis. bon. lib. 3 c. 4 nn. 37, &c. y 42. (*c*) Ley 8 tit. 4 P. 5. (*d*) Covar. lib. 1. Var. cap. 19. Molin. de Primog. lib. 4 cap. 2 n. 8. Castill. lib. 2. Controv. c. 13 n. 50. (*e*) Es la 1 tit. 6 lib. 5 R.

miento, ó por otra cosa semejante; que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar, sino reservarse el que lo hizo, en el mismo contrato el poder para lo revocar, ó por alguna causa, que segun leyes de nuestros Reynos las donaciones perfectas, y con derecho fechas se pueden revocar.» Así pues, aunque el donante ó mejorante puede, regularmente hablando, revocar la mejora ó donacion hecha en contrato, se exceptúan quatro casos, en los quales se hace irrevocable. El primero es, quando él mismo aposesionó verdaderamente al mejorado ó á su apoderado de la cosa particular que le donó, ó en que le asignó la mejora, y si es de qüota, v. gr. el tercio, de las cosas que le componen; ó por un modo ficto como por la cláusula de constituto. El segundo es, quando le entregó ante Escribano la escritura de donacion ó mejora. El tercero es, quando celebró el contrato con otro por causa onerosa como casamiento ú otra semejante. Estos tres casos y no otros pone la ley inserta por excepcion de la regla general, mandando que en ellos sea irrevocable la donacion ó mejora, á ménos que haya una de dos cosas: la primera, que el mejorante se haya reservado expresamente en el mismo contrato en que la hizo, la facultad de revocarla, la qual no se transmite á sus herederos; y la segunda, alguna de las causas por las que pueden revocarse las donaciones perfectas é irrevocables (*a*), aunque solo el donante puede revocar la donacion onerosa y no sus herederos, excepto que aquel haya empezado el pleyto. Y el quarto caso en que la donacion ó mejora se hace irrevocable, del qual no habla la ley, es, quando el instrumento en que se hace, se corrobora con el juramento: debiendo advertirse que este ha de ser *de haber por firme, y no revocar la donacion ó mejora*, recayendo así sobre la obligacion de no revocacion, porque de otra

(*a*) Las especifican las leyes 10 tit. 4 P. 5 y 1 tit. de las Donaciones lib. 3 del Fuero Real, y se reducen á la ingratitud del donatario ó mejorado con el mejorante. Se trata de ellas en la I. P. cap. 12 nn. 18 y sigg.

suerte, aunque se haga, no muda ni altera la naturaleza del contrato que de suyo es revocable (*a*).

66 Pero si los padres mejoran á un hijo suyo en tercio y quinto, dicen algunos que aunque le entreguen la posesion de los bienes de la mejora, pueden revocarla por lo tocante al quinto y disponer de él como si no la hubieran hecho: porque esta mejora es respectiva á los bienes presentes y futuros del mejorante, debiendo atenderse al valor que tienen al tiempo de su muerte segun la ley 23 de Toro; y si valiera irrevocablemente, se imposibilitaria de testar el mejorante, puesto que hacia donacion de todos sus bienes, la qual aunque sea solo de los presentes, está prohibida por la ley 69 de Toro: en cuya atencion aunque se haya prometido mejorar por causa onerosa á alguno de los hijos, no vale eficazmente la mejora en el quinto como en el tercio, y por lo mismo la irrevocabilidad de que trata expresamente la 17 inserta, se limita á este, no habiendo sin motivo la ley omitido hablar de aquel. Otros dicen lo contrario en los casos en que el tercio no se puede revocar; y otros conciliando las opiniones resuelven que si la mejora del quinto es hecha por causa onerosa con tercero, no se puede revocar, y que no haciéndose por ella, sí: á cuya opinion me inclino, excepto en lo tocante á la disposicion de su funeral, misas y descargos de su conciencia, pues en quanto á estos creo que en todos casos es revocable, como ya se ha sentado (*b*).

67 Si el padre y la madre, ó alguno de ellos mejoraron á un hijo en el tercio de sus bienes, le dieron la posesion de los que le componian, y despues adquirieron otros muchos, en cuyo caso se amplia á ellos la me-

(*a*) Quien quiera instruirse mas acerca de esta materia, vea á Tell. Gom. y Cifuent. ley 17 de Toro, y á Angul. de Meliorat. en la 1 t. 6. lib. 5 R. desde la glos. 8 hasta la final de ella. (*b*) Cap. 1 de este lib. nn. 29 y sigg. Quien desee mayor instruccion sobre este punto, vea á Gom. ley 17 de Toro n. 10, y en la 22 nn. 12 y 26. á Matienzo en la 1 tit. 6 lib. 5 R. glos. 4 nn. 12 y 22, á Gutier. lib. 2 Pract. q. 50, á Ayor. part. 2 q. 14 y 16, y especialmente al Sr. Cast. lib. 4 controv. cap. 16 nn. 1, &c. y 33.

jora; si esta se hizo por causa onerosa de matrimonio, y no se limitó á ciertos bienes, ni miró mas á los que tenian entónces que á los que despues adquiriesen, ó si entregaron la escritura de mejora; no la pueden revocar ni aun respecto de los adquiridos posteriormente, ni tampoco si le entregaron simple y genéricamente la posesion de ella, de tal suerte que se puede extender á los bienes futuros; v. g. *constituyéndose poseedores de ella en nombre del hijo*: porque siendo, como es propio de la naturaleza de la mejora, el que se amplie á aquellos, surte el mismo efecto la cláusula de constituto; se extiende á los adquiridos despues, ya el mejorante diga expresamente: *que se constituye poseedor de la mejora por los presentes y futuros*; ya la haya hecho simplemente, diciendo: *que se constituye poseedor en nombre de su hijo*; pues en ambos casos versa la misma regla y razon (*a*). Y aun si los padres entregaron al hijo la posesion de la mejora, limitada tan solo á los bienes presentes, y despues adquirieron otros, en los quales se juzga aquel mejorado, tampoco se podrá revocar de ningun modo en quanto á estos, porque por lo mismo que es perfecta é irrevocable respecto de los bienes presentes, lo es tambien respecto de los futuros (*b*).

68 Habiendo mejorado el padre en testamento, donacion por causa de muerte, ó en otra última voluntad á un hijo, si despues le dió los bienes de la mejora sin hacer mencion de ella ni del instrumento en que se otorgó, pasa por la entrega á ser donacion pura é irrevocable; pero si mencionó la mejora y la escritura, se puede revocar; como tambien aunque no lo hiciese, si incontinente que fué otorgada, se los entregó, porque es visto habérselos entregado en virtud de ella, y así debe seguir su naturaleza (*c*).

69 Si el padre ó la madre mejora á un hijo en el tercio de sus bienes señalándosele en cierta cosa sin expre-

(*a*) Gom. ley 17 cit. nn. 11 y 12. Matienz. en la 2 tit. 9 lib. 5 glos. 3 n. 19 y en la 1 tit. 6 glos. 4 n. 11. (*b*) Gom. lug. cit. n. 13. Molin. de Primog. lib. 4 cap. 2 n. 21. (*c*) Acev. ley 1 tit. 6 lib. 5 R. n. 28. Cov. in rubr. de testam. part. 2 n. 21. Molin. cap. 2 cit. n. 19.

sar mas, y esta no equivale á su importe, parece por una parte que se deberá suplir de los demas bienes del mejorante lo que falte para el complemento del tercio, atendido el total líquido de la herencia; y por otra parece que el hijo se deberá contentar con la cosa ó finca señalada, entendiéndose que el testador no hizo la mejora en lo que faltase, por ser visto no haber querido mejorarle mas que en ella: de lo qual puede deducirse: lo primero, que si dicha cosa perece por caso fortuito, no se ha de suplir su valor de otros bienes: lo segundo, que si vale mas que el tercio, no debe llevarla toda en pago de este y del quinto, porque la voluntad del mejorante no fue mejorarle en mas que en el tercio, y así el exceso se tendrá por parte de legítima, en cuyo concepto se le aplicará; y lo tercero, que si el mejorante adquirió despues mas bienes y el valor de la cosa equivale al del tercio de todos, le llevará íntegra en pago de este solamente. Pero si el mejorante dixo que lo que faltase para completar el tercio, se le supliese de los demas bienes, se deberá suplir (*a*). Sin embargo vease la distincion que se hace en la Primera Parte (*b*), la qual debe seguirse.

70 Mejorando genérica y simplemente el padre á un hijo en contrato ó última voluntad sin expresar si en el tercio, ó en el quinto, ni señalar la cosa ó cantidad en que quiere lo sea, y diciendo solamente; *mejoro á mi hijo fulano*; aunque parece que no será de ningun valor esta mejora por la incertidumbre de la qüota, cosa, ó cantidad, valdrá sin embargo no solo en el quinto sino tambien en el tercio: lo primero, porque siendo su ánimo declarado mejorar á aquel hijo y haciéndole la mejora, es manifiesto que quiere extenderse y referirse á todo lo que le permiten las leyes, en las quales consta de quanto puede testar: lo segundo, porque si el testador lega á alguno tanto quanto puede percibir segun las leges, vale el legado, aunque de cosa ó cantidad incierta, en todo aquello de que es capaz por derecho (*c*): lo ter-

(*a*) Gom. ley cit. n. 14. (*b*) Cap. 1 n. 109. (*c*) Ley 51 ff. de Leg. 2.

cero, porque si uno lega genérica y simplemente á otro la provision de su casa, ó su cámara, se entiende legarle todo lo que se comprehende baxo de estos nombres, y no se vicia el legado por falta de expresion de las cosas que se incluyen en ellos (*a*); y lo quarto, porque si el padre ó la madre hace donacion simple á su hijo, aunque no diga que le mejora, se entiende mejorado en el tercio y quinto (*b*).

71 Aunque los padres, pudiendo, tienen obligacion de dotar á las hijas legítimas que se hallan baxo su potestad, sean ó no ricas (*c*); en ninguna cosa pueden mejorarlas en contrato, ni prometérsela con título de mejora por razon de dote ni por la de casamiento, ni aun quando les prometan el tercion, ó quinto, se entienden mejoradas en ellos, ni en ninguno de los dos tácita ni expresamente, como lo ordena la ley 1 tit. 2 lib. 5 R. „Y mandamos que ninguno pueda dar, ni prometer por via de dote, ni casamiento de hija, tercio, ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita, ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, sopena que todo lo que demas de lo aquí contenido diere y prometiere, segun dicho es, lo haya perdido, y pierda.„ En esta atencion no vale el pacto que haga con la hija, *de que ha de suceder igualmente con sus hermanos, ó que á ninguno á de mejorar*; porque en virtud de aquel se priva el padre de testar á su arbitrio, y recae en la hija la parte de mejora que podia dexar á sus hermanos, y se habia de dividir entre ellos, ó tocar á uno solo (*d*), lo qual es eludir indirectamente la ley prohibitiva y mejorar tácitamente á la hija. Y esto se entiende, ya sea casada, ya soltera, ya se le entregue la dote ántes de casarse, ya despues de casada por via de aumento (*e*). Igualmente se entiende, ya sea la dote para contraer matrimonio, ya para entrar en religion, ó profesar, si es no-

(*a*) Leyes 3 y fin. ff. de Pen. legat. (*b*) Ley 26 de Toro, que es la 10, tit. 6 lib. 5 R. (*c*) Ley 8 tit. 11 P. 4. (*d*) Acev. ley 6 tit. 6 lib. 5 R. n. 24. Gut. de juram. confirm. part. 1 cap. 59 n. 14 (*e*) Baeza de non melior. filiab. cap. 5 nn. 11, &c. y 23.

vicia (*a*), (1) aunque no tenga ningun hermano varon, y las demas hermanas esten casadas, excepto ella (*b*); y aun quando al tiempo de dotarla sea única, si despues tiene su padre mas hijos, pues se revocará en el exceso de su legítima, de modo que quede igualada con ellos (*c*). Asimismo se entiende, aunque el padre haga la donacion á la hija con la condicion de restituir el exceso al hijo que pára; pues sin embargo no valdrá, porque se hace por razon de matrimonio, cede en detrimento de sus hermanos, y es en fraude de la ley que lo prohibe y anula los pactos contrarios (*d*). Pero bien puede el padre mejorar á las hijas haciéndoles alguna donacion simple por mera liberalidad y sin fraude, porque la ley inserta reprueba solamente las mejoras por via de dote ó matrimonio (*e*).

72 En órden á la cantidad que pueden dar en dote los padres que tienen rentas, he aquí lo que dice la misma ley 1.„ Mandamos, que de aquí adelante en el dar, ó prometer de las dichas dotes se tenga, y guarde la manera, y órden siguiente: que qualquiera caballero, ó persona que tuviere doscientos mil maravedís, y dende

(*a*) Baez. lug. cit. cap. 14 nn. 6, &c. y 21.

(1) En muchas razones apoya Baeza su opinion respecto á la dote de la que quiere entrar en religion ó profesar; mas sin embargo basta para desvanecerlas leer las leyes 1 y 5 t. 2 lib. 5 R. con especialidad el principio de la 5.ª Porque el exceso i punto á que han llegado los gastos que se hacen en los casamientos i obligaciones que en ellos se han introducido, se consideran por carga i gravámen de los vasallos, pues consumen las haciendas, empeñan las casas i ayudan á la despoblacion de este reyno, y por ser tan grandes, es preciso que lo ayan de ser las dotes, con lo qual se vienen á impedir, pues ni los hombres se atreven, ni pueden entrar con tantas cargas en el estado del matrimonio, considerando que no las han de poder sustentar con la hacienda que tienen, ni las mugeres se hallan con bastantes dotes para poderlas suplir, de que resultan otros inconvenientes en las costumbres i contra la quietud de la república: ordenamos, &c. " Es evidente que los motivos de los Legisladores para tasar las dotes solo pueden tener lugar en las que suelen darse por razon de casamiento, no en las que se den para toma de hábito ó profesion.

(*b*) Baez. lug. cit. cap. 6 n. 13. (*c*) Baez. lug. cit. cap. 9 nn. 33, 63 y sig. (*d*) Baez. lug. cit. cap. 19 nn. 8, &c. y 15. (*e*) Gutier. cap. 59 cit. n. 15. Acev. ley 1 t. 2 lib. 5 R. nn. 14 y 15.

arriba hasta quinientos mil maravedís de renta, pueda dar en dote á cada una de sus hijas legítimas hasta un cuento de maravedís, y no mas: y el que tuviere ménos de los dichos doscientos mil maravedís de renta, no pueda dar, ni dé en dote arriba de seiscientos mil maravedís: y que el que pasare de los dichos quinientos mil maravedís, hasta un cuento y quatrocientos mil maravedís de renta, pueda dar hasta un cuento y medio de maravedís: que el que tuviere cuento y medio de renta, y dende arriba, pueda dar en dote á cada una de las hijas legítimas que tuviere, la renta de un año, y no mas, con que no pueda exceder de doce cuentos de maravedís, no embargante que la dicha su renta sea mas de los dichos doce cuentos en qualquiera cantidad» (*a*). Esta ley no es coactiva, quiero decir, no precisa á los padres á que den á sus hijas las cantidades que prefine, y solo se le permite prohibiendo el exceso, de suerte que por no darles aquellas ni la legítima íntegra en vida no pueden quejarse (*b*); y aunque se arreglen á la ley, si de la dote que les dan, resulta mejora, no valdrá en lo que exceda á su legítima, porque para el caso la misma razon milita dándose de rentas anuales que de otros bienes. Y el que alegue ser excesiva la dote, ó que las arras ofrecidas por el novio á la novia exceden de la décima que se le permite donarle ú ofrecerle, debe justificarlo, porque funda su intencion en afirmativa probable, y el que se apoya en alguna qualidad, debe probarla (*c*).

73 En órden al tiempo que se ha de mirar para ver si cabe la dote en la legítima de la hija, opinan algunos AA. que esta puede elegir el de la donacion de aquella ó el de la muerte del dónante; pero yo soy de parecer que se debe atender á este último tiempo, y que si unidos con la dote entregada los bienes efectivos que dexa, y son legítima de sus hijos excepto el quinto, excediese

(*a*) Concuerda con esta ley la 5 cap. 1 del mismo título. (*b*) Baez. lug. cit. cap. 1 nn. 31, 32 y 33. (*c*) Baez. lug. cit. cap. 36 nn. 16 y sig. Covar. lib. 2 Var. cap. 6 n. 7.

aquella al importe de su legítima completa debe restituir el exceso que haya: en primer lugar porque la dote se da y anticipa en cuenta de la legítima que le puede tocar, y esta se debe considerar al tiempo de la muerte del donante, que es quando regularmente se dividen sus bienes, despues de la qual ni se aumentan ni disminuyen, ni hasta entónces tiene accion á pedirla, ni su padre obligacion á dársela ni anticipársela: en segundo lugar, porque si aumentándose las facultades del donante puede pedir la hija el suplemento de su legítima, y se le deberá dar; tambien disminuyéndose ó no cabiendo en ellas tanta dote, por nacer despues mas hijos, debe sufrir su diminucion y entenderse dotada entónces, pues quien está á la utilidad, debe estar á la pérdida, y la dote se entiende dada con la condicion de que quepa en su legítima, quando se dividan los bienes de su padre, que es quando se le debe esta; y en tercer lugar, porque la ley ó pragmática inserta corrige la 29 de Toro, y se estableció para que los demas hijos no fuesen perjudicados en sus legítimas, haciéndose de peor condicion que la dotada, ni el padre se empobreciese por su prodigalidad; y permitiéndose la eleccion seria inútil su establecimiento, puesto que por un medio indirecto se originarian los daños que ocasionaban la indiscrecion de los padres y el abuso de la permision de dicha ley 29, los quales quiso precaver y evitar en lo futuro la pragmática. No obsta alegar lo que se practica con las arras, porque hay notable diferencia de un caso á otro, la qual consiste en que en este contrato procede el novio arreglado á la ley que se lo permite, no cede su promesa en perjuicio de tercero, nunca excede esta ni debe exceder de la décima parte, y si ofrece cantidad determinada, no puede pretender mas la novia, por muy rico que el novio se haga durante su matrimonio, y así su adquisicion es absoluta, perfecta é irrevocable; pero en el presente caso se viola la ley prohibitiva, resulta perjuicio á los hermanos de la dotada, y esta puede pedir el suplemento de su legítima, si se aumenta el caudal de su padre, y aunque el ánimo de su padre no haya sido el de mejorarla, se la

mejora con permitirle la eleccion, por la qual son perjudicados sus hermanos, y la pragmática no solo prohibe que el padre la mejore, sino que manda que no se entienda mejorada tácita ni expresamente. Tampoco obsta alegar que de hacer la restitucion resultará engañado el novio, porque este ántes de pensar en casarse debe tener con que sostener las cargas matrimoniales, y no fiarse en que la novia le mantendrá; pues la dote no es para alimentarse, sino para que la muger halle con quien casarse, y para ayudar á mantenerse á sí misma y á sus hijos: fuera de que quien contrae con otro, debe cerciorarse de su condicion, y todos tienen obligacion de saber el derecho (*a*), excepto cinco clases de personas, que son, el pupilo, el soldado, la muger, el pastor y el aldeano (*b*), á los quales se dispensa en lo tocante á testamentos, contratos y otras disposiciones puramente civiles, y no en lo criminal (*c*). Así pues, paréceme que la opinion contraria debe tener lugar solo en dos casos. El uno es quando al tiempo de casar el padre á su hija ó dotarla cabe la dote en la legítima completa que atendidos los bienes que tiene, le corresponderia, si entónces se dividieran, y ella renuncia el incremento de esta por el que puedan tener los paternos, contentándose con su dote por todo su haber y obligándose con juramento á no pretender nunca el suplemento de aquella: porque en este caso por no ser excesiva la dote al tiempo de su dacion ú oferta y privarse la hija del beneficio que puede seguírsele, si se aumentan las facultades de su padre, cediéndole á sus hermanos, no será justo que padezca detrimento por la decadencia de fortuna de este, ni por tener posteriormente mas hijos, pues siendo todo esto contigente hay igualdad entre ella y sus hermanos. El otro caso es, quando le cabia la dote al tiempo de darse ú ofrecerse y le cabe al de la muerte de su padre, y solo por mejorar este á alguno de los demas

(*a*) Leyes 16 y penúlt. tit. 1 P. 1. (*b*) Leyes 16 y penúlt. cit. y últim. tit. 1 P. 1 y 31 tit. 14 P. 5. (*c*) Ley 2 tit. 1 lib. 2 R.

hijos resulta ser inoficiosa ó excesiva; pues no parece justo que esta disposicion paterna le perjudique, ni obligue á restituir lo que poseyó legítimamente é hizo suyo por caberle en ámbos tiempos, como diré en el cap. 3 núm. 90.

74 Aunque parece que careciendo el padre de hijos legítimos y teniéndolos naturales no puede mejorar á una hija natural por razon de dote ni casamiento, porque no debe ser de mejor condicion que la legítima; podrá no obstante hacerlo en lo que quisiere, sin que sus hermanos naturales tengan accion á impedírselo: lo primero, porque la ley prohibitiva habla de las legítimas, no de las naturales, y así no se debe ampliar á estas su prohibicion: lo segundo, porque manda que el padre no pueda dar tercio ni quinto á su hija legítima por via de dote ni casamiento, ni se entienda mejorada tácita ni expresamente en contrato, cuyas palabras no quadran ni convienen á otros hijos que á los legítimos, á quienes su padre puede mejorar, y se debe la herencia y legítima, por lo que, y por no deberse estas á los naturales, ni ser herederos de sus padres contra su voluntad, ni, haya ó no legítimos, tener mas derecho que al quinto, que es lo que teniendo estos puede dar á aquellos, ó dexarles por via de alimentos, es visto haber querido que su prohibicion no se entendiese con otras hijas que con las legítimas; y lo tercero, porque aunque el padre haga donacion de todos sus bienes, no pueden revocarla los naturales como los legítimos; y si carecen de facultad para impugnar y revocar la donacion inmensa, tampoco la tendrán para revocar una mejora que no lo es con propiedad (a) (1).

75 Sin embargo de que la madre no tiene obligacion

(a) Baez. de Non melior. filiab. cap. 13 nn. 2, &c. y 9.

(1) A lo expuesto se agrega que los perjuicios que quisieron evitar las leyes con poner tasa á las dotes, no pueden resultar de las que se hagan en qualquiera cantidad á las hijas naturales, puesto que estas (al ménos las conocidas por tales) son muy raras, y aun mucho mas raras las que no tengan hermanos ó hermanas legítimas.

por derecho de dar dote á sus hijas (*a*), no puede dotar á las legítimas dándolas por razon de dote, ó casamiento tercio ni quinto, porque la prohibicion de la ley, *ninguno pueda dar ni prometer*, la comprehende como al padre (*b*). Lo mismo procede respecto de las naturales á falta de hijos legítimos, porque aquellas son sus herederas necesarias, si carece de otros, como se ha sentado en el capítulo anterior: suceden abintestato á los parientes maternos, se prefieren y excluyen á los legítimos que esten en grado mas distantes (*c*), y para con ella obtienen los privilegios de legítimos por efecto de estos, segun expondré en el cap. 7 de este libro. Pero si tiene hijo, ó hija legítima, no puede mejorar á la natural, ni dexarla mas que el quinto, y los hermanos naturales no pueden impedir que esta sea mejorada como heredera forzosa de su madre (*d*).

76 El abuelo paterno no tiene obligacion de dotar á sus nietas pudiendo, sino en dos casos: el primero es, quando se hallan en su poder bienes propios de ellas, y el segundo, quando el padre es pobre (*e*). Pero en órden á si la prohibicion de mejorar el padre y la madre á sus hijas legítimas por razon de dote y casamiento, se amplia al abuelo respecto de sus nietas hijas de hijo ó de hija, teniendo otros hijos ó nietos; estan discordes los AA. y conformándome con el dictamen de Acevedo (*f*) digo que si la nieta es hija de hija, milita para con ella la prohibicion, porque no debe ser de mejor condicion que su madre, y quando alguno está privado de suceder, es visto estarlo tambien sus descendientes (*g*); pero si la nieta es hija de hijo, no, porque la ley habla de hijas, en estas no se incluyen los varones, en el nombre de hijos no se comprehenden los nietos en materia odiosa y

(*a*) Ley 9 tit. 11 P. 4. (*b*) Baez. cap. 11 nn. 11, &c. y 25. (*c*) Ley fin. tit. 13 P. 6. Cifuent. ley 9 de Toro n. 12. (*d*) Baez. cap. 13 cit. nn. 10, &c. y 22. (*e*) Ley 8 tit. 11 P. 4 y su glos. fin. Matienz. ley 1 tit. 2 lib. 5 gl. 2 n. 15. (*f*) Ley 1 tit. 2 lib. 5 R. nn. 11, &c. y 16. (*g*) Baez. lug. cit. cap. 7 n. 36.

sobre que ha habido alguna correccion; en los abuelos versa diversa razon que en los padres, por no tener la obligacion que estos de dotarlas, y el estatuto que excluye á las hijas, no excluye á las nietas (*a*) (1).

77 En testamento ú otra disposicion última se puede mejorar á las hijas y dexarles legados como á los hijos sin diferencia, porque la ley no habla de las últimas voluntades (*b*), en las quales se puede tambien confirmar la dote inoficiosa hecha sin sospecha de fraude, y mandar que la hija la lleve entera en quanto quepa en el tercio, quinto y legítima; pues por su confirmacion convalece, del mismo modo que si fuera legado que se le hiciera del exceso (*c*). Se prohibe mejorar á las hijas en contrato y no en última voluntad, porque si se hace en contrato, como este es irrevocable segun las leyes 17 y 22 de Toro, se causa grave daño no solo al mejorante que queda privado de sus bienes sin poder reclamar ni arrepentirse, sino tambien á los demas hijos, por ser perjudicados en su legítima; pero no es así, haciéndose en testamento ú otra última voluntad, pues puede enmendar, revocar y anular la mejora hecha en él, y ningun perjuicio se le origina, por no surtir efecto hasta despues de su muerte (*d*) (2).

(*a*) Tello ley 17 de Toro n. 75. Matienz. en la 1 cit. glos. 2 n. 6. Acev. en ella n. 13.

(1) Si bien se considera, las mismas razones porque el abuelo puede mejorar por razon de dote ó casamiento á la nieta hija de hijo, prueban que asimismo podrá mejorar por dicho motivo á la nieta hija de hija. Nada importa que la nieta sea en este particular de mejor condicion que su madre, si hay causa justa para la prohibicion respecto de esta y no respecto de aquella, mayormente quando ningun perjuicio se sigue á la madre excluida de que su hija no lo sea. Tampoco importa decir que quando alguno se halla privado de suceder, es visto estarlo tambien sus descendientes, pues esto, aun quando viniese al propósito, se falsifica, ó puede falsificar en muchos casos.

(*b*) Matienz. ley 1 tit. 2 lib. 5 glos. 2 n. 4 y glos. 3 n. 2 (*c*) Morquech. de Divis. lib. 4 cap. 13 n. 43. (*d*) Matienz. lug. cit.

(2) La verdadera causa de prohibirse mejorar á las hijas en contrato es la de impedir las dotes y donaciones por casamiento excesivas, y los daños que se siguen de ellas, como se echará de ver en la ley 1

78 Pero es de advertir que la validacion de la mejora á favor de las hijas en testamento ú otra disposicion última se entiende con tal que no haya precedido promesa de hacerla: porque si precedió, y mencionandola el testador en el testamento hace la mejora, no valdrá, por conceptuarse hecha en fraude de la ley y á conseqüencia de la obligacion primera. Lo propio milita, aunque no haya precedido promesa de mejorar á la hija, si estaba ya tratado su matrimonio, y por razon de este la mejora ó hace donacion el padre en su testamento, pues como fraudulenta tampoco valdrá (*a*).

§. III.

Si los ascendientes que prometen mejorar ó no á sus descendientes legítimos, deberán cumplir la promesa: si el mejorado podrá repudiar la herencia y aceptar la mejora; y si siendo hecha esta á dos ó mas en contrato ó en última voluntad repudiare el uno su parte, ó no pudiere haberla, se acrecerá á los otros.

79 La ley 22 de Toro que es la 6 t. 6 lib. 5 R. dice: „Si el padre, ó la madre, ó alguno de los ascendientes prometió por contrato entre vivos de no mejorar á alguno de sus fijos, ó descendientes, y pasó sobre ello escritura pública (*b*); en tal caso no pueda facer la dicha mejoría de tercio, ni de quinto, y si la ficiere, que no vala. Y asimismo mandamos que si prometió el padre, ó la madre, ó alguno de los ascendientes de mejorar á alguno de sus fijos, ó descendientes en el dicho tercio, y quinto, por via de casamiento, ó por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados á lo cumplir,

tit. 2 lib. 5 R. tantas veces citada, que pone tasa á dichas dotes y donaciones.

(*a*) Ayor. de Partit. part. 2 q. 2. Gutier. de Juram. confirmat. p. 1 cap. 59 çit. n. 16. (*b*) En la promesa de mejorar basta la privada segun Matienz. gl. 2 de esta ley.

y hacer; y si no lo hicieren, que pasados los dias de su vida, la dicha mejoría, y mejorías de tercio, y quinto sean avidas por fechas.,, Esto se entiende, ya el contrato oneroso se haga con tercero, ya con el hijo solamente (*a*); y si la escritura y su protocolo se pierden, se puede probar su contenido por testigos (*b*).

80 Habiendo prometido el padre por razon de casamiento ó por otra causa onerosa no mejorar á hijo alguno, y aceptado su hija y yerno la promesa, si procediere contra esta, parece deberá pagarles el daño que por su contravencion les causó, y que no será obligado á cumplir el pacto, puesto que no incumbe á la hija el que le cumpla ó no, siempre que se le reintegre de lo que le tocaría á no haberse contravenido á él, que es lo que puede pretender y no otra cosa (*c*). Pero si el pacto ó la promesa de no mejorar fué absoluta, sin haber precedido causa alguna para hacerla mas que la mera voluntad del padre dirigida al único fin de que todos sus hijos consiguiesen su legítima íntegra y completa, y la heredasen con igualdad, deberá observar el pacto, y por consiguiente á ninguno de sus hijos, nietos, ni descendientes podrá mejorar, y si lo hiciere, será nula la mejora (*d*). Mas no obstante véase lo dicho en el n. 72 acerca de las hijas, que es lo que se ha de observar.

81 Si el hijo á cuyo favor se hizo el pacto de no mejorar á los demas, le remitiese y consintiere que su padre ó madre mejore al que quiera, ó falleciere en vida del mejorante sin descendientes, podrá mejorar á otro hijo, porque el pacto fue meramente personal, hecho con solo aquel hijo, en virtud del qual ningun derecho adquirieron los otros, y puede perjudicar á sus descendientes en los bienes no adquiridos; pero si falleció en vida de su padre dexando hijos ó descendientes,

(*a*) Ayor. part. 2 q. 14 nn. 43 y 44. (*b*) Gom. ley inserta n. 28 y 41 n. 3. (*c*) Ayor. dich. part. 2 q. 15. (*d*) Gom. ley 22 cit. n. 27 Ayor. dich. q. 15 vers. Si vero promissio. Matienz. dich. ley 6 t. 6 lib. 5 glos. 1 n. 4

á ningun hijo puede mejorar, porque todos estos ocupan el lugar de su padre y deben suceder en todo el derecho que le compete (*a*).

82 Si habiendo el padre ó la madre prometido mejorar á uno de sus hijos, renunció este el derecho adquirido en virtud del pacto, y murió en vida del padre ó madre con quien le hizo, sin dexar descendientes, puede mejorar á qualquiera de los otros hijos; pero si dexó hijos ú otros descendientes legítimos, estará obligado á mejorar á todos sus nietos hijos de dicho hijo y no á uno de ellos solamente, porque todos juntos entran á ocupar el lugar de su difunto padre, y suceden en el derecho que le competia, de modo que se ha de dividir igualmente entre todos la mejora (*b*). No obsta la ley 18 de Toro que permite al abuelo mejorar á qualquiera de sus nietos y descendientes, esté vivo ó no su padre; pues la disposicion de esta ley se entiende, quando no se hizo pacto de no mejorar, y habiendo precedido no puede el abuelo mejorar á sus nietos sin expreso consentimiento de su hijo en vida, ni despues de muerto este (*c*).

83 Aunque el padre ó la madre prometa por causa onerosa no mejorar á sus hijos ni decendientes en el tercio ni quinto, puede disponer por su alma, á favor de causas pias, ó en lo que quisiere, del último, porque en este caso solo el tercio es legítima necesaria de todos sus hijos, y así no puede dexar este á uno ó á mas, sino que ántes bien le han de partir igualmente, por haber adquirido en virtud del pacto igual derecho á él que á los demas bienes, mas del quinto siempre puede usar á su arbitrio, porque de lo contrario se imposibilitaria de testar (*d*).

84 Prometiendo por causa onerosa ó simplemente

(*a*) Gom. lug. cit. n. 24 vers. Sed his non abstantibus. Acev. dich. ley 6 n. 5. (*b*) Gom. n. 24 cit. Matienz. dich. ley 6 glos. 7. (*c*) Gomez n. 24 cit. vers. Nec obstat. (*d*) Gom. lug. cit. n. 26. Ang. ley 6 tit. 6 glos. 6 n. 2.

el padre ó la madre en escritura pública no mejorar á alguno de sus hijos, no puede mejorar tampoco á sus nietos ni á otro descendiente suyo; porque quando consta de la voluntad del testador, se comprehende siempre en el nombre de hijos los nietos y demas descendientes, aunque sea en materia odiosa, y en el presente caso consta de aquella, pues teniendo mas afecto al hijo que al nieto y á otro descendiente por la mayor proximidad de grado, una vez que promete no mejorar á aquel, es visto no querer mejorar tampoco á este (*a*).

85 Sin embargo de que el padre y la madre hayan prometido no mejorar á cierto hijo, pueden mejorar á otro, porque su promesa se circunscribió solamente á aquel (*b*); pero si la razon á causa final de la promesa de no mejorarle es por favor de todos los demas, v. gr. porque sucedan igualmente, y en la promesa se expresa así, á ninguno de ellos podrá mejorar, siendo de presumir que se hizo mencion del hijo nombrado, porque se temia por varios motivos que se le mejorase.

86 Al mejorado se permite renunciar la herencia y aceptar la mejora, con tal que pague á prorata las deudas del testador. Así lo dispone la ley 21 de Toro (*c*) que dice: „Mandamos que el hijo, ó otro qualquier descendiente legítimo mejorado en tercio ó quinto de los bienes de su padre, ó madre, ó abuelos, que puedan (si quisieren) repudiar la herencia de su padre, y madre, ó abuelos, y aceptar la dicha mejora, con tanto que sean primero pagadas las deudas del difunto, y sacadas por rata de la dicha mejora las que al tiempo de la partija parescieren: y por las otras que despues parescieren, sean obligados los tales mejorados á las pagar por rata de la dicha mejora, como si fuessen herederos en la dicha mejora de tercio y quinto: lo qual mandamos que se entienda, ora la dicha mejora

(*a*) Matienz. ley 6 cit. glos. 1 n. 4 Acev. en ella n 9. (*b*) Matienz. dich. ley 6 glos. 1 n. 3. Gom. en la 22 de Toro n. 29. (*c*) Es la 5 tit. 6 lib. 5 R.

sea en cosa cierta, ó en cierta parte de sus bienes.

87 Mejorando el padre ó la madre en última voluntad en el tercio y quinto de sus bienes á dos ó mas hijos, si el uno de ellos fallece, ó repudia su parte, ó por otro motivo dexa de percibirla, se acrece á los demas mejorados, quienes dividirán entre sí la mejora entera, como si solos lo hubieran sido, pues lo mismo se observa en los legados (*a*).

88 Por tanto, quando dice el testador: „mejoro á mi hijo Pedro en el tercio y quinto de mis bienes, ó le lego tal heredad; „ y luego dice tambien: „mejoro á mi hijo Juan en el tercio y quinto de mis bienes, ó le lego la misma heredad;» ó quando dice; „mejoro ó lego á mis hijos Pedro y Juan el tercio y quinto de mis bienes por iguales partes:„ si el uno fallece, ó repudia su parte, ó hay otro motivo, por el que no debe llevarla, se acrece al otro (*b*).

89 Si el padre hizo á sus hijos donacion por causa de muerte, ha lugar tambien en ella el derecho de acrecer; porque aunque en lo tocante á su forma y solemnidad se equipara al contrato, en quanto á su confirmacion y efecto se estima por última voluntad, mediante á que por la muerte y no antes se transfiere al donatario el dominio de lo donado en los propios términos que en los legados (*c*).

90 Haciéndose la mejora en contrato se ha de distinguir: ó fué revocable, ó irrevocable: si fue revocable sin entregar á los hijos la posesion de los bienes de su importe, ni la escritura en que se hizo, tiene lugar tambien el derecho de acrecer entre ellos, porque esta mejora se asemeja al legado y á la hecha en testamento ó en otra última voluntad, por poderse revocar hasta la muerte, con la qual y no ántes se confirma (*d*). Ademas segun una ley recopilada (*e*) puede uno prometer

(*a*) Ley 33 tit. 9 P. 6. (*b*) Ley cit. Morquech. de Divis. lib. 3 cap. 10 nn. 1, 2 y 3. (*c*) Gom. lib. 1 Var. cap. 10 n. 7. (*d*) Palac. Rub. ley 44 de Toro n. 2. Greg. Lop. en la 43 tit. 5 P. 5 glos. 5. Gom. dich. cap. 10 n. 6. (*e*) La 2 tit. 16 lib. 5.

por otro (*a*) y al derecho de acrecer ha lugar en los contratos (*b*), principalmente concurriendo, como en este caso concurre, el afecto del padre que influye mucho en dicho derecho (*c*): en cuya atencion si el testador lega cierta cantidad en dote á dos ó mas hijas juntamente, muerta la una tiene aquel lugar á favor de la viva, y la llevará entera, como si toda se le hubiera legado, porque se presume que el testador así lo hubiera hecho (*d*).

91 Pero si el padre ó madre mejorare en contrato irrevocable á dos ó mas hijos en el tercio y quinto de todos sus bienes entregándoles la escritura de mejora, y los mejorados la aceptasen, y despues viviendo el padre falleciere sin sucesion uno de ellos, (por cuya razon recaerá toda su hacienda en su padre como su legítimo y único heredero segun la ley 6 de Toro) aunque el que sobrevive pretenda la parte de su hermano muerto, no la llevará, porque quando la herencia ó mejora se acepta, no tiene lugar el derecho de acrecer, á causa de que este se introduxo por razon de la parte vacante y presunta voluntad del testador (*e*).

92 En órden á esta mitad de mejora que volvió al padre como único heredero de su hijo, parece que por fallecimiento de aquel se deberá sacar de ella el tercio y quinto, cuya mitad será para el mejorado que sobrevivió, á quien se aumentará, por haberse aumentado la herencia del mejorante. Por exemplo, si importa la mejora de todos los bienes del testador 1000 reales, tocan á dicho mejorado 500 por su mitad, y de los otros 500 que volvieron al mejorante por muerte del otro hijo, se sacarán el tercio y quinto que son 233 reales, 11 maravedís y un tercio de otro, los quales se dividirán en dos

(*a*) Covar. lib. 1 Var. cap. 14 n. 13. Greg. Lop. ley 7 tit. 11 P. 5 glos. 1, y 2 en la 48 tit. 5 P. dich. glos. 1. (*b*) Gutier. in Repet. leg. unic. Cod. Quando non petentium partes n. 36. Aillon ad Gom. lib. 1 Var. cap. 10 n. 8. (*c*) Menoch. lib. 4 præsumpt. 149 al fin. (*d*) Palac. Rub. in cap. Per vestras §. 24 n. 8. Morquech. de Divis. lib. 3 cap. 10 nn. 9, 10 y 11. (*e*) Greg. Lop. ley 33 tit. 9 P. 6. vers. Nunc vero. Gom. lib. 1 Var. cap. 10 n. 6.

partes iguales, la una para el mejorado, á quien se aplicará con los dichos 500, y la otra se agregará al resto de la herencia para repartirle igualmente entre todos los herederos, incluso el mejorado. Esta division es de Morquecho (*a*).

93 Pero sin embargo diré que este modo de dividir, aunque parece podrá tener lugar en la forma propuesta, quando el testador mejoró limitada y únicamente á los hijos en cosas ó cantidad determinada, ó en ciertos bienes, cuyo importe consta, ó se especificó al mismo tiempo; ni en dicho caso le tendrá, ni tampoco quando no consta á quanto ascienda la mejora, por haberse hecho simple é indistintamente en todo; pues como se atiende á los que dexa al de su muerte, sin distinguir de qué parte provienen, ni con qué título los adquirió, confundiéndose una vez unidos é incorporados en su patrimonio; y es propio de la naturaleza de la mejora hecha simplemente el ampliarse á los bienes futuros, se contempla único mejorado el que lo fué y sobrevivió, y como tal debe llevar enteramente el importe del tercio y quinto de quantos dexe su padre sin diferencia, distincion, ni mas cuenta, ni division.

94 Sin embargo de que en los contratos lucrativos no ha lugar segun el derecho romano al de acrecer, se exceptua de esta regla la donacion que haga el Soberano á dos ó mas juntamente, pues si despues de aceptada uno de los donatarios muere testado, ó intestado sin dexar heredero, ó la repudia ántes que se le haga, ó despues de hecha, se acrece al otro, sin que por falta de herederos legítimos, ni parientes recaiga en el fisco, como á no ser donacion del Soberano recaeria no habiéndolos (*b*); porque los beneficios, gracias y mercedes de los Príncipes se deben interpetrar plenisimamente (*c*), con tal que no cedan en detrimento de tercero (*d*).

(*a*) Lug. cit. n. fin. (*b*) Gom. lib. 1 Var. cap. 10 n. 2. (*c*) Leyes pen. ff. de Constitutionib. Princip. y 2 Cod. de Bonis vacant. (*d*) Ley 2 §. 16 ff. Ne quid in loco publico. Acerca del derecho de acrecer vease la nota puesta al fin del cap. 8.

§. IV.

Cómo se han de dividir los frutos de la mejora y donacion hecha en contrato ó en disposicion última: quándo pertenecen ó no al mejorado ó donatario, esten ó no pendientes en la finca consignada, y si este debe ó no restituirlos en caso de revocarla el testador.

95 Suelen ocurrir no pequeñas dificultades á los partidores en órden al modo de dividir legalmente los frutos de la mejora hecha en contrato ó en disposicion última con entrega y consignacion de los bienes de ella, ó sin estas; y para que quando se les ofrezca, procedan con justificacion, se tratará de este punto con la posible claridad.

96 Quando se hace la mejora irrevocablemente en contrato, y en cosas ciertas y señaladas: ó aunque sea revocablemente, si no se revocó, y ántes bien se entregó al mejorado su posesion verdadera ó ficta, le pertenecen los frutos desde su tradicion, porque con esta se le transfirió el dominio de aquellas; y lo mismo procede en la donacion hecha por causa onerosa con tercero, aun quando no haya tradicion (*a*). Pero si no se le entregaron las cosas contenidas en ella, ni se hizo por causa onerosa con tercero, no le corresponden los frutos hasta que muere el mejorante (*b*).

97 Si la mejora en contrato se hizo de una parte ó quota de bienes ciertos y señalados, aunque no se hubiesen entregado al mejorado, se deben tambien á este los frutos de ellos desde que el donante ó mejorante fallece, porque como consta quales son, adquiere aquel incontinente su dominio (*c*); mas si no se consignó la mejora, ni de consiguiente se entregaron bienes ningunos al mejorado, únicamente se le deben los frutos des-

(*a*) Matienz. ley 4 tit. 6 lib. 5 glos. 3 n. 5. Tello en la 20 de Toro n. 14. (*b*) Matienz. n. 6. (*c*) Tello lug. cit. n. 15. Matienz. n. 8.

de la mora del heredero en hacerle la tradicion de los que corresponden á la mejora (*a*); porque no habiéndosele transferido su dominio desde el contrato por la incertidumbre de los que se le aplicarian, pudo revocarse la donacion hasta la muerte; y como se atiende á este tiempo para hacer la computacion de la quota, no se transfiere el dominio, ni consiguientemente el derecho á percibir los frutos, hasta que se hace la aplicacion de aquella.

98 Siendo hecha la donacion ó mejora de quota en contrato á hijo emancipado mayor de 25 años, si se le hizo entrega verdadera ó ficta, deberá percibir los frutos desde el tiempo de la demora, que es desde la contestacion del pleyto, y no ántes por la incertidumbre y falta de asignacion de bienes que arguye buena fé; pues si la cosa es indivisible, se puede pagar en dinero, y los intereses de este no se deben sino desde la mora; y si es divisible, como no es cierta la parte de ella en que se ha de hacer la adjudicacion, no adquiere su dominio (*b*). Pero si se hizo á hijo que se hallaba baxo de la patria potestad, ó á menor, le tocan los frutos desde el tiempo de la tradicion, porque el hijo que se halla en poder de su padre, está impedido de pedir contra él y de moverle pleyto (*c*).

99 Quando la mejora de cierta cosa particular se hizo en disposicion última sin entregarla, tocan los frutos al mejorado desde la muerte del testador, en cuyo tiempo y no ántes se le transfirió su dominio (*d*); pues segun una ley recopilada (*e*) no es necesaria la adicion ó aceptacion del heredero para la validacion del testamento y de todo lo que contenga, si consta de la solemnidad que prescribe, como por derecho romano y el de las partidas se requeria, mas si se entregó dicha cosa, le pertenecen desde este tiempo, porque entónces adquirió su dominio (*f*).

(*a*) Matienz. nn. 8 y 9. Tello lug. cit. (*b*) Morquech. de Division. bon. lib. 3 cap. 5 n. 34 y 35. (*c*) Ley 2 tit. 2 P. 3. Morquech. lug. cit. nn. 29, &c. y 33. (*d*) Leyes 24 tit. 9 P. 6. Gom. lib. 1 Var. cap. 12 n. 2. (*e*) La 1 tit. 4 lib. 5. (*f*) Matienz. lug. cit. nn. 5 y 7.

100 Lo mismo procede, quando se hizo de cierta parte ó quota de bienes como tercia, quarta, quinta ú otra en disposicion última, y hubo tradicion verdadera ó ficta de ella, ó asignacion de la cosa en que se habia de pagar; pero si faltó la entrega, se le deberán solamente los frutos desde la mora del heredero despues de la muerte del testador, porque como no hay tradicion ni señalamiento de bienes ciertos, por cuyo medio se transfiera su dominio en el mejorado, y la asignacion de la quota en el cuerpo de la herencia solo da derecho á ella y no á bienes determinados, por la incertidumbre de los que se aplicarán al mejorado, puesto que la aplicacion es arbitraria en el Juez, quando no hay asignacion; tampoco debe haber frutos hasta que se haga la aplicacion, que es quando se adquiere el dominio. Ademas, dicha quota se puede pagar al legatario ú mejorado en bienes que no sean fructíferos, porque no está prohibido hacerlo, quando es legado genérico; y así quedará á eleccion del heredero el señalamiento de ellos, pues siendo de los de la herencia cumple con el mandato de la ley 20 de Toro, que así lo ordena, y solo prohibe que se pague en dinero (*a*).

101 Dexando el testador descendientes legítimos, todos mayores de 25 años, y bienes muebles y semovientes, y otros fructíferos é infructíferos, y mejorando en contrato ó disposicion última á algun descendiente suyo legítimo en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto indistintamente sin entregárselos ni aun consignárselos; si se tarda un año ó mas en evacuar la particion, como freqüentemente sucede á causa de haber que liquidar cuentas, cobrar créditos, ó por otro motivo que no dependa del mejorado, parece que deberá percibir desde la muerte de su padre no solo el importe de la mejora sino tambien los frutos, réditos ó rentas líquidas de los bienes fructíferos ó redituables á proporcion de su haber, y no igualmente como

(*a*) Góm. cap. 12 cit. n. 21. Ayor. part. 1 cap. 6 nn. 13, 14, 15 y 16.

los demas herederos: lo primero, porque los frutos aumentan la herencia, y de consiguiente el haber respectivo de cada partícipe segun la voluntad del testador conforme á la ley: lo segundo, porque el mejorado tiene obligacion de pagar las deudas de aquel á prorata de lo que le toca (*a*), y así como sufre este gravámen, debe percibir la utilidad: lo tercero, porque incontinente que llegó á ser heredero y aceptó la herencia, se le transfirió pro indiviso el dominio de los bienes de esta, y consiguientemente el de los frutos en su parte como accesorios (*b*); y por haber permitido la comunion, ó no haberse podido dividir la herencia, no es visto haber renunciado los frutos que le competen como á mejorado; fuera de que se convertiria en detrimento suyo la comunion, quando si la particion se hubiese hecho al punto, se habria utilizado de sus frutos todo el tiempo que medió: lo quarto, porque del mismo modo que si mientras los bienes estuvieron pro indiviso, se hubiera menoscabado la herencia, correria la misma suerte la mejora, habiendo tenido incremento con los frutos, debe tenerle esta tambien; y lo quinto, porque durante la comunion subsisten los bienes en compañía, y así cada sócio debe llevar de los frutos ó utilidades de esta lo correspondiente al fondo que puso en ella, y le dexaron, que es el haber respectivo á la herencia y mejora.

102 Por estas razones parece indubitado á primera vista que los frutos se deben dividir á proporcion del haber de cada interesado; pero no obstante creo que en el caso propuesto se han de dividir con igualdad y no á prorata entre todos los herederos, sean legítimos ó extraños, los frutos líquidos que hayan producido los bienes hereditarios durante la comunion, deduciendo y separando de la herencia ante todas cosas la mejora para el mejorado, uniendo luego al residuo de aque-

(*a*) Ley 21 de Toro, que es la 5 tit. 6 lib. 5 R. (*b*) Ayora part. 2. q. 30.

lla el total y líquido importe de los frutos, y hechas estas dos partidas un cuerpo dividiéndole igualmente entre los herederos incluso el mejorado, como si todo fuera herencia: en primer lugar, por lo expuesto en el núm. 98: en sugundo lugar, porque aunque es constante que los frutos aumentan la herencia, esto se entiende de los que el testador dexa pendientes en las fincas fructíferas, ó recogidos en sus troxes ó paneras, que son parte de ella, mas no de los que nacen despues de su muerte, pues solo son y se llaman herencia los bienes que le pertenecen al tiempo de morir, por quanto no puede hacer suyos los adquiridos ó nacidos despues de su fallecimiento, como que ya no exîste, y así tampoco puede hacer mejora en ellos: en tercer lugar, porque de estar obligado á pagar las deudas á prorata de lo que le toca por la mejora, no se deduce que deba percibir frutos de ella, pues hasta que se pagan, no la hay, ni tampoco herencia, por cuya razon se baxan y deben baxar ántes que todo, y de consiguiente nada paga, ni se le desfalca, puesto que en lo ageno no puede mejorarle el testador: en quarto lugar, porque el haber permitido la comunion no le da el mas leve título ni derecho para la percepcion de frutos como mejorado, y ántes bien por su silencio es visto que no les quiso y que se contentó con los que le tocasen como á heredero; pues de lo contrario hubiera protestado nó se le causase perjuicio en ellos é instado á que se hiciese la particion en el estado en que se hallaba la herencia; y si no tuvo culpa en que esta se dividiese, tampoco la tuvieron los coherederos: en quinto lugar, porque para la adquisicion de frutos es indispensable el dominio absoluto, verdadero é indubitado en la cosa que los produce, como ya se ha dicho; y el mejorado en ninguna de la herencia le tiene específico por falta de tradicion y consignacion sino universal é indistinto en todas y cada una como los demas herederos, y por ignorarse quáles se le aplicará á causa de ser esto arbitrario en el Juez y deberse deducir primero segun la ley 30 de Toro los gastos de su funeral,

misas y legados que tal vez consumirán todo el quinto, no puede estimarse quantos frutos han producido (*a*): en cuya atencion tampoco tendrá derecho á ellos como mejorado sino igualmente como heredero: en sexto lugar, porque aunque es cierto que menoscabándose la herencia durante la comunion, se menoscaba tambien la mejora, no lo es, que aumentándose aquella con los frutos debe aumentarse tambien esta, pues es falso el supuesto del aumento de herencia, á causa de que los frutos producidos despues de la muerte del testador no son parte de la que dexó, sino de sus herederos, por manera que no se llaman caudal paterno ó materno, sino solamente partible ó comun de todos, y así como bienes propios de ellos en comun se deben dividir con igualdad entre todos (*b*); y en séptimo lugar, porque no hay entre ellos la sociedad que se aparenta, ni por el hecho de hallarse los bienes pro indiviso se entiende haberla, sino se expresa (*c*); pues para que se estime tácitamente contraida ó renovada entre los hermanos, es preciso que concurran los tres requisitos expresados en el núm. 66 cap. 4 lib. 1, y en el presente caso no solo no concurren, sino que falta el unánime consentimiento de todos que es otro requisito, sin el qual no la hay (*d*), por quanto cada uno desea que se evacue á la mayor brevedad la particion para percibir lo que le corresponde.

103 Si todos los herederos son menores, se practicará lo mismo que entre los mayores, porque militan las mismas razones; y si el mejorado goza de privilegio, tambien gozan de él los coherederos: si por estar impedido por su menor edad de acelerar la particion, no debe perjudicarle la demora que hubo en evacuarla, tambien lo estuvieron aquellos; y ademas el primero trata de adquirir lucro de bienes que no son privativa y absolutamente suyos, y los segundos tratan

(*a*) Ayor. part. 2 q. 30 y 39, y part. 3 q. 17. (*b*) Ayor. part. 3 cap. 6 nn. 9 y 10. (*c*) Matiez. ley 2 tit. 9 lib. 5 R. glosa 1 nn. 23 y 26. (*d*) Ley 1 tit. 10 P. 5.

de evitar el daño que se les sigue de que el que no tiene mas dominio que ellos en los bienes partibles, perciba mas frutos. Y si es menor el mejorado y los demas mayores, debe observarse lo propio, aunque en este caso y aun en el precedente si la particion no se evacuó por culpa ó morosidad culpable de su tutor y no de otra suerte, podrá reconvenirle para que le indemnice del daño que se le originó en estar privado de los frutos que podian haberle producido los bienes redituales que se le aplicasen en pago de su mejora, si se hubiese evacuado prontamente la particion, como pudo y debió haberse hecho. Me ha parecido conveniente extenderme en la explicacion de estos casos, porque muchos se confunden en su resolucion.

104 Lo propio milita, quando el padre que en vida habia dado dote á una hija, ó capital á un hijo, la mejoró ó le mejoró en disposicion última, para que no tuviese que restituir, y este mejorado considerando tal vez que nada tenia que tomar, calla algunos años, y conociendo luego que los bienes tienen mucho valor, pide se haga la particion, y se le aplique lo que le falta con los frutos de su mejora; pues ningunos llevará por esta razon, y *sí solo* por lo que le falte para completar su haber como mejorado *(a)*.

105 Pero supongamos que el testador no dexa al hijo el tercio por via de mejora ó legado sino por via de institucion, como si lega el quinto á su muger ó á otro, ó no disponiendo de *él* hace varias mandas en diferentes cláusulas y despues en la de herederos dice: »Y en el remanente de todos mis bienes muebles, raices y derechos instituyo por mis universales herederos á Pedro, Juan y Diego mis hijos, excepto el tercio que mando le lleve ademas, ó por via de mejora de dicho Pedro; y si es necesario, le mejoro en *él* en la forma que mas haya lugar en derecho, &c.„ En este caso afirma Ayora *(b)* que el mejorado llevará la parte de los frutos correspondientes al tercio y despues partirá igualmente con

(a) Ayor. part. 2 q. 30. *(b)* Part. 3 q. 17 n. 55.

sus hermanos, fundando la razon de diferencia en que en el primer caso el mejorado tuvo el tercio como legado, y á los legatarios no pertenece el aumento ni diminucion de la herencia sino á los herederos; y en este tocándole por derecho de institucion mas que á los otros hermanos, y perteneciendo á los herederos los frutos cogidos despues, debe llevar como uno de ellos los correspondientes á su haber arreglado á la institucion, puesto que las palabras del testador proferidas de un modo producen un efecto, y proferidas de otro, otro diverso. Mas sin embargo yo dudo de la verdad de esta opinion, porque de qualquiera suerte que le dexe el tercio, siempre es mejora, y aun juzgo que lo mismo debe proceder, ya se le dexe y le perciba como heredero, ya como legatario; bien que someto mi parecer al de los doctos y juiciosos Legistas. (1).

106 Habiendo dotado el padre á una hija en cierta cantidad, entregándosela en bienes muebles y dinero quando se casó, y muerto despues; si la herencia que dexó y consistió en bienes raices, estuvo muchos años sin partir y al tiempo de su division pretende le den sus hermanos la parte de herencia que le toca con todos los frutos de ella, estando pronta á colacionar todo lo que recibió en dote; no llevará sin embargo de su pretension mas frutos que los de aquella parte que le falte para completar su legítima, y si la dote importa tanto quanto el todo de esta, nada percibirá de la herencia, puesto que ya la tiene recibida, ni por consiguiente de sus frutos, porque estos tocan á sus hermanos como producto de sus legítimas; sin que le sirva alegar que fué perjudicada, por no haber llevado cosa alguna en bienes raices; pues

(1) Parece bien fundada la opinion de Ayora, pues en el caso propuesto el tercio sin dexar de ser mejora es parte de herencia y en ningun modo puede llamarse legado: de suerte que viene á ser lo mismo que si un testador á falta de legítimos instituyese en partes desiguales varios herederos extraños, en cuyo caso nadie dudará que se les deben aplicar con arreglo á sus porciones hereditarias los frutos percibidos despues de la muerte del testador. Esta reflexion debe tenerse presente para resolver los casos anteriores y otros semejantes.

ademas de haberse contentado con los que le entregaron, no pudo compeler á su padre á que le dotase de ellos, mediante á estar en su arbitrio el dexar á sus hijos la legítima en los que quiera, con tal que no los grave en ella ni en su importe (a).

107 Si el testador mejora en cosa cierta, ó en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto á uno de sus hijos, consignando la mejora en bienes determinados que atendido su caudal líquido no exceden del valor de ella, no llevará el mejorado como tal mas frutos que los que durante la comunion rentaron las fincas señaladas, sean muchos, ó pocos, los quales se separarán del cuerpo de la herencia para su aplicacion y llevarse cuenta de ellos, porque con la consignacion únicamente se les transfirió el dominio de las consignadas, y por consiguiente el derecho privativo á todos sus frutos, y nó á mas en el concepto de mejorado; pero de los que hayan redituado los demas bienes, partirá igualmente con los coherederos por el derecho de legítima que corresponde á cada uno, á cuyo fin se agregarán estos al residuo de la herencia despues de separados la mejora y frutos de ella.

108 Mejorando el padre ó madre á uno de sus hijos en el tercio ó quinto con consignacion en cosa cierta, y señalando á otro su legítima en otra, aunque la de este produzca mas frutos que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora mas que lo que su finca produxo, porque el otro hijo adquirió igual dominio en la de su legítima que él en la de su mejora.

109 Si el ascendiente mejora á un hijo ó descendiente en el tercio y quinto consignándolos en una finca y mandando que si el valor de esta excede á la mejora, lleve en cuenta de su legítima el exceso; y muerto el mejorante se averigua que la finca vale mil ducados por exemplo, y excede á la mejora en 200, los quales debe llevar por parte de legítima, y no se hace la particion en quatro años, en cuyo intermedio renta la finca 300 líquidos y otros bienes raices del difunto 1@100, en

(a) Ayor. part. 2 q. 28.

todo 1@400; para dividir justificadamente estos frutos, de los 300 ducados que rindió la finca en los quatro años, llevará únicamente el mejorado en el concepto de tal 240 que son la parte correspondiente á los 800 que importó la mejora, y los 60 se le aplicarán tambien como frutos que produxo la parte de legítima que se le consignó en la finca, cuyo dominio adquirió por la consignacion; y de los 1@100 que rindieron los demas bienes raíces, percibirá lo correspondiente á la legítima que le falte y deba haber en estos, baxados los 200 que le tocan en la finca: porque de aplicarle los 300 por la mejora sola y luego la parte correspondiente á los 1@100 como uno de los herederos por su legítima igualmente con los demas partícipes, saldrian estos perjudicados en los 60 producto de los 200 que llevaba en la finca por parte de legítima: de aplicarle igual parte de frutos de ellos como si nada tuviera en cuenta de legítima, se les perjudicaria igualmente, por tener tomados los 200 en cuenta de esta y sus frutos; y de unir los 60 á los 1@100 y partirlos con igualdad entre todos, podrian ser perjudicados el mejorado, ó los demas. Así pues, en aplicándole los frutos correspondientes á la parte de legítima que baxados los 200 le falte que tomar, á nadie se grava, porque los 60 producto de estos son para él solo, y debe contentarse con ellos, ó no admitir la parte de la finca en cuenta de legítima. Pero si no le consignáre el exceso por parte de legítima, se unirán los frutos sobrantes de la mejora, v. gr. los 60 ducados, á lo que rindan los demas bienes raices, y sean muchos ó pocos, se dividirán entre todos los herederos igualmente.

110 Esto mismo debe practicarse, aunque el padre vincúle la mejora y tambien lo que por parte de legítima toque al mejorado en la finca ó fincas consignadas, pues no obstante el gravámen de vinculacion que puede imponerle en la legítima, aun quando nada mas le toque por ella, y valdrá en este caso (a), debe hacerse

(a) Roxas Almans. de Incomp. disp. 2 q. 7. Véase la I. P. cap. 7 núm. 60.

la division de frutos en dichos términos, porque el gravámen á mas de no extenderse á ellos, no se impuso á los coherederos sino al mejorado, y así no se les debe perjudicar en lo que les pertenezca.

111 Si el testador mejoró á uno de dos hijos en tercio y quinto, consignándole el tercio en ciertos bienes equivalentes á él, mandando llevase el quinto en dinero ó en otros muebles, señalando al otro por cuenta de su legítima otros bienes raices, y dexando á mas de los señalados á ámbos hijos otros raices y muebles; y el mejorado se apoderó solamente del quinto ó parte de él para satisfacer el entierro, misas y mandas, por cuya causa los bienes del tercio y todos los demas estuvieron sin dividir; y habiéndose llevado cuenta de lo que produxeron todos, resultó que durante la comunion rindieron de frutos líquidos 1@500 ducados en esta forma: 500 los de la mejora, 300 los de la legítima del otro hijo, y 700 los restantes; en este caso se han de aplicar privativamente el mejorado como tal los 500 y á su hermano los 300, dividiéndose por mitad entre los dos los 700, y de esta suerte ninguno queda perjudicado en los que le corresponden por su haber legítimo. Pero si cada uno se apodera de los bienes raices que se le consignaron y perciben sus frutos, quedando los demas pro indiviso, de estos solos se han de partir con igualdad los que produzcan, porque los de los otros los tienen ya sus respectivos dueños.

112 En órden á la pertenencia de los frutos pendientes al fallecer el testador en los bienes en que consignó la mejora, se debe distinguir. Si dexa viuda, se han de inventariar y tasar, porque le toca la mitad de su importe líquido, y lo propio milita, si ella muere y queda su marido (a). Sino hay viudo ó viuda, ha de distinguirse tambien: ó el difunto dexó herederos legítimo, ó extraños: si legítimos, se han de inventariar y tasar asimismo, y aplicarse al mejorado no como frutos pendientes sino como parte de mejora y de hacienda que dexa

(a) Ley 4 tit. 9 lib. 5 R.

el testador, de la qual se debe deducir en quanto quepa en el tercio, quinto y legítima, atendido todo el caudal que se encuentra pertenecerle: lo qual procede, ya el testador le haya mejorado en tercio y quinto consignando en los mismos bienes la mejora, ya solamente en estos sin expresar si era por parte de tercio y quinto; pues en ámbos casos se ha de atender á si caben ó no en aquello, en que el derecho le permite mejorar á sus descendientes legítimos, aun quando en los mismos bienes no haya frutos pendientes; y si instituyó herederos á extraños, por carecer de legítimos, se ha de volver á distinguir: ó le mejoró en ciertos bienes sin mas expresion, ó en el tercio y quinto, ó en otra quota consignando en ellos la mejora: si le mejoró en bienes ciertos que señaló, entónces, como que es legado, sea de mucho ó poco valor, y el testador puede disponer á su arbitrio, sin tener que atender á si grava ó no á los coherederos; se le aplicarán como frutos pendientes que son parte de las mismas fincas; pero si le mejoró en el tercio y quinto, ó en otra quota de sus bienes, pertenecen á la herencia los mismos frutos y se han de tasar con los bienes de esta, y solo cabiéndole en la quota consignada se le entregarán con las fincas en que se hallan, porque se perjudicaria á los coherederos, y se le daria contra la voluntad del testador mas de aquello en que le habia mejorado; pues la consignacion fue para que se le aplicasen irremisiblemente las fincas en parte de la mejora, y no otra cosa en su lugar, no para que llevase los frutos pendientes en ellas, sino le cabian en la quota en que le habia mejorado.

113 Siempre que el título de la mejora que se hace, se reduce á no título, debe el mejorado restituir con frutos la finca ó cosa en que lo fue (*a*), como sucede en la donacion por causa de muerte, pues como quando se revoca, se reduce á no causa, por estar suspensa, y sin efecto miéntras vive el testador (*b*), se debe restituir la

(*a*) Morquech. de Divis. lib. 3 cap. 5 n. 1. (*b*) Ley 42 ff. de Donat. caus. mort.

cosa donada con los frutos adquiridos desde el tiempo en que se hizo la donacion (*a*); y lo propio milita en la condicional que por no cumplirse la condicion se desvanece, como si nunca se hubiera hecho.

114 Y si el título no se reduce verdaderamente á no título, sino que se revoca, se debe restituir la cosa donada sin frutos (*b*), y así aunque por el nacimiento de los hijos se revoca la donacion, solo se vuelven los frutos adquiridos desde aquel y la noticia que tuvo el donatario (*c*), porque no son parte de la cosa donada, para que se restituyan con ella (*d*): lo qual procede aun en los frutos naturales, pues miéntras posee, sin embargo de que el título sea revocable, es verdadero dueño, y así los adquiere, y puede pedir las expensas y mejoras hechas en la cosa donada sin estar obligado á compensarlas con ellos (*e*).

115 Pero en este caso basta que el donatario tenga noticia del nacimiento, y no es preciso que el donante exprese que quiere revocar la donacion, como algunos afirman; pues el donatario por lo mismo que lo sabe, no ignora que posee sin título, ó al ménos con título nulo, que es lo mismo que no tenerle (*f*), y de consiguiente es poseedor de mala fe y como tal debe restituir los frutos que queden líquidos, deducidas las expensas hechas en sus labores, siembra y recoleccion (*g*).

116 Mas no deberá restituir los que percibió y consumió ántes de la noticia del nacimiento de los hijos, por haber sido poseedor de buena fé (*h*); pues este hace suyos los percibidos hasta la contestacion del pleyto, sean naturales ó industriales, hágase ó no mas rico con su importe, porque se equipara al verdadero dueño en quanto á ellos, y háyalos adquirido por título oneroso ó lucrativo (*i*). Algunos distinguen; pero no debe hacer-

(*a*) Angul. ley 1 tit. 6 lib. 5 R. glos. 12 nn. 6, 9 y 15. Morquech. lug. cit. (*b*) Ley 8 tit. 4 P. 5. (*c*) Morquech. lug. cit. nn. 2 y 3. Angul. lug. cit. n. 10. (*d*) Morquech. cap. 5 cit. n. 4. (*e*) Molin. de Primog. lib. 1 cap. 26 n. 14. Palac. Rub. in Rubr. §. 62 n. 15. (*f*) Morquech. n. 5. (*g*) Ley 40 tit. 28 P. 3. Morquech. nn. 6 y 7. (*h*) Ley 39 t. 28 P. 3 y su glos. 1 y 2. Morq. n. 8. (*i*) Ang. lug. cit. n. 21.

se distincion, porque la ley no la hace sino en quanto á los naturales que producen los árboles sin trabajo del hombre, y aun en estos procede, si se hizo mas rico con ellos (*a*).

117 De lo expuesto se infiere que quando los bienes de la mejora se entregaron al mejorado de tal suerte que su dominio se transfirió en él, y la mejora se revocó por su ingratitud, debe restituir los frutos desde el dia en que fue ingrato, porque desde entónces es poseedor de mala fé, y no ántes que como verdadero dueño los adquirió (*b*).

118 Lo propio milita, quando la donacion ó mejora entregada se revoca en el todo, por haberse reservado el mejorante, ó donante la facultad de revocarla, no obstante que por esto sea aquella revocable; pues como el mejorado se hace verdadero dueño, y dicha reservacion no es ninguna condicion suspensiva que impida los efectos de la donacion, lucra los frutos de la donacion ó mejora, cuyo título no se estima por no título desde el dia en que se hizo, sino desde el de su revocacion, y por lo mismo puede pedir las expensas y aumentos útiles hechos en sus bienes, sin que tenga obligacion de compensarlos con sus frutos (*c*), como queda expuesto.

119 Habiendo casado el padre á una hija de su primer matrimonio, cuya madre llevó bienes raices ó redituables, y dádole en dote bienes muebles y dinero, quedándose con los fructíferos de su madre; si la hija era mayor de 25 años, quando se casó, equivalia el valor de la dote al que tenian los bienes maternos, y consintió expresamente en que su padre le diese los muebles en lugar de los que su madre habia llevado: no puede muerto el padre y restituyendo los bienes de la dote, intentar se le entreguen aquellos ni sus frutos, sin embargo de que segun la ley 48 de Toro le corresponde desde que se casó todo su usufructo, porque es visto que entre ella y su padre hubo permuta ó venta de unos por otros;

(*a*) Sobre esta distincion y obligacion veanse las leyes 39 y 40 t. 28 P. 3 y su glos. (*b*) Morquech. n. 9. Angul. n. 12. (*c*) Molin. de primog. lib. 1 cap. 26 n. 14. Morquech. n. 10.

y si los maternos tenian mayor valor, quando contraxo matrimonio, se entiende haberlos comprado su padre y transferídosele su dominio solo hasta en el precio que dió á su hija, y exceso regulado segun el tiempo del casamiento y no segun el posterior (*a*) se le deberá dar con los frutos.

120 Si quando se dió ú ofreció la dote, dixo que con los bienes que se le entregaban, se daba por contenta y enteramente satisfecha de los maternos, no los podrá pretender, y solo habiendo lesion en el valor de los recibidos, y haciéndola constar segun y en los casos prescriptos por derecho, se le resarcirá: pero si solo el marido intervino en el contrato dotal y le firmó, queda salva á la hija su accion para deshacerle y pedir los bienes maternos con sus frutos desde el tiempo del matrimonio: porque por no haber consentido, no perdió el dominio que habia adquirido en ellos, ni se entiende haber habido permuta ni venta, ni su silencio la perjudicó tampoco por la reverencia á su padre, ni el marido tuvo facultad para perjudicarla, pues segun la ley (*b*) á nadie puede pasar el dominio de lo ageno sin la voluntad de su dueño.

121 Y si la hija era menor, quando se casó, no valió ipso jure la permuta ó enagenacion, por lo que puede pedir los bienes con los frutos líquidos producidos desde entónces devolviendo la dote que su padre le dió: pero en este caso deberá restituir el dinero con los intereses correspondientes á él desde el dia en que se casó, si quiere los frutos de sus bienes raices, y el exceso se devolverá, pues de lo contrario se lucraria con estos y con aquellos indebidamente: lo qual entiendo, hubiese ó no el marido querido mas el dinero que los bienes, porque no pudo perjudicarla en cosa alguna ni quitarle la accion que le competia á los bienes maternos á consequencia de haber adquirido su dominio por muerte de su madre, ni su padre quedarse con ellos (*c*).

(*a*) Ley 62 ff. de Jure dot. (*b*) La 13 tit. 34 P. 7. (*c*) Véase á Ayor. part. 2 q. 33.

CAPÍTULO III.

Si los hijos y descendientes legítimos á quienes sus ascendientes dotaron ó dieron capitales en vida, deberán colacionarlos por su muerte con los demas herederos.

§. I.

Qué es colacion, qué se requiere para que haya lugar, y entre qué personas debe hacerse.

1 Suelen los padres quando ponen en estado á algunos de sus hijos, ó los dedican á las carreras militar ó literaria, ó en otras ocasiones, hacer gastos con ellos, ó darles crecidas cantidades ó hacienda, ya expresando ser en cuenta de sus legítimas, ya sin decir cosa alguna; y quando nada expresan, se duda, si estas donaciones, ó gastos se les han de imputar en parte de legítima, ó han de reputarse donaciones simples procedentes de una mera liberalidad, y de consiguiente si son, ó no colacionables, suscitandose con este motivo pleytos que disminuyen mucho y aun aniquilan las herencias. Por tanto, deseando evitarlos, y que el partidor se instruya, no cause perjuicio, ni tenga necesidad de preguntar, ni molestar en registrar libros que tal vez no entienda; no obstante la diversidad de pareceres entre los mas célebres Jurisconsultos sobre muchos particulares de materia tan ardua é intrincada á causa de la antinomia ó contrariedad que por falta de discernimiento y expresion parece tienen nuestras leyes, y especialmente las 26 y 29 de Toro, pues afirman algunos que mas confunden que ilustran; procederé para ello con la claridad que me sea posible, adhiriéndome en los casos ambiguos al dictámen mas conforme con el espíritu de aquellas, y dándole para que no yerre las reglas ciertas que verá en adelante.

2 La palabra colacion tiene en el derecho varias significaciones que explica Gomez (*a*); pero segun mi propósito es una comunicacion ó agregacion que los descendientes legítimos que son herederos, hacen á la herencia, ó cuerpo del caudal paterno ó materno de los bienes que sus padres le dieron y ya son suyos, para que despues se dividan todos legalmente entre ellos. En tres casos se debe hacer la colacion, muera testado ó intestado el donante (*b*). El primero es, quando el padre ó ascendiente mandó expresamente al hijo ó hija que la hiciese de lo que la habia dado, porque el donante puede mandarlo, ya se empleasen los gastos y donaciones en los fines que expresaré en el n. 48, y que por derecho estan exêntos de la colacion, ya en otros no privilegiados. El segundo es, quando por conjeturas aparece que la voluntad del padre fue que los bienes que habia donado se colacionasen, de cuyas conjeturas trataré en el n. 44. Y el tercer caso es, quando se duda, si el padre lo quiso ó no; pues entónces se presume que su voluntad mas fué anticipar al hijo en vida la paga de su legítima que ser liberal con él é inducir desigualdad entre los demas hijos (*c*).

3 Pero si el padre prohibiere expresamente la colacion, (pues para que se entienda prohibida, no bastan conjeturas (*d*), por urgentes y vehementes que sean) no se hará, siempre que segun nuestro derecho Real no excedan los bienes donados de lo que puede tocar al donatario por su legítima y mejora, pues habiendo exceso deberá hacerla del importe de este y restituirle; y siempre que las donaciones ó gastos sean para ir á la guerra, estudiar ó seguir otra carrera de honor, y útil á la familia y al estado, pues estos como exêntos de la colacion no se deben imputar en legítima ni mejora sino en los términos y caso que explicaré en dicho núm. 48.

(*a*) Ley 29 de Toro n. 1. (*b*) Valasc. de Partit. cap. 14 n. 14. (*c*) Gom. ley 29 cit. n. 3 vers. Sed resolutive respondeo. Valasc. cap. 14 cit. n. 22. (*d*) Ley 3 tit. 15 P. 6 Castill. ley 29 de Toro n. 19. Valasc. n. 23.

4 Seis circunstancias se requieren para que tenga lugar la colacion. La primera es que quien la pide y á quien se pide, sean hijos ó descendientes legítimos del difunto cuya herencia se ha de dividir. La segunda es que dichos descendientes sucedan por el título universal de herederos y no por el particular de legatarios ó fideicomisarios; pues si suceden como tales, percibirán el legado ó fideicomiso sin obligacion de colacionar la dote ó donacion que percibieron en vida de sus padres ó madres (*a*), excepto que sea inoficioso el legado, en el qual procede lo que se ha dicho de la donacion (*b*). La tercera es que los bienes donados hubiesen sido de la persona á quien se hereda. La quarta es que la cosa, ó cantidad recibida se adquiera en vida del difunto cuya herencia se trata de dividir; porque si se adquiere despues de su muerte, como es el legado, ó fideicomiso, ú otra donacion que se confirma con ella, no es colacionable (*c*), á ménos que el donante mande que se reciba en cuenta de legítima. La quinta es que á los hijos y descendientes legítimos entre quienes se trata de hacer la colacion, se les deba la legítima, y por tanto si el nieto ó nieta viviendo su padre recibió algo de su abuelo, y este fallece en vida del padre, no está obligado aquel ó aquella á colacionar la donacion (*d*). Y la sexta circunstancia es que el hijo ó descendiente quiera ser heredero de quien recibió alguna cosa, pues si renuncia su herencia, no está obligado á la colacion, y si se le prometió algo y no se le entregó, puede pedirlo (*e*), debiendo mirarse en ámbos casos, si es inoficiosa la donacion.

5 En la herencia de los ascendientes tiene lugar la colacion entre sus hijos y descendientes legítimos, ó legitimados por el subseqüente matrimonio, á quienes

(*a*) Gom. lug. cit. n. 5 vers. Unum tamen est. (*b*) Ley 4 tit. 15 P. 6. Gom. n. cit. vers. Secundum. (*c*) Parlad. differ. 149 n. 7. (*d*) Castill. ley 29 de Toro n. 18 vers. Si vero neptis. Gom. en ella n. 31 vers. Quintum. (*e*) Ley fin. ff. de dotis collation.

se debe abintestato la legítima, sin que haya diferencia de sexô, emancipacion, ó patria potestad; quiero decir, sean todos varones ó hembras, esten ó no emancipados, y fuera ó en poder de sus padres, concurran varones y hembras entre sí unos con otros, ó el emancipado con ellos, ó con otros emancipados, ó con los que no lo estan, y sean ó no póstumos, si con arreglo á nuestras leyes (*a*) son capaces en naciendo de heredar á sus ascendientes.

6 Entre los herederos extraños instituidos solos ó juntamente con los hijos del testador no ha lugar la colacion (*b*); pero entre estos solos sí (*c*), de modo que aunque los extraños nada colacionen entre sí mismos para su menor haber en lo que habiendo hijos pueden percibir con arreglo á la ley 28 de Toro, no dexarán por eso los hijos de colacionar entre sí lo recibido, como si fueran los únicos instituidos y de ningun extraño se hiciera mencion.

7 Tampoco ha lugar la colacion entre los colaterales, porque (fuera de otras razones que traen los AA.) las leyes que tratan de ella, hablan solamente de los descendientes, y no se deben ampliar á personas de quienes no hacen ninguna mencion específica ni genérica (*d*). Lo propio se ha de decir por la misma razon de los ascendientes, pues donando el padre á su hijo, se juzga que quiere guardar igualdad entre sus hermanos, y de consiguiente que no le dona con ánimo de mejorarle; pero quando el descendiente dona á su ascendiente, no es con el de que haya igualdad, ni por razon de legítima, puesto que segun el órden de la naturaleza no es igualmente creible que le ha de sobrevivir. Por otra parte en el padre hay el peligro de que le ciegue tanto el amor á un hijo, que por él perjudique á sus hermanos, cuyo riesgo

(*a*) Leyes fin. tit. 23 P. 4 y 2 tit. 8 lib. 5 R. (*b*) Gom. n. 10 vers. Decimo quinto infero. Valasc. de Partit. c. 12 n. 32. (*c*) Valasc. n. 33. (*d*) Gom. n. 9 vers. Decimo quarto infero. Valasc. nn. 33 y 34.

no hay en el hijo respecto de su padre, y así no se le prohibe donar como á este (*a*). Así pues si dos ascendientes iguales en grado suceden á su descendiente, y uno de ellos recibió en vida algo de este, no está obligado á colacionarlo con el otro ascendiente, ya se lo haya donado simplemente, ya con causa; bien que no falta quien diga que el ascendiente deberá colacionar lo que recibió en vida, si excede del tercio, de que el hijo en virtud de la ley 6 de Toro puede disponer; pero lo contrario es lo mas corriente y verdadero, de modo que solamente deberá hacer la colacion en caso que el descendiente le haya hecho la donacion con la expresa condicion de colacionarla (*b*).

8 Ni con el hijo legitimado por el Soberano ni con el adoptado tiene lugar tampoco la colacion habiendo hijos ó descendientes legítimos, porque con estos ninguno de ellos concurre á heredar. Asimismo no la hay entre los hijos naturales, sucedan solos, ó con otros legítimos, por no debérseles legítima (*c*).

9 En órden á si el hijo é hija excluidos de heredar, sea por estatuto ó costumbre del pueblo, ó por haber renunciado con juramento sus legítimas paterna y materna, han de colacionar ó no lo que en vida recibieron de sus padres, se debe distinguir: ó son excluidos reservándoles alguna porcion, ó no; ó ellos mismos se excluyeron por la renuncia: si hubo reserva, entónces como que no se les debe legítima, no estarán obligados á colacionar, ni tampoco por la propia razon quando se excluyeron por la renuncia jurada que hicieron; pero sí, no habiendo habido reserva, á causa de que por todos derechos se les debe su legítima; y si no obstante su exclusion los instituyesen herederos sus padres, como pueden hacerlo, de-

(*a*) Gom. n. 9 cit. vers. Sed his non obstantibus. Valasc. n. 34 cit.
(*b*) Sobre esto véase á Ang. de meliorat. ley 10 glos. 3 nn. 3, &c. y 7.
(*c*) Gom. n. 8 vers. Duodecimo infero. Valasc. n. 50.

berán colacionar lo que recibieron de ellos, porque con la institucion consiguen todo el derecho de que estaban destituidos, como si no hubiera dicho estatuto ni renuncia (*a*).

10 Si habiendo dotado el padre ó hecho donacion de sus propios bienes á una hija ó hijo, y despues de muerto el mismo padre fallece el suyo, abuelo de los hijos, á quien heredan dicho nieto ó nieta, y otros nietos ó tios hermanos de su padre; no tienen obligacion de colacionar la dote ó donacion, porque no se trata de partir los bienes del que la dió ó hizo, sino los del abuelo de quien nada hubieron, y así solamente tendrá lugar la colacion, quando se hayan de dividir los paternos (*b*).

11 Los nietos hijos de hijos ó hijas que recibieron algo de su abuelo ó abuela despues de muerto su padre ó madre, estan obligados á colacionarlo con los otros nietos, ó con sus tios hermanos de su padre ó madre, quando hereden á su abuelo ó abuela, porque se les debe la legítima y es visto habérselo anticipado en cuenta de ella (*c*), excepto que se lo hubiesen dado por via de remuneracion, pues la donacion remuneratoria no es verdadera donacion sino satisfaccion de lo que se debe (*d*). Pero si en vida de su padre lega el abuelo paterno á su nieta alguna cosa, no deberá colacionarla en cuenta de su legítima por muerte de ninguno de los dos: ni por la del abuelo, porque no está obligado á dotarla, ni es su heredera viviendo su padre, ni de consiguiente es visto habérsela legado con ánimo de que la compensase con su legítima, á ménos que lo exprese; y ni por la de su padre, porque este no se la dió, ni salió de su patrimonio. Lo mismo procede, quando el padre dexa algun legado á su hija pupila, pues aunque está obligado á dotarla, no es de

(*a*) Valasc. nn. 46, 47 y 48. Gom. n. 8 cit. vers. Undecimo infero. (*b*) Valasc. n. 59. (*c*) Valasc. nn., 52 &c. y 57 Gom. log. cit. n. 7 vers. Nono infero y n. 40 vers. Tertia. (*d*) Morquech. de Divis. lib. 2 c. 11 n. 38. Aguil. ad Roxas part. 4 cap. 3 n. 12.

presumir que le dexase con ánimo de compensarle con su dote; porque no se halla en edad de casarse, y asimismo quando hace el legado quien debe á cierto dia ó con condicion ántes que se cumpla esta ó llegue aquel, no se considera con dicho ánimo (*a*).

12 Igual obligacion tienen de colacionar lo que dieron en vida á sus padres y por su muerte entró en su poder, que lo que donaron á ellos despues de muertos estos, porque suceden ocupando el lugar de su padre ó madre, quienes lo colacionarian, si vivieran: en cuyo caso los nietos hermanos se reputan una persona para el efecto de suceder, de suerte que heredarán entre sí por estirpe llevando entre todos la porcion que el padre ó la madre llevarian, si viviesen, y cada uno de sus tios carnales otra tanta como los referidos nietos, por lo que no hay disparidad de grado que impida la colacion (*b*).

13 Pero no habrá lugar á ella, quando los padres consumieron en vida el todo ó parte de la dote ó capital que los suyos les dieron, y los nietos de estos por haber percibido poco ó nada de sus padres, repudian su herencia, y solo quieren la de su abuelo ó abuela donantes que murieron despues de sus padres; pues aunque ocupan el lugar de estos y los representan, obteniendo todos los derechos coherentes á su grado, para que si concurren con otros, perciban la parte que los padres percibirian, si viviesen; es no obstante cierto que los nietos suceden á los abuelos por su propia persona y derecho, y que son sus herederos forzosos por testamento y abintestato como los hijos de los padres, puesto que la ley los llama expresamente á tal sucesion. Ademas nunca se colaciona, sino quando se recibe y se tiene alguna cosa mediata ó inmediatamente de aquel cuya herencia se va á partir; pues la colacion es gravámen personal que solo debe sufrir quien percibe alguna utilidad, y los nietos no tuvieron nin-

(*a*) Morquech. lib. 4 c. 11 nn. 38, &c. y 43. (*b*) Gom. ley 29 cit. n. 6 vers. Octavo infero.

guna, por no haber llegado nada á sus manos ni de sus padres ni de sus abuelos (*a*). No obsta alegar que el nieto estando en grado mas distante que sus tios se hace de mejor condicion que ellos, porque no sucede así, mediante á no haber tomado nada de su abuelo y haberse puesto en el primero para sucederle, á que es tan heredero forzoso suyo como aquellos, y no tiene culpa en que su padre hubiese muerto ántes y consumido lo que recibió. Tampoco obsta decir que sus tios son perjudicados en sus legítimas, pues no hay tal perjuicio, porque no se les deben hasta que su padre muere, el qual pudo haber gastado en vida todos sus bienes; y como por su muerte no exîsten otros en su poder ni en el de su nieto, es lo mismo que si él los hubiera consumido en sus urgencias; por lo que se pierden para la herencia del mismo modo que si existieran, la aumentarian, y aquellos deben contentarse con lo que les dexe, como el nieto se contenta. Y lo mismo se debe practicar, quando el padre da á su hijo ó hija en capital ó dote cierto capital puesto en fondo vitalicio que con su muerte, anterior á la del padre, espiró, y el nieto viene á heredar á su abuelo dotador con sus tios, porque milita idéntica razon para con él. Pero si el nieto recibiere algo de su padre ó madre, deberá colacionarlo con sus tios (*b*), por tener en su poder bienes de su abuelo ú otros en su lugar.

14 En quanto á si la renuncia de legitima que hace la madre contenta con su dote, perjudicará ó no á sus hijos, viniendo estos á heredar al abuelo, por haber ella muerto ántes, hay dos opiniones contrarias: la afirmativa se funda en que vienen por representacion de su madre, y en que así como perjudicaria á esta, debe perjudicar á sus hijos para que no se saquen de una herencia dos legítimas, siendo herederos de ella; y la negativa se apoya en que vienen por sus

(*a*) Valasc. de Partit. c. 12 nn. penúlt. y últ. Guerreir. de Divis. lib. 2 c. 11 n. 65. Hermos. ley 3 t. 4 P. 5 gl. 6 n. 73. (*b*) Hermosill. lug. cit. Rodrig. Suar. in leg. Quoniam in Prioribus, limitat. 4 n. 11. Robles de represent. lib. 2 c. 16 nn. 103, 104 y 105.

propias personas á heredar á su abuelo (*a*). Yo me inclino á lo expuesto en el caso anterior.

15 Si un padre que tenia hijos de dos matrimonios, casó durante el segundo dos v. gr. que habia habido del primero, dando á uno algo ménos de lo que le tocaba por su legítima, y á otro algo mas á cuenta de la paterna, expresando lo que les entregaba por cada una, debe el segundo hacer dos colaciones, la una con su hermano entero para igualarse con él en el haber de su madre, y la otra con este y con sus hermanos consanguineos para igualarse en el del padre de todos. Por exemplo, la herencia de la muger primera eran 200 y el padre dió al uno 50 y al otro 300. En tal caso este último colacionará con el otro los 50 que llevó mas de lo que debia haber por su madre, y se los restituirá, para que queden igualados, con lo qual vendrá á percibir cada uno los 100 que le corresponden por la legítima materna; y luego con su mismo hermano entero y con los consanguineos del segundo matrimonio colacionará los 150 restantes como percibidos á cuenta de la paterna, porque todos son herederos de un padre cuya herencia se va á partir (*b*). Y si ha entrambos hubiese reintegrado igualmente de su haber materno y dado ademas algo á cuenta del suyo, deberán colacionar con los consanguineos lo recibido por cuenta del paterno, y por lo respectivo á su madre nada tendrán que colacionar entre sí, por estar igualados, como ni tampoco con los del matrimonio segundo en caso que á cuenta del haber de su padre nada hayan percibido.

(*a*) Acerca de este caso vease á Hermos. lug. cit. n. 74. (*b*) Ayor. part. 3 q. 12 nn. 27, 28 y 29.

§. II.

Qué bienes han de colacionar ó no los descendientes legítimos, y qué debe observar el partidor sobre estimar los colacionados por legítima ó mejora en caso de duda.

16 Los AA. fundados en derecho distinguen quatro clases de bienes que son: *adventicios*, *profecticios*, *castrenses y quasicastrenses*. Se llaman adventicios los que provienen de la madre, ó de los parientes de esta, ó de extraños (*a*), de los quales, como ya se ha dicho, toca hoy á los hijos la propiedad, y á su padre miéntras se hallan en su poder, el usufructo.

17 Profecticios son los que proceden ó salen del caudal del padre, y los que por mera contemplacion de este se dan al hijo estando fuera de su poder; porque se entiende dárselos el mismo padre (*b*), ó hallándose baxo de él; si se expresa en la donacion que se le hace por los méritos ó beneficios del padre, en cuyo caso la adquiere este para sí, por entenderse que así como se habia de hacer directamente al padre, se hizo al hijo en su lugar; y lo propio milita, quando fué hecha á padre é hijo juntamente, porque en duda se presume lo mismo, y de consiguiente este debe colacionarla (*c*). Mas si por el padre tuvo noticia de su hijo algun sugeto y trabada con este motivo entre los dos grande amistad le hizo una donacion, es visto habérsela hecho por causa de dicha amistad y no por respetos de su padre, á cuya consequencia no se llamará, ni será profecticia, ni se deberá colacionar (*d*). Y lo mismo procede en la madre, porque versa igual razon (*e*).

(*a*) Ley 2 tit. 11 P. 4. (*b*) Dicha ley 2. Valasc. de Partit. cap. 13 nn. 1 y 4. (*c*) Morquech. lib. 4 cap. fin. n. 47, 48 y 49. (*d*) Valasc. cap. 13 cit. núm. 5 Morquech. cap. fin. cit. nn. 14, 15 y 16. (*e*) Sobre esto vease á Avendaño (ley 29 de Toro glos. 4 un. 8, &c. y 16) quien contra la opinion comun defiende que únicamente es profecticio lo que sale del caudal del padre mediata ó inmediatamente,

18 Castrenses son los bienes que el hijo adquiere en la guerra ó con motivo de ella (*a*), y quasicastrenses los que gana en la quasimilicia reputada por derecho como en la corte y palacio del Rey por sus servicios, ó por su Real munificiencia y liberalidad, ó por salario ó estipendio de enseñar públicamente alguna ciencia (*b*), ó por otras causas de que se trata con mas extension en la I. P. cap. 26 §. 3. Tambien se reputan quasicastrenses los que se adquieren por beneficio, renta ó dignidad eclesiástica (*c*), y estos pertenecen en propiedad y usufructo al hijo, aun quando se halle en poder de su padre, por lo que este deberá darle cuenta de ellos, si los administra, y podrá ser reconvenido (*d*), como si fuera extraño.

19 En esta suposicion debo asentar por regla general que regularmente hablando deben colacionar los descendientes legítimos en cuenta de sus legítimas los bienes, donaciones y gastos que hubieron ó hicieron en vida, y salieron del patrimonio del ascendiente de cuya herencia se trata, si la aceptan (*e*): en cuyos bienes no solo se comprehenden los muebles y raices sino tambien las deudas, derechos y acciones que los ascendientes tienen á su favor y donan á sus descendientes (*f*): todo lo qual se entiende, no mandando lo contrario el donante ó no coligiéndose de su voluntad.

20 Así pues, deben las hijas traer á colacion con los coherederos la dote que han recibido de sus padres, si aceptan su herencia (*g*), aunque no las requieran para ello sus hermanos ó los coherederos, porque quien está obli-

y que solo esto se ha de colacionar, debiendo tenerse presentes la amistad, afinidad, méritos, servicios, amor anterior y otras conjeturas, por las quales se pueda venir en conocimiento de si lo donado es por contemplacion de los hijos ó de sus padres.

(*a*) Ley 6 tit. 17 P. 4. (*b*) Ley 7 tit. 17 P. 4. Guerrer. de Divis. lib. 2 cap. 12 nn. 5 y 6. (*c*) Ley 2 tit. 21 P. 1. Avendañ. en la 19 de Toro n. 29. Covar. in cap. Quia nos de Testam. nn. 1 y 2. (*d*) Covar. n. 2 cit. Matienz. ley 9 tit. 1 lib. 5 glos. 2 n. 12 (*e*) Ley 3 tit. 15 P. 6. Gom. en la 29 de Toro nn. 10 y 11. Matienz. en la 3 tit. 8 lib. 5 glos. 1 nn. 4 y 5. (*f*) Valasc. cap. 13 cit. nn. 94, 95 y 96. (*g*) Ley 3 cit.

gado á colacionar, si pide la parte que le toca en la herencia, debe ofrecer la colacion (*a*): aunque quando se les entregó la dote, fuesen únicas (*b*), y aunque el padre hubiese entregado la dote al yerno, porque si la dió á un tercero para que este la entregase á aquel ó á su hija, y en poder del tercero se consumió ó perdió sin llegar al del yerno ni hija, no está obligada á colacionarla, por lo que recibirá su legítima entera, debiendo los coherederos imputar la pérdida á su padre y no á ella ni á su marido (*c*); pues como se ha dicho en el núm 13, no se colaciona sino lo que se posee, ó recibió mediata ó inmediatamente de aquel cuya herencia se intenta dividir. Pero si se contentan con su dote y repudian la herencia, no tendrán obligacion de colacionarla (*d*), siempre que la dote no exceda de la legítima que pueda corresponderle, atendido el importe de los bienes de su difunto padre al tiempo de su muerte (*e*).

21 La obligacion de colacionar las hijas la dote que sus padres les dieron para casarse, se amplia á las demas donaciones que estos les hacen, porque se presumen hechas por razon de casamiento, y por esta causa no pueden ser mejoradas en contrato (*f*).

22 Así como las hijas deben colacionar la dote y demas bienes que sus padres les entregaron de los suyos, lo deben hacer igualmente de lo que consta les dieron otras personas por mera contemplacion suya, porque se conceptúa dado por los propios padres (*g*), del mismo modo que lo que donan á la muger los parientes de su marido por contemplacion de este, es visto dárselo él, y lo adquiere (*h*).

23 No está obligada la hija á colacionar el dinero que alguno le dió voluntariamente ó en virtud de sentencia condenatoria por haberla desflorado y violenta-

(*a*) Ley 12 Cod. de collation. (*b*) Vease el n. 72 cap. 2 de este lib. (*c*) Arg. ley 13 tit. 11 P. 4 Castill. en la 29 de Toro n. 17 vers. Quod intellige. (*d*) Ley 3 tit. 8 lib. 5 R. Castill. lug. cit. n. 19 vers. Tercio fallit. (*e*) Veanse los nn. 74, 78 y 79 cap. 2 de este lib. (*f*) Gom. ley 29 de Toro n. 13 vers. Secundo. (*g*) Valasc. de Partit. c. 13 n. 23. (*h*) Vease el n. 23 cap. 4 lib. 1.

do; y lo mismo procede en el que se dió al hijo por la injuria que se le hizo (*a*); pues los respetos del padre en nada contribuyeron á ello.

24 Tampoco está obligada á colacionar con sus hermanos la dote y donacion que algun extraño le dió ó le hizo para casarse, aunque este la hubiese entregado á su padre para que la dotase (*b*); y lo propio se ha de decir de las dádivas ó regalos que algun pariente, ó amo á quien sirvió, ú otro le hizo, y de los salarios que ganó, estando baxo la patria potestad ó fuera de esta; pues todas las dichas cosas son adventicias, y solo toca á su padre el usufructo de ellas, miéntras la tiene en su poder, por ser visto haberse donado por los méritos de la hija, ó por particular afecto que el donante le profesaba, excepto que este exprese lo contrario al tiempo de su donacion: á cuya conseqüencia si el padre exigió de su hija tales dádivas, salarios ó regalos, y se hallan en su poder al tiempo de su muerte, han de separarse del caudal de su padre, y se le han de entregar como bienes suyos, y no hallándose se le dará su importe, del que nada deben participar los hermanos (*c*). Lo propio milita en el hijo, como se dirá en el n. 56.

25 No solo comprehende á las hijas que se casan la obligacion de colacionar la dote que les dieron sus padres, sino tambien á las que entran en religion y profesan en convento que puede poseer bienes en comun ó en particular, porque por la profesion se casan espiritualmente con Jesu-Christo (*d*). No obsta decir que estas dotes se dan á los monasterios por via y en lugar de alimentos segun el concilio de Trento (*e*): que de darse y recibirse en otro concepto se comete simonía (*f*); y que por ser para ellos no hay obligacion de colacionarlas, como no se colacionan los que se dan á los hijos (*g*); pues la dote

(*a*) Hermosill. ley 3 tit. 4 P. 5 glos. 6 n. 27. Parlad. Differ. fin. n. 9. (*b*) Ley 6 tit. 15 P. 6. (*c*) Ley 5 tit. 15 P. 6. Valasc. de Partit cap. 13 n. 180 al fin. Hermosill. ley 3 cit. glos. 6 n. 20. (*d*) Angul. ley 9 tit. 6 lib. 5 R. glos. 6 n. 13. Gom. en la 29 de Toro núm. 14. (*e*) Sess. 15 cap. 16. (*f*) Felin in cap. 10 Constitut. n. 79. (*g*) Gom. ley cit. n. 16 vers. Sed his non obstantibus.

secular se da tambien por razon de alimentos, y no por eso dexa de colacionarse toda, puesto que una cosa es suministrar diaria ó anualmente los alimentos, y otra dar dote cierta al monasterio y este recibirla con titulo de alimentos, en cuyo caso no se dan como tales sino como dote: porque si se dieran simplemente como tales, y la monja muriera ántes de consumir su total, se repetiria del monasterio lo que no hubiese consumido lo qual no se practica; fuera de que al tiempo de colacionar se deduciria de la colacion lo que hubiese gastado, si en todo el tiempo que medió ántes de la muerte de su padre, se hallase en su casa, y no se deduce, como ni tampoco la dote secular (*a*).

26 Asimismo debe colacionar la Religiosa las cosas que sus padres le dan á mas de la dote, v. gr. el vestido con que entra en el monasterio, la cama, lienzos, calzado, &c. á ménos que esten especialmente exceptuadas (*b*); pero no las propinas regulares que se acostumbran dar á cada Religiosa como por via de convite, aunque si se da uno general á todas, serán colacionables y se estimarán como aumento de dote (*c*).

27 No debe colacionar la Religiosa que está en convento capaz de heredar, lo que por tiempo cierto ó por toda su vida se le da fuera de la dote para sus necesidades religiosas y urgencias extraordinarias, para las que no le suministra el convento ó monasterio lo competente; pues no se contribuye ni entrega á este sino á la misma Religiosa por piedad y por via de alimentos, los quales no son colacionables (*d*).

28 Quando el hijo herede á sus padres, no solo debe colacionar lo que recibió de ellos, sino tambien los vestidos, joyas, adornos y demas cosas que dieron á su esposa, esten ó no consumidas, porque en duda se conceptúa haberselas donado por contemplacion y en nombre del mismo hijo que estaba obligado á dárselas segun su esfera y posibilidad, y la costumbre del pais, y en

(*a*) Vease á Valasc. lug. cit. nn. 32, &c. y 35. (*b*) Valasc. lug. cit. n. 36. (*c*) Valasc. n. 39.

cuenta de su legítima, de suerte que pasen á su poder, aunque no conste por otra parte que se las donaron por sus respetos; y si estan consumidas, colacionará su estimacion (*a*). Mas lo contrario se ha de decir, si se las dieron los parientes ó amigos de su marido, pues no las debe colacionar este, y ella las adquiere (*b*) segun y en los casos explicados en el lib. 1 cap. 4 n. 23.

29 Pero no está obligado á colacionar los gastos de comida, refresco, regalo al Cura que le casó, ni otras que por convite ó lucimiento, y honor y celebridad de su boda ó misa nueva hacen sus padres: lo primero, porque los hacen los mismos padres de su propia voluntad por esplendor, fausto y vanidad, y no son necesarios para la perfeccion ni validacion del matrimonio ántes si voluntarios y superfluos (*c*): lo segundo, porque ninguna ley manda que se colacionen; y lo tercero, porque de dichos gastos nada percibe el hijo, ni por consiguiente se le sigue la mas leve utilidad de ellos; fuera de que no tiene facultad ni para impedirlos ni para compeler á su padre á que los haga, si lo resiste, por hallarse baxo su poder. Y lo expuesto procede, aunque el hijo tenga bienes propios de que se puedan hacer, no obstante esto se conceptúa hacerlos su padre de los suyos, porque ceden en su honor (*d*); bien que poseyéndolos su padre, si este no quiere hacerlos de los sayos, se entenderán hechos de los adventicios del hijo (*e*); pero deberá expresarlo para evitar dudas, y porque de lo contrario se juzgarán expendidos de su propio caudal.

30 Deben los hijos colacionar los oficios públicos vendibles que compran sus padres para ellos, ó ellos con el dinero que les dan para este efecto, si son transmisibles, dénselos en dote ó capital, ó simplemente, y en este caso se les debe computar en su legítima no el mismo oficio, porque es indivisible y mere personal, sino

(*a*) Gom. ley 29 de Toro n. 15 y en la 50 n. 67 vers. Ex quo infertur. Parlad. differ. 150 §. 3 n. 16. (*b*) Avendañ. ley 29 cit. glos. 4 n. 10. (*c*) Gom. n. 15 cit. vers. Quinto infero. García de Expens. c. 4 n. 10. (*d*) Valasc. cap. cit. n. 57. (*e*) Baez. de Non meliorad. filiab. cap. 11 n. 154.

el valor que tiene, regulando su capital por lo líquido que produce al tiempo de la muerte del padre y no por lo que costó. Lo propio milita, quando consta que el Soberano á ruegos del padre y por su mera contemplacion le concedió al hijo (*a*). Pero si los tales oficios no son vendibles, ó por lo ménos transmisibles, no se deben colacionar (*b*).

31 En órden á si el hijo debe colacionar las expensas hechas por su padre en sacar las bulas para obispado, canonicato, ú otro beneficio, ó dignidad eclesiástica útil y fructífera, la opinion comun es la negativa fundada en que el beneficio y dignidad no se puede vender ni transmitir á los herederos, y no pudiendo serlo lo principal, tampoco lo accesorio; pero Velasco (*c*) afirma lo contrario: lo primero, porque no son donacion simple procedida de mera liberalidad sino causal hecha por utilidad del mismo hijo, la qual es colacionable; lo segundo, porque hay cierto modo de gastar con un sugeto, que es lo mismo que darle por via de dote ó donacion causal, pues por medio del gasto ademas de honor consigue utilidad para alimentarse; y así como el padre puede repetir del hijo el gasto útil que hizo en cosa de este (*d*), así tambien por la propia razon puede imputarle en su legítima estos gastos útiles, sin los quales no hubiera logrado el beneficio que ha de gozar y con que se ha de mantener (*e*).

32 Si el poseedor de un mayorazgo expende, v. gr. 2@ ducados en la obtencion de un breve pontificio, para que de los frutos de ciertas iglesias se saque la tercera parte ó mas con que erigir dos beneficios cuya presentacion ha de hacer el hijo que fuere poseedor del mismo mayorazgo, debe colacionar los 2@ ducados en cuenta de su legítima: en primer lugar, porque el honor y utilidad de presentar, ó derecho activo de patronato es transmisible al inmediato y demas sucesores (*f*); y en

(*a*) Gom. ley 29 cit. n. 21 Guerreir. de Divis. lib. 2 c. 12 nn. 39, 40, 41 y 42. (*b*) Garcia cap. 4 cit. n. 14. Gom. y Valas lug. cit. Gutier. lib. 2 Pract. q. 64 nn. 5 y sig. (*c*) Cap. 13 n. 75. (*d*) Arg. leg. 45 ff. de Negot. gest. (*e*) Ayor. part. 2 q. 18. (*f*) Cap. 1 de Jure patronat. y ley 8 tit. 15 P. 1.

segundo lugar, por la regla general y doctrina comun de que los hijos deben colacionar en cuenta de su legítima las donaciones que los padres les hacen por causa del matrimonio ú otra (*a*).

33 Sobre si debe el hijo colacionar la donacion que su padre le hizo con título de patrimonio para ordenarse, hay dos opiniones contrarias. La negativa (*b*) se funda, ya en que si lo que se dona para la milicia terrestre, no se colaciona, por reputarse castrense y estar exênto de la colacion por derecho, como se dirá en el n. 48, con mayor razon no debe colacionarse lo que se da para la celeste que es mas digna y elevada, y de una á otra vale el argumento (*c*) ya en que no se encuentra en las leyes ordenada especificamente tal colacion, por lo que no debe hacerse, no mandándolo el testador (*d*); y ya en que esta donacion cede en lugar de alimentos, los quales no son colacionables. La opinion afirmativa que me parece la mas justa y verdadera, se apoya en que es donacion causal, útil al hijo y transmisible por su muerte á sus herederos: en que la ley 29 de Toro habla general, indistinta y absolutamente sin exceptuar ninguna mandando colacionar no solo las dotes y capitales sino tambien las demas donaciones que los hijos y descendientes hubiesen recibido del ascendiente á quien han de heredar; y en que el fundo para alimentarse no es ni puede ser castrense, y únicamente se reputarán por tales los libros, vestidos clericales, derechos del título y gastos del viage, así como en el soldado el vestido, armas, caballo y lo demas necesario para ir á la guerra; pues lo que le ha de servir para alimentarse durante su vida, es legítima, se debe tener por tal en uno y otro, y de consiguiente colacionar no disponiendo el testador lo contrario (*e*).

34 Si los padres ó el uno de ellos dieron dote á su hija ó capital á su hijo, y despues les volvieron á dar

(*a*) Valasc. n. 76. (*b*) Matienz. ley 3 tit. 8 lib. 5 glos. 2 al fin. (*c*) Ley 6 ff. de Re judicat. (*d*) Ley 19 Cond. de Collationib. (*e*) Gutier. lib. 2 Pract. q. 65. Covar. in cap. Raynaldus § 2 n. 7 de Testam. Ayor. part. 2 q. 13. Hermosill. ley 3 tit. 4 P. 5 glos. 6 n. 50.

alguna cantidad de dinero, alhaja, ó finca para alimentarse, pagar deudas ú otro fin urgente, aunque parece que deberán colacionarla en cuenta de su legítima segun la ley 26 de Toro, y se entenderán mejorados en ella, la traerán sin embargo á colacion del mismo modo que la dote y capital no mandando sus padres otra cosa, porque es donacion causal hecha por necesidad, habiendo habido para este aumento la misma causa que para la primera (*a*); y porque es visto que sus padres quisieron anticiparles aquello mas en cuenta de sus legítimas; pues la citada ley 26 se entiende segun la comun y mas segura opinion en las donaciones simples, las quales no son colacionables, y no en las causales.

35 Debe colacionar el hijo que se halla baxo de la patria potestad, el usufructo de sus bienes adventicios que su padre le donó expresamente, si este tiene recogidos los frutos y está hecho dueño de ellos: porque se estiman en este caso como profecticios, por haber el padre adquirido su dominio (*b*); excepto que mande que no los colacione, como en qualquiera tiempo lo puede mandar, por no haber ley que se lo prohiba. Pero si se los donó tácitamente permitiéndole que los llevase despues de cogidos sin contradecir su percibo, no está obligado á traerlos á colacion, ni sus hermanos deben inquietarle acerca de ella (*c*). No obsta decir que la simple donacion hecha al hijo de familia por su padre en vida que es revocable y se confirma con la muerte del donante, se colaciona, porque esto se entiende en la que hace de sus cosas propias, no en la remision del usufructo de los bienes adventicios del hijo, en la qual nada da de lo suyo, porque la ley le concede dicho usufructo con la condicion tácita de, *si quiere adquirirle* (*d*).

36 Diciendo el padre ántes de adquirir el usufructo

(*a*) Ley 29 de Toro. Ayor. part. 2 q. 31. (*b*) Valasc. cap. 13 cit. n. 139. Guerreir. de Divis. lib. 2 cap. 12 n. 70. (*c*) Ley 6 § 2 vers. Sin autem Cod. de Bonis quæ liberis. (*d*) Gom. ley 29 de Toro n. 29 y en la 48 n. 9. Gutier. in cap. Quamvis pactum n. 31. Matienz ley 1 tit. 5 lib. 5 R. glos. 4 n. 19 Valasc. lug. cit. nn. 141, &c. y 145.

de los bienes adventicios de su hijo, que no le quiere, tampoco tiene este obligacion de colacionar los frutos que produxeron y percibió, porque entónces no hay propiamente donacion, puesto que el padre jamas le tuvo, ni se le desfalcó cosa alguna de su patrimonio (*a*); pues una cosa es dexar de adquirir, lo qual no es propiamante donar, ni le está prohibido, y otra y muy diversa perder lo adquirido, ó enagenarlo y desprenderse de ello (*b*): en cuya atencion no se debe hacer mérito del usufructo para cosa alguna, mejórele ó no. Lo mismo procede, y se debe practicar con lo demas que el hijo adquirió, por no haber querido su padre adquirirlo, como quando uno de sus hijos fallece, habiendo instituido heredero á un hermano suyo, aunque debió instituir á su padre, y este léjos de intentar accion alguna contra el testamento, permite que el otro hijo perciba la herencia de su hermano, pues milita la propia razon (*c*).

37 Si el padre que administra bienes adventicios de un hijo que tiene en su poder, le dedica á la carrera militar, literaria ú otra honorífica, y los frutos de estos bienes alcanzan ó exceden á las expensas que hace con él; podria decirse que aunque su padre le mande colacionarlas, no estará obligado á ello, porque los frutos de sus bienes sufragaron para hacerlas, ceden en honor de la familia y utilidad de la patria, y seria cosa iniqua que despues de percibirlos enteramente su padre se utilizasen sus hermanos de ellos sin ser suyos ni de su padre los bienes que los habian producido, y que como si no hubiera tenido ningunos, se le imputasen é hiciesen colacionar las mencionadas expensas; pero sin embargo deberá colacionar, si su padre lo manda, no todo el importe de ellas sino lo líquido que quede, deducidas las que su padre haria con él en su casa: porque el padre en virtud de la ley y de la patria po-

(*a*) Valasc. n. 146. (*b*) Gutier. in cap. Quamvis pactum nn. 6 y sig. Baez. de Non melior. filiab. cap. 24 n. 4. Gom. n. 29 cit. vers. Quod extende. (*c*) Parlad. differ. 150 §. fin. n. 11.

testad adquiere todos los frutos de los bienes adventicios de su hijo baxo la obligacion de alimentarle y educarle en los términos que se dirá en el núm. 42, y así se tienen por suyos patrimoniales, y se juzga que suple á su hijo de su propio caudal dichas expensas; por lo que mandando su padre que las colacione, sea al tiempo que le envia á seguir su carrera, ó en su última disposicion, ó coligiéndose lo mismo de su voluntad por alguna conjetura de las que expresaré en el núm. 44, deberá colacionarlas, como si no tuviera ningunos bienes, pues mas iniqüo seria que el padre los adquiriese todos en propiedad y usufructo, como por derecho romano antiguo sucedia.

38 Si teniendo el padre el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, este se casa, y aunque su padre continúe reteniéndole, no se le demanda, miéntras vive, podrá repetirle de sus herederos, y deberá deducirse como deuda del cuerpo del caudal paterno, porque debiendo atribuirse su silencio al respecto y veneracion no es visto haber donado á su padre dicho usufructo (a).

39 Los frutos de capellanía, prebenda, ó beneficio eclesiástico pertenecientes al hijo que vive en compañía de su padre, y que este administra, no le corresponden en modo alguno, porque son de cosa quasi castrense, y así debe dar cuenta al hijo de su administracion, como se expuso en el núm 18, y no habiéndosela dado ni entregádoselos compete al hijo la accion de pedirla y repetirlos de los coherederos, haciendo que como deuda se deduzca de su caudal; pero respecto á que el padre no está obligado á mantener al hijo, quande tiene de suyo, deben baxarse y descontarse de su total no solo los gastos de administracion hechos por el padre y la décima de su producto líquido sino tambien los que hizo en alimentarle, darle es-

(a) Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 4 nn. 8 y sig. Acev. ley 9 tit. 1 lib. 5 R. n. 26 Castillo en la 48 de Toro n. 1 lleva lo contrario.

tudios y demas, porque no es creible que teniendo bienes y rentas de que hacerlos, quisiese su padre expender de los suyos propios, á no ser que ordene expresamente lo contrario, en lo qual no perjudica á los otros hijos, porque nada les quita de su caudal ni le disminuye; y aunque no tiene obligacion de darle alimentos teniendo de lo suyo, si se los da, estarán bien dados, y no deberá colacionarlos á cuenta de legítima ni mejora, pudiendo mandarlo así su padre, como tambien que se le entreguen los frutos líquidos que percibió de sus bienes, sean ó no adventicios, como deuda contra su caudal, sin embargo de que hasta su muerte nada haya expresado, pues en qualquiera tiempo puede declarar su voluntad, por no haber ley que lo prohiba, de suerte que no mandándolo, si deducido todo sobrare algo, esto será lo que se baxará como deuda y percibirá como crédito líquido á su favor (*a*). En todo lo dicho deben proceder el Juez y partidor con justicia y equidad atendidas las personas, edad del hijo para si pudo ó no administrar por sí, y las causas de su silencio y permision de que su padre administrase y expendiese, y en vista de ello hacer la cuenta y deducion.

40 Son adventicios los frutos de los bienes adventicios del hijo que percibió despues de la tácita ó expresa remision de su padre, de modo que los hace plenamente suyos el mismo hijo, se conceptuan como donados por persona extraña, y por lo mismo no debe traerlos á colacion con sus hermanos (*b*). Puede hacerle el padre dicha remision no solo en contrato sino asimismo en última voluntad, aunque en vida haya callado; pero se observará lo contrario, si su padre ó madre le remiten los de los suyos propios, porque como en este caso salen de su patrimonio y por su remision se disminuye este, debe colacionarlos (*c*).

41 Emancipando el padre á su hijo y dándole al mis-

(*a*) Gutier. lug. cit. nn. 19, &c. y 29, y de Tutel. part. 3 cap. 32 n. 4. Matienz. ley 9 tit. 1 lib. 5 R. glos 2 n. 12. (*b*) Ley fin. Cod. de Collationib. (*c*) Valasc. cap. 13 cit. nn. 147, &c. y 150.

mo tiempo algun fundo ú otra cosa, no está obligado á colacionarle, y ántes bien se entiende mejorado en él en quanto no exceda del tercio ni quinto, pues si excediere, se estimará el exceso parte de legítima (*a*) excepto que al tiempo de la donacion exprese que se le da en parte de aquella porque despues no puede imponer gravámen ni condicion.

42 No debe colacionar el hijo los gastos que su padre hizo con él en los estudios (*b*), aunque esto ha de entenderse de los hechos en enseñarle la gramática y otras cosas ó artes, sin cuya pericia no puede vivir cómoda ni decentemente segun la condicion de su persona, porque estos se comprehenden en los alimentos necesarios que tiene obligacion su padre de suministrarle, y como tales estan exêntos del gravámen de colacion; pues quando los alimentos se deben por derecho natural ó de sangre, se incluyen en ellos la enseñanza ó disciplina, y los gastos que se ofrecen en ella (*c*), lo qual no sucede, quando se deben por disposicion de alguna persona, sino es que lo mande (*d*).

43 Esta doctrima padece tres limitaciones. La primera es, quando el padre tiene y administra bienes propios de su hijo, sean adventicios, castrenses, casi castrenses ó de qualquiera otra clase, porque entónces es visto expender de ellos los gastos expresados y no de los suyos propios, si no expresa lo contrario, y así estos ménos tendrá que percibir de su valor el hijo (*e*), como se ha sentado. No debe objetarse que si el padre tiene en su poder bienes adventicios de la hija, nunca se entiende darle ni prometerle de ellos la dote sino de los suyos propios (*f*): porque milita diversa razon, qual lo es la de

(*a*) Ley 26 de Toro. Morquech. de Divis. lib. 4 cap. fin. n. 50. (*b*) Leyes 3 tit. 4 P. 5 y 5 tit. 15 P. 6 Gom. en la 29 de Toro n. 16 vers. Sed his non obstantibus. Garcia de Expens. cap. 4 n. 1. (*c*) Garcia de Expens. cap. 3 desde el n. 47. Valasc. nn. 151, 152 y 153. Greg. Lop. ley 5 tit. 15 P. 6 glos. 6 vers. Adverte tamen. (*d*) Guerreir. cap. 12 cit. nn. 121 y 122. (*e*) Gom. ley cit. n. 16 vers. Quod tamen limita. Matienz. en la 3 tit. 8 lib. 5 R. glos. 2 n. 7. (*f*) Ley fin. Cod. de Dotis promission.

que el padre está obligado por derecho á dotarla precisamente de sus bienes propios, por lo que siempre se entiende que le da ó ofrece de estos la dote; y no lo está á hacer dichas expensas con el hijo, por cuya razon, consistan sus bienes en dinero ó en otras especies, se presumen hechas de ellos y no de los del padre. En esta atencion, aunque no colacionará con sus hermanos en cuenta de legítima el importe de los gastos referidos, por no haber salido del patrimonio de su padre, se le descontará de sus mismos bienes, quando pretenda su tradicion (*a*), excepto que aquel mande que no se descuenten.

44 La segunda limitacion es, quando expresa ó tácitamente quiso el padre ó madre que dichos gastos se imputasen al hijo en cuenta de su legítima: expresamente, v. gr. si lo protesta y consta de ellos en los términos que se dirá en el núm. 47; y tácitamente, quando por conjeturas se infiere de su voluntad, como por tenerlos sentados en el libro de cuenta y razon de sus deudores; pues no basta que lo esten únicamente en el de cuenta de gastos, porque esto solo sirve para saber lo que expende, y no para que se infiera de ello que quiso se imputasen al hijo en su legítima. Pero si los padres son ricos, el hijo pobre y los gastos cortos, no se le imputarán tampoco en aquella sin embargo de la protesta, ni esta surtirá efecto, porque se comprehenden, como se ha dicho, en los alimentos y crianza que como buenos padres deben darle por derecho natural y de sangre (*b*).

45 La tercera limitacion es, quando resulta entre los hijos gran desigualdad que puede llamarse así en el caso de que lo gastado con el estudiante exceda á la legítima y mejora, atendido el valor de los bienes de su padre al tiempo de su muerte junto con el importe de lo que expendió con él: ó quando el hijo no aprovechó en el estudio, puesto que no se consiguió

(*a*) Góm. n. 16 cit. Ayor. part. 2 q. 13 n. 39 vers. Item limitatur.
(*b*) Ayor. n. cit. vers. Item fallit y vers. Item extende. Guerreir. cap. 12 cit. nn. 133, &c. y 137.

el fin para que lo expendió su padre: ó quando empleó en vicios y en adquirir malos hábitos lo que este le dió; pues por dichas razones es visto haber querido que se le imputase en su legítima (*a*).

46 Pero es de tener presente que en estos casos mediante estar obligado el padre á mantenerle miéntras se halla en su poder, quando no tiene de suyo, se le cargará solamente el exceso á lo que gastaria con él, manteniéndole en su casa segun su calidad y haberes, como en darle de comer, vestir, calzar, medicinas y todas las demas cosas concernientes á los alimentos; pues estas no se le deben imputar, tenga ó no el hijo bienes propios, porque el padre debe darle todo lo expresado, conservarle la propiedad de los adventicios pudiendo, y aprovecharse de sus frutos que le concede el derecho (*b*). En la regulacion de los alimentos se debe proceder con justicia y equidad, y no estrictamente con mezquindad y miseria, teniendo en consideracion los haberes y calidad del donante, y el estilo del pais.

47 Asimismo se ha de tener presente que la protesta del padre mencionada en el n. 44 debe hacerse al tiempo que envia á su hijo á estudiar, para que sean colacionables los gastos que hace con él (*c*): porque de lo contrario se contempla donacion pura, en la qual solo al hacerla puede imponer gravámen y condicion, debiendo esto entenderse quando la donacion se hizo al hijo emancipado ó habido por tal, porque entónces fue incontinente válida é irrevocable; y no si se hiciere al hijo que se halla baxo la patria potestad, pues como no vale y el padre puede revocarla hasta su muerte, podrá tambien declarar su voluntad y mandarle en qualquier tiempo que la colacione (*d*).

48 En órden á otros gastos hechos por el padre para que su hijo aprenda ciencias mayores, siga otra car-

(*a*) Greg. Lop. ley 5 cit. tit. 15 P. 6 glos. 5 y 6 Matienz. ley 3 cit. glos 2 n. 6. (*b*) Gom. n. 16 cit. vers. Unum tamen est. Matienz. n. 6 cit. y n. 7. Garcia de Expens. cap. 4 n. 4 y 5. (*c*) Gom. n. 16 cit. vers. Item adde, y n. 27. Guerreir. lug. cit. n. 134. (*d*) Gom. ley 29 de Toro n. 16.

tera de honor y distincion, ó vaya á la guerra; aunque no está obligado á hacerlos, especialmente si el hijo tiene que ir fuera de su casa á estudiarlas, ni á conservarle en el estudio, sino quiere que le continúe, no obstante que le haya enviado á él, (si bien no falta quien diga que siendo rico puede ser compelido á ello) ni tampoco lo estan sus hermanos á suministrarle los alimentos para la continuacion muerto su padre (*a*), y por lo mismo parece que tiene obligacion de colacionarlos; lo contrario se ha de seguir, porque el padre es dueño de sus bienes miéntras vive, y puede gastarlos y distribuirlos á su arbitrio, sin que sus hijos tengan accion á impedírselo; ni derecho á mas que á lo que les dexe, mayormente quando ceden no solo en utilidad del mismo hijo sino tambien en la de la patria y en honor de su familia (*b*); y quando el hijo obediente no debe resistirse á estudiar ni dexar de hacer lo que su padre le mande, por lo qué no es justo que le perjudique su justa obediencia contra la voluntad de su padre y mandato de la ley (*c*). Y aun tiene lugar lo expuesto, quando le mejora expresamente su padre ó ascendiente, porque esta mejora acredita mas bien que quiso no los colacionase, que los expendió por dar mayor lustre á su familia y beneficiar á la patria, y que por estas causas se privó de emplearlos en sus propios usos, en cuya atencion tampoco deberá colacionarlos en este caso, ni de consiguiente como exéntos de la colacion se le imputarán en parte de la mejora, sino lo manda. No debe objetarse que de no hacerse la imputacion ni colacion resulta gran desigualdad entre sus hermanos, porque la ley lo permite no distinguiendo de si hay ó no mejora expresa, y mayor desigualdad habrá, si teniendo el padre, v. gr. ocho ó diez hijos, mejora á uno de ellos en tercio y quinto; pues á proporcion

(*a*) Garcia cap. 4 cit. n. 52. Gom. n. 16. cit. (*b*) Leyes 3 tit. 4 P. 5 verb. Fueras ende si el padre, y 5 tit. 15 P. 6. Valasc. lug. cit. n. 115 vers. Atamen his rationibus, &c. y 118. (*c*) Morquech. c. fin. cit. n. 57. Hermos. ley 3 tit. 4 P. 5 glos. 3 nn. 27, 28 y 29.

de lo que este lleva, apenas toca legítima á los demas, sea ó no opulenta la herencia, y con todo es válida y no se tiene por iniqua la mejora. Pero si consta tácita ó expresamente lo contrario de la voluntad del mejorante, como por haberlo mandado, ó protestado, ó sentado en el libro de cuenta de sus deudores, ó por otras conjeturas, se entenderá mejorado en quanto quepa en el tercio, quinto y legítima, baxando previamente de su total los alimentos que debia darle en su casa, pues estos deben excluirse del cómputo en todos casos, y lo líquido sobrante es lo colacionable. Lo mismo debe practicarse por idénticas razones, quando el padre, madre, ó ascendiente envia á su hijo ó descendiente á correr cortes é instruirse de sus costumbres, intereses, ideas, máxîmas, tráfico y forma de gobierno, para poder ser algun dia un buen Ministro, Estadista, ó Embaxador, como algunos Personages y Potentados lo hacen con sus hijos, porque los tales gastos son correspondientes á estos Señores que por su opulencia, dignidad y elevado carácter deben ser los padres de la patria, estudiando y aprendiendo quanto conduzca á su felicidad y ceda en honor de sus familias; pues aunque las leyes no hablan expresamente de la *ciencia de estado*, debe entenderse comprehendida entre las mayores.

49 Tocante á los libros que el padre da á su hijo para estudiar, esté ó no baxo su poder, no habiendo aquel manifestado su voluntad sobre si han de colacionarse, es preciso distinguir: si el hijo es Abogado, Juez, ó Doctor que exerce algun oficio público, no los colacionará, porque se conceptúan ó son quasicastrenses; y así como las armas y demas cosas castrenses no se colacionan (*a*), así tampoco los libros dados en la forma y para el fin expuesto, porque se equipáran á las armas (*b*): si el hijo no exerce oficio público de enseñanza, se ha de distinguir tambien: ó los libros son necesarios para aprender la ciencia que estudia, ó no: Si lo son, no los colacionará (*c*),

(*a*) Leyes de Partida citadas. (*b*) Garcia cap. 4 cit. n. 6. Gómez ley 29 de Toro n. 17. (*c*) Ley 5 cit. tit. 15 P. 6 y su glos. Valasc. c. 13 cit. nn. 161, &c. y 164.

y si no lo son, y se los dona solamente para leer, tendrá obligacion ds colacionarlos por cesar las razones expresadas, y porque no se pueden llamar quasicastrenses. Pero lo mas seguro para evitar disputas es que así los libros como los gastos de estudios mayores y demas donaciones que no hay precision de hacer, se imputen al hijo en cuenta de la mejora de tercio y quinto, baxado lo que expenderia con él su padre en su casa en los precisos alimentos; y si exceden á la mejora, que se le cuente el exceso en parte de legítima (*a*). De los libros debe colacionarse el valor que tengan al tiempo de la muerte del padre ó madre donante, ó al de la colacion, no al de su entrega, y de ningun modo los mismos libros, para que no se cause detrimento al hijo por la particular aficion y memoria local que tiene en ellos con motivo de la costumbre de registrarlos (*b*).

50 No debe colacionar el hijo su peculio quasicastrense que es lo que gana por el salario de administrador ú otro oficio público, ó por ser Juez, Abogado, Escribano, Procurador, Médico, Maestro de gramática ó de alguna ciencia, ó por tener otro empleo semejante (*c*). Lo propio milita en lo que lucra el Clérigo por razon de la iglesia ó por otro medio adventicio, esté ó no ordenado de órden sacro, si goza del privilegio del fuero, porque sin embargo de que dicho órden no le exime de la patria potestad (*d*) como al Obispo la dignidad episcopal (*e*); todo quanto adquiere, se reputa casi castrense, lo hace suyo, y como tal no debe llevarlo á colacion (*f*).

(*a*) Morquech. lib. 4 cap. fin. nn. 60, &c. y 64. Matienz. ley 3 tit. 8 lib. 5 glos. 2 nn. 6, 7 y 8. Greg. Lop. ley 5 cit. glos. 5. (*b*) Gom. n. 17 cit. vers. Adde tamen. Valase. lug. cit. n. 166. (*c*) Ley 5 cit. tit. 15 P. 6. Avendañ. ley 29 de Toro glos. 4 desde el n. 23 hasta el fin. (*d*) Cap. 19 de Sanctis Episcop. Cov. in cap. Quia nos de Test. n. 5. (*e*) Auth. Sed episcopalis dignitas. Cod. de Episcop. & cleric. (*f*) Leyes 2 y 3 tit. 21 P. 1. Avendañ. lug. cit. n. 29 y gl. 3 desde el n. 7.

51 Tampoco debe colacionar el hijo lo que su padre expendió en proporcionarle algun honor inalienable y no transmisible á sus herederos, ó alguna dignidad ú oficio público, por el que se perciba anualmente alguna renta ó comodidad, pues se equipara al peculio y bienes castrenses; pero si fuere vendible ó transmisible á los herederos, deberá colacionarlo (*a*), si el testador no manda lo contrario. Lo mismo procede por la propia razon en los gastos hechos para condecorarle con el grado de Doctor ó Licenciado; bien que si el padre tiene en su poder bienes adventicios del hijo, se entiende hacerlos de éstos y no de los suyos propios (*b*), á ménos que disponga otra cosa. Pero los gastos que el padre hace en condecorar á su hijo con el hábito de alguna de las quatro órdenes militares ú otra, deben colacionarse, á no ser que le exîma de ello: en primer lugar, porque esta condecoracion como puramente personal no cede en honor ni utilidad de la familia, segun creen algunos fatuos que no miran las cosas por lo que son en realidad sino por la corteza: no en honor, porque no le aumenta el que goza y debe acreditar para cruzarse, puesto que ya se acabó el tiempo en que se escogia y entresacaba de mil uno para armarle caballero por sus distinguidos servicios á la patria, y como solo sirve para dar á entender á los que no le conocen, que probó nobleza ó hidalguía, (no que es noble, pues hay diferencia grande entre probarlo y serlo, por lo que vemos sucede y se consigue con el dinero) mas es necia vanidad que otra cosa; y no en utilidad, porque de estar cruzado ninguna se sigue á sus hermanos, ni por ello se les aumentan su nobleza, ni han de probarla con él sino con sus ascendientes; y aunque logre encomienda ó pensiones para sí, no para aquellos; y en segundo lugar, porque tampoco sirven dichos gastos para beneficio, defensa, ni gobierno de la patria, como los que hacen con

(*a*) Gom. ley 29 cit. n. 21. Garcia de expens. cap. 4 cit. n. 4.
(*b*) Ley 5 cit. tit. 15 P. 6. Valasc. cap. 13 cit. n. 175. Greg. Lop. dich. ley 5 glos. 6.

los que la defienden y gobiernan con las armas y letras, que es el motivo principal que tuvo la ley para exceptuar de la colacion á los castrenses y casi castrenses.

52 No se debe imputar al hijo en su legítima, ni de consiguiente debe colacionar lo que su padre ó madre expendieron por redimirle de cautiverio, pues es visto haberle expendido liberalmente movidos de piedad y del afecto que le profesaban como padres, y no con ánimo de repetirlo ni de que despues de su muerte se le precisase á su colacion (*a*), de suerte que se entiende mejorado en su importe.

53 Asimismo no debe colacionar lo que su padre pagó voluntariamente por la pena en que se le condenó por algun delito, pues tambien es visto haberlo hecho por piedad, excepto que su padre mande que se le impute, ó que por protesta ó conjuras se pruebe que quiso lo colacionase, ó que sea cantidad considerable, por la que se graven las legítimas de los demas hijos. Pero si lo pagó por necesidad, como por estar obligado á ello por la ley, ó por ser fiador del mismo hijo con beneplácito de este, ó por otra causa semejante, deberá traerlo á colacion, porque no se presume habérselo donado, si no lo expresa, y si tenia bienes del hijo en su poder, se cree haberlo satisfecho de estos (*b*).

54 No estan obligados el hijo ni la hija á colacionar con sus hermanos las pensiones, encomiendas, renta vitalicia y demas donaciones que el Rey ó Reyna les hubiesen hecho, haya sido ó no criado suyo el padre, aun quando fuese por los méritos y servicios de este, y á ruego ó súplica suya, y aun quando por su Real permiso y gracia especial pasen á los hijos y descendientes del concesionario. Lo propio milita en los réditos ó rentas anuales, v. gr. juros que el mismo padre transfiere con Real licencia en su hijo ó hija; pues todas estas donaciones se reputan casi castrenses, y como tales perte-

(*a*) Gom. dich. ley 29 n. 19. Valasc. lug. cit. n. 176. (*b*) Gom. lug. cit. n. 20. Ayor. part. 2 q. 17.

necen en propiedad y usufructo al donatario ó concesionario (*a*), segun lo he visto declarado por el Consejo.

55 Pero si al principio compró el padre las pensiones ó renta vitalicia, aunque despues por gracia del Rey se transfieran á sus descendientes, deberá colacionarlas el hijo ó hija á quien se concedieron, porque como al principio no hubo liberalidad sino un contrato oneroso, aun quando luego la haya en la transmision á su posteridad, no debe obrar tanto que se reputen donaciones puras y exêntas de colacionarse; por lo que se conceptúan réditos ó intereses del capital desembolsado por el padre en su compra, y que continúan durante la voluntad del concedente como tales y no como merced: lo qual procede tambien, quando este manda que el donatario las colacione (*b*). Y es de advertir que si el Rey dona una misma cosa á dos sugetos en diversos tiempos, será preferido el primero en la data ó fecha de la donacion, aunque el segundo tome ántes que él la posesion de la cosa donada; al modo que en las prebendas y beneficios á que no está anexo algun cargo, administracion, ú oficio, lo es el Beneficiado á quien se confieren y es anterior en la fecha, al posterior que presentó primero las letras (*c*); pues si tienen anexa alguna administracion, no se atiende al tiempo de su data sino al de su posesion (*d*).

56 No tiene obligacion el hijo de colacionar con sus hermanos los bienes adventicios que con su mera industria y trabajo personal, v. gr. sirviendo á otro por su salario, aunque sea con voluntad de su padre, ó por dádivas que le hicieron, consta haber adquirido, esté ó no en su poder (*e*).

(*a*) Valasc. lug. cit. n. 178. Antunez de donat. reg. lib. 1 cap. 3 nn. 63 y 64. Matienz. ley 9 tit. 1 lib. 5 glos. 2 nn. 4, &c. y 11. (*b*) Valasc. lug. cit. n. 179. Guerr. lug. cit. nn. 153 y 154. (*c*) Cap. 7 de Rescript. cap. 12 y 14 del mismo tit. in 6, cap. 7 y cap. 31 de præbend. in 6 Antunez de donat. reg. lib. 1 cap. 4 nn. 14 y 15. (*d*) Valenz. consil. 34 n. 36 Antunez n. 19. (*e*) Ley 5 tit. 15 P. 6. Hermosill. ley 3 tit. 4 P. 5 glos. 6 n. 20.

57 Si adquirió todo el lucro con los bienes ó dinero de su padre sin poner trabajo suyo, ó negoció en nombre de este expresándole así en los contratos que hizo, debe comunicarle como profecticio, pues vienen á ser un factor ó procurador suyo, y como que comerció en su nombre, y por su cuenta y riesgo, debe ser todo el lucro ó pérdida para él. Pero dudándose si le adquirió con su mero trabajo ó con los bienes de este, percibirá la mitad, y la otra mitad será para su padre, ó para su testamentaría; como sucede entre los socios, quando uno pone el fondo y otro la industria, pues es injusto que lo que el hijo gana con sus afanes y sudor, lo lleven sus hermanos sin haberlos tenido (*a*): lo qual entiendo debe proceder solo en el caso de que su padre no le haya alimentado, pues si le alimentó y estaba baxo de su dominio, será todo el lucro para su testamentaría. Y si con el dinero de su padre adquirió el lucro cometiendo usuras ó valiéndose de otros medios, y arbitrios ilícitos y reprobados, nada deben participar de él su padre ni hermanos, ni tampoco ha de traerse á particion, porque el lucro adquirido ilícita y torpemente no toca al juicio divisorio, ántes bien se debe restituir á su dueño, y si se ignora quién es, darle por Dios (*b*).

58 Habiendo administrado y gobernado por sí solo el hijo los bienes de su padre á causa de hallarse muy viejo ó imposibilitado, si los demas por ser menores ó por otro motivo nada lucraron ni trabajaron, podrá pedir por su muerte el salario de todo el tiempo de la administracion, y se le debe dar, así como se daria á un extraño que los administrase, no siendo él capaz de administrarlos: cuyo salario regulará el Juez con prudencia y equidad, atendiendo á su trabajo y á lo que despues de vestido podia ahorrar un criado, y se deducirá del cuerpo del caudal como deuda contra este, por

(*a*) Ayer. part. 3 q. 2. Valasc. nn. 181 y 182. (*b*) Ley 2 tit. 17 P. 6, y su glos. 10 y sig. Valasc. nn. 189 y 190. Morquech. de Divis. lib. 4 cap. 13 nn. 26, &c. y 29.

no parece justo que los hermanos sin trabajo se lucren con el suyo (*a*) : lo qual procede sin embargo de que estando baxo la patria potestad debe servir á su padre, en lo que y en que se presume haberlo hecho por piedad, se fundan algunos para querer privarle del salario y remuneracion que merece, y que ceda en utilidad de sus hermanos; pues aquello es bueno para que no pueda demandar á su padre, no para que despues de muerto se lucren estos con su sudor: mas para evitar dudas por la diversidad de pareceres que hay, conviene que así lo proteste, porque de esta manera conseguirá alguna remuneracion, como lo advierte Parladorio (*b*), quien con otros que cita, sigue la negativa en caso de faltar la protesta tanto respecto del padre como de la madre.

59 Si el hijo emancipado léjos de adquirir y cuidar de los bienes de su padre los dilapidó, consumió, ó substraxo debe colacionarlos ó restituir su importe; pero si se halla baxo de la patria potestad, podrán los coherederos conseguir el reintegro por medio de la compensacion ó retencion de otro tanto como destruyó (*c*), que en el efecto viene á ser lo mismo.

60 El hijo, á quien por sus méritos hizo alguna donacion su padre ó madre, no está obligado á colacionarla, siempre que sean condignos y equivalentes á ella, ó tales que no pueden estimarse ni pagarse con dinero; porque se conceptua lo donado de la clase de bienes adventicios, los quales no se colacionan, y mas se considera remuneracion y paga de deuda (si es que por ella podia ser reconvenido judicialmente el donante) que donacion y de consiguiente como hecha á extraño; pues no basta que sean méritos de obsequio, porque á estos se halla obligado (*d*), y por lo mismo no pueden reputarse tales (*e*); si bien para evitar la duda de si la donacion es ó no remuneratoria, y de si los servicios del

(*a*) Gom. ley 29 de Toro n. 24 vers. Ex quo subinfertur. Baez. de Decim. tutor. cap. 4 n. 10. Ayor. part. 3 q. 3 n. 7. (*b*) Lib. 2 Rer. cap. 19 n. 4. (*c*) Gom. n. 25. (*d*) Matienz. ley 3 tit. 8 lib. 5 R. gl. 2 n. 9. Gomez n. 23. (*e*) Garcia de Donat. remunerator. n. fin. Angul. ley 12 tit. 6 lib. 5 nn. 4 y 14.

hijo son de obsequio ó no, se tendrá la donacion por mejora en quanto quepa en el tercio y quinto. Pero el hijo debe justificar los méritos, por no ser suficiente la confesion de su padre ó madre, aunque sea jurada, porque se trata del perjuicio de los demas hijos, á quienes no deben gravar en sus legítimas; bien que en este caso valdrá la confesion como simple donacion en todo aquello de que los padres pueden disponer, salva la legítima de los otros hijos, en lo qual no se revocará por la ingratitud del hijo ni por el nacimiento de otros (*a*).

61 Son colacionables en cuenta de legítima las donaciones que los padres hacen á sus hijos por causa necesaria, porque es visto no hacerlas por mera liberalidad sino impelidos de aquella causa, y consiguientemente con ánimo de compensarlas, pues son de cantidad crecida y parte considerable de herencia. Pero en órden á las donaciones simples, la opinion mas comun es que no se deben colacionar, porque regularmente son de corta cantidad, y como proceden de mera liberalidad del donante, y no hay ninguna causa necesaria para hacerlas, se contemplan hechas sin ánimo de que se compensen con la legítima, y se estima al donatario por mejorado en su importe (*b*). Pero esto se limita en tres casos. El primero es, quando el padre hace la donacion al hijo emancipado, pues vale incontinente y es colacionable como las causales, excepto que exprese que no quiere la colacione; aunque por el contrario haciéndola al que está en su poder, no es válida, á ménos que se confirme con su muerte. El segundo es, quando de no colacionarse la donacion simple resulta grande desigualdad entre los descendientes. Y el tercero es, quando el donante mandó en la misma donacion que el donatario la colacionase, en cuyo caso cesa toda duda y no hay mejora (*c*).

(*a*) Gom. n. 23 cit. vers. Item adde. Gutier. de Juram. confirm. lib. 1 cap. 5 nn. 20 y sig. (*b*) Gom. lug. cit. n. 12. Valasc. de Part. cap. 13 cit. nn. 81, &c. y 88. (*c*) Gom. lug. cit. n. 26. Covar. in cap. Raynutius de Testam. §. 2 n. 6. Hermos. ley 3 tit. 4 P. 5 glos. 3 nn. 8 y 9. Matienz. en la 3 tit. 8 lib. 5 gl. 1 nn. 6, &c. y 8.

62 Donaciones causales que tambien se llaman necesarias, son las que el donante hace por alguna causa necesaria, útil, ó pia, por la que puede ser compelido á hacerlas, como el dotar á la hija que vive honestamente, el casar, ó poner en estado á algun hijo, ó alimentarle. Estas donacionrs se deben colacionar é imputar al donatario en su legítima, á ménos que el donante mande otra cosa, ó se colija de su voluntad que quiso mejorarle, porque es visto haberle anticipado en cuenta de aquella lo que le donó, y no donádoselo liberal y graciosamente (a). Así lo indica la ley 29 de Toro que habla primero de la legítima que del tercio y quinto en estas palabras. „Y para se decir la dicha dote inoficiosa, se mire á lo que excede de su legítima, y tercio y quinto de mejoría.„ Mas por el contrario en las donaciones simples de que trata la 26, se hace mencion del tercio y quinto ántes que de la legítima, porque quiere se imputen en aquellos primeramente. „Y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio y quinto, y legítima.„ El órden de las palabras concilia ámbas leyes, y da á conocer de qué donaciones habla cada una.

63 Tocante á si lo que el abuelo dió á la nieta viviendo su hijo, lo deberá colacionar esta, ó su padre, se ha de distinguir: si el abuelo dió á su nieta la dote por sus méritos y obsequios, ó por particular afecto que le profesaba, como suele suceder, especialmente habiéndola criado, y no por mera contemplacion de su hijo, no tiene este obligacion de colacionarla, quando sucede á su padre, ni tampoco la nieta, si por haber muerto el suyo hereda á su abuelo, porque esta le sucede por su propio derecho ocupando el lugar de su padre, quien no estaba obligado en dicho caso á colacionarla, á causa de no haberse dado por su contemplacion; y porque como no se le debe la legítima del abuelo viviendo su

(a) Gom. ley 29 de Toro n. 12. Gutier. lib. 2 Pract. q. 65 nn. 4 y sig. Hermos. ley 3 tit. 4 P. 5 glos. 3 nn. 6 y 7.

padre, no es visto habérsela anticipado (*a*), sino dexadole un legado de su importe, como pudo hacerlo. Lo mismo procede en el capital ú otra donacion colacionable que haga el abuelo á su nieto.

64 Pero si el abuelo donáre á su nieta por contemplacion de su hijo y constase de ello, ó hiciere alguna donacion colacionable al nieto, v. gr. porque era pobre, ó porque estaba obligado á dotarla, ó á hacérsela, tendrá que colacionar aquel la dote de su hija, ó donacion hecha á su hijo, quando se dividan los bienes de su padre, abuelo de ellos, y recibirla en parte de su legítima: porque se conceptúa haberse dado primero á su padre como persona mas próxîma, y que por medio de este pasó despues á sus hijos; y luego la hija ó hijo la colacionará tambien, quando se parta la herencia de su padre, porque mediatamente salió de su patrimonio, puesto que se le dió por su mera contemplacion; y lo mismo deberán practicar dichos hijos, si suceden con sus tios carnales ú otros nietos á su abuelo, por haber muerto ántes su padre (*b*). Lo propio milita en caso de duda, pues se presume habérseles dado por respetos de su padre y no de ellos (*c*).

65 En órden á si el enfitéusis es ó no colacionable, debe distinguirse. Si es de *nominacion* por ciertas vidas, el qual se usa en el reyno de Galicia, y el enfitéuta no le compró, y en vida nombra á su hijo para que le goce, no tiene este obligacion de colacionarle, ni de colacionar su estimacion con sus hermanos, quando su padre no fue el primero que le adquirió; porque nada recibe de él sino del señor del dominio directo que le concedió al primero (*d*): ni tampoco quando el padre le eligió en su testamento, porque esta eleccion hace las veces de legado, y lo que se dexa en última disposicion no se colaciona (*e*).

(*a*) Morquech. lib. 5 cap. fin. nn. 32 y 33. Gom. ley 29 de Toro n. fin. vers. Si autem avus. (*b*) Acev. ley 3 tit. 8 lib. 5 R. n. 7 Parlad. Diff. n. fin. §. 3 nn. 4 y 5. (*c*) Parlad. n. 7. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 7 nn. 27 y 28. (*d*) Molin. de Primog. lib. 1 cap. 8 n. 21. (*e*) Gomez dich. ley 29. n. 4. Valasc. de Partit. cap. 13 n. 101.

66 Si el padre le adquirió, deberá traerle á colacion el hijo, porque se entiende concedido al mismo padre, con quien contraxo el señor del dominio directo, y no con el hijo, á quien tal vez no conoció, ó acaso no habia nacido entónces, por lo que no se presume tenerle afecto; y lo propio milita sin disputa, aunque se conceda al hijo, si en la concesion se expresó que se hacia por contemplacion y respetos del mismo padre (*a*).

67 Y si el padre le compró, tendrá tambien el hijo nombrado que colacionar el precio desembolsado, porque quanto pagó el padre, tanto disminuyó de su caudal para conseguirle, y á no haberle comprado quedaria su importe á todos sus hijos para dividirle entre sí: en cuya atencion es justo que el hijo que sucede en todo él, le colacione, para que de este modo no haya desigualdad, ni sus hermanos sean perjudicados en sus legítimas. No obsta que el enfitéusis no pasa al hijo hasta que su padre fallece, y que las cosas adquiridas despues de su muerte no son colacionables, segun se ha dicho, porque el precio salió de su caudal en vida, y no se le dexó en disposicion última, por lo que debe colacionarle no mandando el padre lo contrario (*b*).

68 La obligacion de colacionar el precio tiene lugar en el caso de que el padre renuncie el enfitéusis en el señor del dominio directo, para que le conceda al hijo y este no se halle obligado á colacionarle, pues no es justo por ningun motivo que semejante fraude tenga efecto en perjuicio de los demas hijos (*c*). Asimismo tiene lugar, aunque el padre comprador sea el último llamado á su obtencion, é impetre del señor del dominio directo que le renueve en favor de su hijo, porque con el dinero satisfecho no solo es visto comprar el enfitéusis sino tambien el derecho de pedir su renovacion, y porque el enfitéusis renovado es el mismo continuado y no otro nuevo (*d*). Igualmente tiene lugar, aun quando el enfitéusis se haya concedido al hijo en remuneracion de los

(*a*) Valasc. nn. 98 y 99. (*b*) Valasc. nn. 102, 103 y 104.
(*c*) Valasc. n. 105. (*d*) Valasc. nn. 106 y 107.

servicios hechos por su padre al señor de él, si estos son obligatorios y dignos de ser remunerados (*a*), porque la accion que se adquiere por servicios, se reputa como las demas acciones y derechos (*b*). Finalmente tiene lugar dicha colacion en el importe de las mejoras ó aumentos hechos por su padre en la finca enfitéutica, si el hijo quiere ser heredero, á cuyo fin se apreciarán; pues tiene accion á repetirlos del señor del dominio directo, á quien acabadas las vidas ha de volver mejorada (*c*), y este debe abonárselos, porque á todos está prohibido enriquecerse con detrimento de tercero. He dicho, si el hijo quiere ser su heredero, porque si repudia la herencia, no está obligado á la expresada colacion (*d*) aunque si el importe de los aumentos excede á la legítima y mejora, deberá restituir el exceso á los coherederos, atendido aquel y el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte segun la ley 29 de Toro.

69 Lo que se ha dicho de las mejoras, ha de entenderse de las útiles que aumentan el valor de la finca, y no de las que solo se hicieron para conservarla y entregarla tan buena como se recibió, porque como necesarias deben hacerse: ni tampoco de las que el comprador y sus sucesores estuvieron obligados á hacer en virtud del contrato enfitéutico (*e*).

70 Si el padre no solo nombra al hijo, sino que en vida le entrega la finca enfitéutica, deberá colacionarla, aunque no se hubiese comprado ni mejorado, porque tanto disminuye de su patrimonio, quanto su hijo consigue del enfitéusis, y tanto mas se hallaria que dividir entre sus hijos á no habérsele donado ni entregado. Y si en vida se la entregó simplemente, y el hijo gozó sus frutos sin constar del título con que poseia, deberá no obstante colacionarla, por evitar la desigualdad entre sus hermanos (*f*); bien que segun la ley 26 de Toro se

(*a*) Tell. ley 8 de Toro desde el n. 3. Valasc. n. 108. (*b*) Valasc. dich n. 108. (*c*) Valasc. n. 114. Molin. de Primog. lib. 1 c. 26. Ayor. part. 2. q. 19. (*d*) Leyes penúlt. y últ. ff. de dotis collatione. (*e*) Valasc. nn. 117, &c. y 120. (*f*) Valasc. nn. 126, &c. y 134.

entenderá mejorado en ella en quanto quepa en el tercio, quinto y legítima.

71 Así como el hijo debe colacionar al tiempo de la particion de los bienes de su padre el enfitéusis de *nominacion* que este compró; así tambien el nieto hijo de aquel, quando se efectúe la de los del suyo, pues versa la propia razon, porque á no haberle comprado hubiera dexado mas caudal, y su hijo tambien en otra cosa: lo qual procede, aunque el abuelo nombre al nieto (*a*).

72 Nombrando el enfitéuta á un extraño para el goce del enfitéusis mejorado, no deberá pagar este las mejoras, porque es visto habérsele dado con ellas, y únicamente en caso de haberle devolverá el exceso á lo que se le permite disponer teniendo descendientes legítimos, que es del quinto; pero si ántes tuviese donado este á otro, y el nombrado quisiere la finca enfitéutica con las mejoras, tendrá que pagar su importe, no por razon de colacion, pues los extraños no colacionan, sino porque el donante no puede disponer de mas que de un quinto en vida y muerte en perjuicio de las legítimas de sus descendientes (*b*).

73 Por lo concerniente al enfitéusis ó censo perpetuo, si el padre donó en vida á algun hijo, ó dió en dote á alguna hija la finca enfitéutica, deben colacionarla del mismo modo que si les hubiera dado otra qualquiera de su patrimonio sin la mas leve diferencia, baxando su carga ó pension: porque se conceptúa finca patrimonial ó de la herencia paterna, y como tal es divisible entre todos, por lo que quien ántes la reciba, debe traerla á particion con los coherederos, no mandando lo contrario el testador, ó no mejorándole tácita ó expresamente en su importe (*c*). Y si el testador no dispuso en vida de la finca enfitéutica, y quando la tomó en enfitéusis, fue con la obligacion de no poderse partir ni dividir nunca segun suele pactarse en este contrato; como que la finca

(*a*) Valasc. nn. 109 y 110. Acerca de todo esto véase á Guerreiro de Divis. lib. 2 cap. 12 nn. 53, &c. y 69. (*b*) Valasc. nn. 124 y 125. (*c*) Valasc. nn. 135 y 136.

es parte de la herencia que dexó, se adjudicará á uno de sus hijos baxando el importe de todo el gravámen enfitéutico, y si no le cupiere en su haber, restituirá el mayor valor á los coherederos (*a*).

§. III.

De quántos modos se puede hacer la colacion, á quién compete el derecho de hacerla y pedirla, á qué tiempo ha de atenderse para ver si la donacion es ó no inoficiosa, por qué precio se han de colacionar los bienes donados, y si el que los colaciona debe restituir sus frutos repudiando la herencia.

74 La colacion se puede hacer de varios modos: el primero es por *manifestacion*; á saber, trayendo y manifestando el donatario la misma cosa que percibió, si exîste y puede colacionarla: el segundo es por *liberacion*, que es quando lo colacionable se le prometió y no entregó (*b*); y el tercero es por *imputacion*, que es imputándole en su haber y percibiendo de la herencia tanto ménos quanto importe lo que tenga recibido, y no puede manifestar, por no exîstir, ó por carecer de facultad para su manifestacion, como sucede en la dote, de que está aposesionado el marido, pues su muger se halla imposibilitada de practicarlo (*c*); y este es el modo que mas se usa (1).

75 Debe colacionarse, regularmente hablando, la misma cosa recibida, si exîste, y no su estimacion; pues de no hacerlo se puede causar perjuicio á los coherederos, si tienen aficion á ella y la pretenden, porque con la colacion se hace hereditaria y como del patrimonio del difunto, y no se debe dar al interesado contra su volun-

(*a*) Ayor. part. 2 q. 19 n. 63. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 8 n. 30 y lib. 6 cap. 13 n. 19. (*b*) Valasc. de Part. cap. 14 n. 1. (*c*) Gom. ley 29 de Toro n. 36. Castill. en ella n. 17.

(1) Sin embargo de lo que al principio del n. sig. dice neciamente el autor siguiendo á Velasco que se dexó llevar de la autoridad y de los fundamentos de Bártulo.

tad la estimacion de la cosa por ella (*a*). Mas esto se limita, lo primero, quando los interesados se convienen en que se colacione la estimacion: lo segundo, quando no se puede colacionar sino con dificultad ó de ningun modo: lo tercero, quando la cosa es tal, que no le tienen aficion los hermanos, ó son libros de escolares, excepto que el padre mande expresamente que los colacionen (*b*); y lo quarto, en la dote miéntras subsiste el matrimonio, pues basta colacionar la estimacion de las cosas dotales sin tener que manifestarlas (*c*), como ya se ha dicho.

76 La accion de colacionar y pedir la colacion no solo compete á aquel á quien se ha de colacionar sino tambien á su heredero, y contra el heredero del que está obligado á hacer la colacion, pues ademas de otras razones que traen los AA. por la persona del heredero no se muda la condicion de la obligacion, y así como la herencia se transmite, se transmiten su derecho y qualidad (*d*).

77 En quanto á los demas particulares de este § convendrá para la debida claridad é instruccion del partidor insertar la ley 29 de Toro (*e*) que dice: » Quando algun hijo, ó hija viniere á heredar, ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos, y sus herederos á traer á colacion, y particion la dote, y donacion *propter nupcias*, y las otras donaciones que ovieren recibido de aquel, cuyos bienes vienen á heredar. Pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote, ó donaciones fueren inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos, y descendientes en lo que toca á las donaciones, como las hijas, y sus maridos en lo que toca á las dotes, (puesto que sea durante el matrimonio) á tornar á los otros herederos del testador aquello en que son inoficiosas, para

(*a*) Valasc. c. 14 cit. nn. 2 y 3. (*b*) Valasc. n. 7. (*c*) Valasc. n. 8. (*d*) Castill. ley 29 de Toro n. 9. Gom. en ella n. 37. (*e*) Es la 3 tit. 8 lib. 5 R.

que lo partan entre sí. Y para se decir la tal dote inoficiosa, se mire á lo que excede de su legítima, y tercio y quinto de mejoría, en caso que el que la dió, podia hacer la dicha mejoría quando hizo la donacion, ó dió la dicha dote, habiendo consideracion al valor de los bienes del que dió, ó prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fue constituida, ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote, ó la prometió, dó mas quisiere escoger aquel á quien fue la dicha dote prometida, ó mandada. Pero las otras donaciones que se dieren á los hijos, mandamos que para se decir inoficiosas, se haya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.„

78 Tocante al precio ó valor porque se deben colacionar los bienes que donó ó dió en dote el ascendiente á sus descendientes, existan aquellos ó no; para la mas perfecta inteligencia y evitar dudas es preciso distinguir no solo de bienes sino de casos, como se va á exponer. Si una finca ó fundo dado en dote ó capital se hizo de mas valor solamente con el tiempo y no por industria ni trabajo del donatario, y quando este le recibió, no fue apreciado, ó si se apreció, no causó venta la estimacion que se le dió, le ha de colacionar por el que se le dé entónces; y al contrario, si con el mismo tiempo, y no por dolo ni culpa suya se hubiere deteriorado y disminuido su valor, le colacionará tambien por el intrinseco que tenga al hacerse la colacion (*a*); pues quien está á la utilidad, debe estar á la pérdida, y de colacionarle en la forma expuesta no resulta desigualdad, ni se causa perjuicio á los herederos, porque la hija puede pedir el aumento de su legítima, quando su padre muera, si los bienes que dexó, le tuvieron, como que para regular el valor de esta se debe atender al tiempo de su muerte; y así como puede pedirle, si se aumentaron con el tiempo, así es justo tambien que colacione en cuenta de su legítima el mayor valor del fundo adquirido solo

(*a*) Greg. Lop. Ley 3 tit. 15 P. 6 glos. 6. Hermosill. en la 3 tit. 4 P. 5 glos. 6 n. 94. Valasc. de Partit. cap. 10 n. 9.

con el tiempo, que es valor intrínseco. Y si por el contrario se disminuyese este y se aumentasen los bienes de su padre, léjos de perjudicársele quedará beneficiada en colacionarle por el precio que se le dé. Lo mismo procede en el hijo, á quien el padre donó en cuenta de su legítima algun fundo ó cosa raiz no apreciada (*a*), cuyo valor intrínseco se aumenta ó disminuye solo con el tiempo.

79 Si se le dió el fundo apreciado con estimacion que causó venta, aunque ninguna ley prescribe en qué términos se ha de colacionar, y algunos AA. dicen que siempre se juzga dado con la condicion de colacionarle al tiempo de la muerte del donante, por lo que siendo condicional la estimacion no causa venta; sin embargo siguiendo lo que ordenan las leyes que tratan de la restitucion de la dote que debe hacer el marido, y el dictámen de los que tocaron madura, y juiciosamente el punto, diré que debe colacionarle por el valor en que se estimó quando le recibió, si entónces no se pactó otra cosa: en primer lugar, porque por el hecho de haberse valuado es visto habérsele dado el precio consignado en él, y capitulado entre los contrayentes que habia de colacionar su estimacion, por haber recibido esta en cuenta de su legítima, y no el fundo, y que por lo mismo el peligro que hubiese en este, habia de pertenecer al donatario ó dotada y no á su padre, del mismo modo que el incremento de su valor, si le tuviese; y en segundo lugar, porque se le transfirió su dominio (*b*). Ademas, así como quando por la tasa se da en pago al acreedor algun fundo de su deudor, se le transfiere su dominio, y el incremento ó decremento que despues tenga, pertenece á aquel (*c*); y quando no vale al principio la donacion que el padre hace á su hijo, pertenece á este el aumento ó diminucion de la cosa donada, si se confirma la dona-

(*a*) Morquech. lib. 4 cap. 10 nn. 1, &c. y 11. Guerreir. lib. 2 c. 13 nn. 33 y 34. (*b*) Gom. ley 29 de Toro n. 13 y en la 50 n. 44 Ayor. part. 1 cap. 10 n. 9. Angul. ley 7 tit. 6 glos. 2 n. 36. (*c*) Guerreir. cap. 13 cit. nn. 27 y 28.

cion con la muerte de su padre (*a*); así tambien por la propia razon debe perrenecer al hijo ó hija el del que se le dona ó da estimado en dote, porque su padre se le anticipa en pago de su legítima.

80 Pero si el fundo llegó á tener mas valor por la mera industria y trabajo del hijo ó hija, como si estaba erial, y despues que le recibió, le plantó de viña ú olivos; entónces si se le dió estimado, colacionará la estimacion que tenia al tiempo que su padre se le donó, y no el fundo, y si inestimado, colacionará el mismo fundo por el precio que sin el beneficio que tenga, se le dé, y no el importe de este (*b*).

81 Siendo muebles ó semovientes los bienes, ó de los que consisten en número, peso, ó medida, si se apreciaron al tiempo de su entrega, es visto haberse dado su estimacion y no los mismos bienes al donatario, por lo qual debe colacionar su importe é inventariarse, aunque si existen al tiempo de la colacion en el mismo estado en que los recibió, valgan ménos: porque quien está á la utilidad, debe estar á la pérdida, y respecto habérsele transferido su dominio es de su cuenta el incremento ó decremento que padezcan; y si no se apreciaron, los colacionará por el valor que segun se hallen, se les dé al tiempo de la particion, porque en este caso se presume ser del difunto y existir en su herencia, por no haberse traspasado su dominio al donatario, en cuya atencion se han de valuar como tales del mismo modo que los demas de la herencia (*c*). Todo lo expuesto es lo que se debe y he visto observar, no obstante lo que expone Ayora (*d*) impugnando á los AA. que lo resuelven en los expresados términos.

82 Si los bienes dados en dote ó donados sin aprecio perecieron despues de la muerte del donante sin dolo ni culpa del donatario, no deben estimarse, porque no per-

(*a*) Ley 25 Cod. de Donation. inter vir. & uxor. (*b*) Greg. Lop. ley 3 tit. 15 P. 6 glos. 6. Guerrer. dich. cap. 13 nn. 36, 37 y 38. (*c*) Castill. ley 29 de Toro n. 41. Valasc. de Partit. cap. 10 nn. 9, 10 y 11. (*d*) Part. 1 cap. 3 nn. 11, &c. y 19.

tenecen á la colacion, mediante á que por la obligacion de colacionarlos se entiende haber existido en poder del padre, y que incontinente que falleció, empezaron á ser comunes de la herencia, por lo qual es justo que perezcan para esta y no se colacionen (*a*). Si perecen por culpa ó dolo del hijo ó hija despues de muerto su padre, estarán obligados á colacionarlos, como sino hubieran perecido, por el valor que tenian quando los recibieron (*b*): en cuya atencion si el hijo por su irregular conducta y falta de sindéresis consume la legítima que su padre le dió, no le compete el mas leve recurso contra los bienes de este (*c*). Y si dichos bienes no estimados perecieron en vida del padre sin dolo ni culpa del hijo ó hija, no los colacionarán estos, ni dexarán por eso de ser admitidos á la herencia igualmente que los demas herederos: porque si quando son comunes de esta por la colacion, no le pertenecen, con mayor motivo no le pertenecerán, quando perecieron y se consumieron en vida del padre, en cuyo tiempo eran del hijo, y no podian llegar á ser de la misma herencia (*d*); de modo que se entenderá mejorado en ellos, ó que no los hubo.

83 No solo debe la hija disuelto su matrimonio devolver el exceso de la dote que desde el tiempo de su constitucion fué inoficiosa, segun ya he dicho, sino tambien durante este, si se le demanda su padre, ya porque la ley 29 de Toro lo ordena así diciendo: *Puesto que sea durante el matrimonio*; y ya porque la hija no puede ser mejorada, ni se entiende serlo tácita ni expresamente en contrato por razon de dote ni casamiento (*e*).

84 Acepte ó repudie la herencia la hija á quien su padre dotó en vida, no tiene obligacion de restituir los frutos que produxo la finca dotal ántes de la muerte de su padre, lo qual es indudable; y aun tampoco los fru-

(*a*) Valasc. nn. 12 y 13. Hermos. ley 3 tit. 4 P. 5 glos. 6 cit. n. 68. (*b*) Hermosill. lug. cit. nn. 61 y 66. Baez. de Non melior. filiab. c. 16 nn. 17, &c. y 21. (*c*) Parlad. diff. 150 §. 2 nn. 5 y 6. (*d*) Valasc. n. 13 cit. vers. Quod si res datæ in dotem. Hermosill. nn. 69 y 70. (*e*) Ley 1 tit. 2 lib. 5 y auto 4 cap. 24 tit. 12 lib. 7 R. que en esta parte corrigen la 29 de Toro.

tos producidos despues de dicho tiempo; pues desde que se le entregó la finca, la hizo suya y pudo disponer de ella como propia; pero si la dote fue inoficiosa ó excesiva, tendrá que devolver la parte de frutos correspondiente al exceso percibida desde la muerte del padre, y si la dote consistió en dinero, igual parte de sus intereses, desde que se la interpeló, puesto que el contrato dotal fue nulo en dicho exceso; y como hasta que la hija hizo la colacion, no se supo, si la dote era ó no inoficiosa, fue poseedora de buena fe de todo, y como tal adquirió no solo los de la verdadera dote ó legítima sino tambien los del exceso hasta la interpelacion (a): á cuya conseqüencia si el donante revoca en vida, como puede hacerlo, el exceso de la dote, y hace saber á su hija y yerno la revocacion, deberán restituir desde entónces los frutos de lo inoficioso, pues á mas de no valer el contrato dotal en el exceso desde su constitucion, por constarles su nulidad y revocacion, son poseedores de mala fe, y estos no adquieren los frutos (b).

85 En órden á si el hijo deberá restituir los frutos de lo que le han donado y entregado en vida sus padres, se ha de distinguir: si esto excede á su legítima y mejora, deberá, acepte ó repudie la herencia, devolver el exceso desde que se le interpeló é hizo saber este, que es quando se constituyó poseedor de mala fe y no ántes, por no haber sido nulo el contrato desde el principio como en el exceso de la dote (1), puesto que para ver si la donacion es ó no inoficiosa, se debe atender al tiempo de la muerte del que la hace, hasta la qual se ignora; y como se revoca con motivo de lesion en la legítima, y esta no

(a) Valasc. de Partit. cap. 15 nn. 87 y 88. Baez. de Non melior. filiab. cap. 33 nn. 1, &c. y 12, y n. fin. (b) Matienz. ley 3 tit. 8 lib. 5 glos. 7 nn. 6 y 7. Baez. lug. cit.

(1) El autor da aquí á entender que quien posee alguna cosa en virtud de título nulo, es poseedor de mala fe, aunque en el núm. antecedente ha dicho y con razon que el contrato dotal es nulo en el exceso de la legítima, y que sin embargo la muger es poseedora de buena fe de toda la dote, por cuyo motivo adquiere tambien los frutos correspondientes á dicho exceso.

no se debe hasta el fallecimiento del padre, por eso se ha de esperar su muerte para revocarla, y solo desde entónces se deberán los frutos de lo inoficioso. Pero si no hay exceso, hizo suyos todos los frutos percibidos, miéntras vivió, y despues que murió el donante, como poseedor legítimo de lo que la ley permite y su padre pudo darle.

§. IV.

Si de los bienes que los descendientes recibieron en vida de sus ascendientes y han de colacionar por su fallecimiento, como asimismo de la quarta marital se deberán deducir las mejoras hechas y entregadas ó no á aquellos, ó á otros mejorados ántes ó despues de la tradicion de los bienes colacionables.

86 Por nuestro derecho Real está prohibido que se vuelvan á la herencia, y se saquen el tercio y quinto no solo de las dotes y capitales sino tambien de las demas donaciones colacionables, segun lo ordena la ley 25 de Toro que es la 9 tit. 6 lib. 5 R. y dice: „El tercio y quinto de mejoría fecho por el testador non se saque de las dotes y donaciones propter nupcias, ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes traxeren á colacion y particion.„ Así que, precediendo la dote dada á la hija ó el capital entregado al hijo, ya sea para que contraiga matrimonio con muger determinada, ó solamente para que se case sin nombrarla, ó ya sea sin causa, si se entregó expresamente á cuenta de legítima; no se debe sacar de su importe la mejora posterior que hizo el testador, ni parte de ella, ni colacionarse sino para el efecto de igualarse con los coherederos en sus legítimas, ni tampoco juntarse con el importe de los bienes líquidos inventariados, para que la mejora sea mas quantiosa, si le cabe en su haber: en primer lugar, porque despues que el padre ó madre dotó á la hija, ó dió en vida el capital al hijo, desprendiéndose de los bienes de aquel ó de la dote, quedó privado de todo

derecho y facultad para disponer de ellos, por haber pasado su dominio á los mismos hijos: en segundo lugar, porque si se sacase de dichos bienes ó de su importe el de la mejora posterior, se disminuirian la dote y donaciones anteriores, tocando ménos por su legítima á los donatarios y dotada, y teniendo que restituir parte de ellos solo porque tuviese mayor utilidad el mejorado, lo qual seria injusto (*a*); y aun quando no se disminuyesen, ni tuviesen que restituir, porque les cupiese en su haber, llevarian por sus legítimas ménos que lo que á no deducirse de ellas la mejora, les tocaria y debian percibir: en tercer lugar, porque la mejora es siempre respectiva á los bienes que el padre y la madre tienen y poseen al tiempo de su muerte, y no á los que no se hallan entónces en su poder (*b*); y en quarto lugar, porque nunca se cree que ninguno dispone de los agenos sino de los propios, y no lo son del mejorante los que tenia entregados.

87 La disposicion de la ley 25 cit. parece tendrá lugar únicamente en la dote entregada, y no en la prometida á la hija casada y velada, atendidas las palabras, *traxeron á colacion y particion*; pues denotan y suponen estar ya en poder del yerno ó hija á quien se ofreció, por no deberse decir que colaciona lo que no tuvo ni tiene; fuera de que la mejora se debe deducir de los bienes que el difunto poseia al tiempo de su muerte segun las leyes 19 y 23 de Toro, y los prometidos y no entregados á la hija se hallaban entónces en su poder. Pero sin embargo de esto se debe ampliar á la dote prometida igualmente que á la entregada, porque los bienes prometidos, aunque se hallen en poder del testador, como que no son suyos, por estar obligado á su tradicion, y haber adquirido la hija y su marido derecho á que se los entregase, luego que se celebró su casamiento, de suerte que se consideran ha-

(*a*) Gómez, Castillo, Tello y Avendaño ley 25 de Toro n. 1. Matienz. en la 9 cit. tit. 6 y glos. 1 nn. 3 y sig. Castillo lib. 4 Controv. c. 16 n. 38. (*b*) AA. citados.

llarse interina y confidencialmente, ó en depósito en poder de su padre que puede ser compelido á su entrega; y la herencia y mejora se entienden, y deben sacar de lo que realmente es suyo, y no de lo que está debiendo (*a*). Lo mismo procede por igual razon en el capital y otras donaciones causales prometidas y no entregadas (*b*).

88 La regla sentada en el núm. 86 padece dos limitaciones. La primera es, quando el testador mejoró irrevocablemente en el tercio y quinto de todos sus bienes á algun descendiente, y despues dió capital ó hizo otra donacion con causa necesaria á otro descendiente; pues entónces se deducirá de ella la mejora, porque haciendola del modo dicho adquiere el mejorado derecho á su importe en el todo no solo de los que tiene al tiempo de su constitucion, sino tambien de los que adquiera despues hasta su muerte, á cuya conseqüencia aquellos de que se desprende con la dote y donaciones posteriores, son y deben entenderse parte de legítima de la donacion y donatarios, y no mas, puesto que el donante no puede mejorar ya á ningun otro descendiente, por no poder ser la mejora mas que una, ni despues de hecha simplemente, imponerse gravámen ni condicion en ella: de suerte que por haber hecho donacion irrevocablemente del tercio ó quinto, ó de ámbos quedaron todos sus bienes sujetos á la mejora. Así que, la mejora irrevocable se ha de deducir de dichas donaciones, el donatario posterior no ha de conceptuarse mejorado en cosa alguna, y para hacer la deducion, se han de agregar aquellas al caudal inventariado líquido y partible; pues de lo contrario serian ilusorias ley la 17 de Toro y demas que hacen irrevocable la mejora, y repugnantes entre sí la misma ley 17 y la 25, y estaria en el arbitrio de los mejorantes el defraudar á los que habian mejorado, y en perjuicio de estos disponer

(*a*) Gut. lib. 2 Pract. q. 61 n. 1. Angul. ley 9 tit. 6 lib. 5 glos 3 n. 8a. Castill. lib. 4 y. cap. 16 cit. n. 46. (*b*) Angul. ley 10 tit. 6 lib. 5 glos. 7 nn. 2, &c. y 6. Valasc. consult. 3. Castill. lug. cit.

despues de sus bienes como quisiesen, sin dexarles que heredar en concepto de mejorados, á pretexto de ser onerosas las donaciones posteriores (*a*); bien que si al tiempo de hacerse la donacion del tercio y quinto se pacta que ha de surtir su efecto y circunscribirse al tiempo en que se hace, y no al de la muerte del mejorante, no se deducirá en este caso de las dotes y donaciones posteriores (*b*).

89 La segunda limitacion es, quando la dote fue inoficiosa, y el padre mejoró posteriormente á algun hijo; pues mediante á que la hija no puede ser mejorada en contrato por razon de dote ni casamiento: ni se entiende serlo tácita ni expresamente, debe restituir el exceso á los coherederos; y como este pertenece á la herencia y patrimonio del difunto por la colacion y restitucion, igualmente que los demas bienes que se encuentran en su poder, se debe deducir la mejora no solo de estos sino tambien de aquel en que nunca fué valida la constitucion de la dote, y por lo mismo vuelve al donante (*c*), quien puede pedirle en vida y revocarle, porque aunque nadie puede ir contra su propio hecho (*d*), no obstante, si el acto es nulo, se le permite pedir que se delare por tal (*e*): lo qual no podrán hacer en su vida los hermanos de la dotada, porque como no se les debe la legítima, miéntras vive su padre, y puede ser que este aumente sus bienes despues de entregada la dote, ó que mejore en testamento á la hija, ó que muera alguno de los coherederos, acaso será mayor la parte que le toque, y entónces dexará la dote de ser excesiva (*f*).

90 Esta segunda limitacion se entiende, quando resulta lo inoficioso considerados y unidos los bienes con

(*a*) Gutier. lib. 2 Pract. q. 62. Matienz. ley 9 tit. 6 lib. 5 glos. 3 n 2. Hermosill. dich. ley 3 tit. 4 P. 5 glos. 6 n. 87. Escobar comput. 1 nn. 11, 12 y 13. (*b*) Tello y Escobar lug. cit. (*c*) Ayora part. 3 q. 27 nn. 86 y 87. (*d*) Ley 14. Cod. de Reivindication. (*e*) Angul. ley 10 tit. 6 lib. 5 glos. 9 n. 1. (*f*) Ayor. part. 2 q. 20 n. 66. Baez. de non melior. filiab. cap. 34 n. 9. Escobar. comput. 1 nn. 23 y 24. Lo mismo procede en la donacion hecha al hijo. Vease el n. 85.

que la hija fue dotada, y los que dexó su padre, y baxado el quinto de estos, no quando la dote es excesiva solamente por causa de la deduccion del tercio, pues en este caso parece no será obligada á restituir el exceso de la legítima diminuta que por deducir el tercio, aparece tocarle, como se ha sentado en el cap. 2 n. 74 al fin, porque la ley que prohibe sea mejorada en contrato, no prohibe que lleve la legítima larga ó completa de todos los bienes del testador, ni manda que esta se compute y considere despues de sacada la mejora, ó que se deduzcan primero el tercio y quinto, para ver si le cabe ó no lo que tiene tomado: ni por consiguiente hay exceso al tiempo de su constitucion ni al de la muerte, ni en aplicarsela entera se viola la ley, porque no resulta que el testador haya hecho mejora, ni pactado ni tenido intencion de hacerla á su favor, y lo que no está prohibido, se entiende permitido: en cuya atencion quando fué dotada ántes que se hiciese la mejora, se le ha de aplicar todo lo recibido, si le cabe en su legítima completa, separando únicamente el quinto de los bienes que dexa el mejorante, porque á este ningun derecho tiene, por ser privativo de su padre; al modo que por el contrario quando la mejora precede, se debe deducir de la dote recibida, segun se ha expuesto en el núm. 88. No obsta decir que los hijos no mejorados llevan ménos que ella por sus legítimas en el presente caso, pues esto proviene de la disposicion de las leyes y del testador, por haber hecho mejora, de manera que aunque parezca de mejor condicion que ellos, no se entenderá mejorada, siendo causal que le toque la legítima entera y á los coherederos no mejorados la diminuta, porque nunca percibe mas que lo que la pragmática de Madrid no le privó de tomar; por lo que si la ley 25 de Toro que prohibió sacar mejora de las dotes y donaciones, hubiese querido limitar esre caso, lo hubiera expresado, ó dicha pragmática que mandó que las hijas no fuesen mejoradas, lo hubiera prevenido (*a*).

(*a*) Ayor. part. 3 q. 27 nn. 88, 89 y 90, y part. 4 exempl. 5.

91 Recibiendo prestadas del padre ó la madre en una ó mas ocasiones el hijo ó hija que está fuera de su poder, algunas cantidades para socorrer sus urgencias con la obligacion en vale ó escritura de devolvérselas como tomadas en empréstito, y disponiendo aquellos en disposicion última del tercio ó quinto; parece que no satisfaciendo dichas cantidades, ni pidiéndoselas sus padres judicial ni extrajudicialmente, se deducirá de su importe el tercio ó quinto: porque el hijo é hija que no se hallan baxo la patria potestad, pueden tratar con sus padres como qualquiera extraño, al qual se equiparán en esto; y si el extraño fuera el deudor, se sacarian el tercio y quinto de lo que importase su deuda, como que era parte del caudal del difunto; mas sin embargo yo soy de dictámen que en este caso que no han tocado los AA. cabiendo lo prestado en el haber ó legítima que corresponde al hijo ó hija, no debe tenerse por mutuo sino por anticipacion hecha en parte de su herencia, y que de consiguiente tampoco debe desfalcarse ni sacarse de su importe el tercio ni quinto, aunque el mismo mutuario sea el legatario ó mejorado en ellos: porque no obstante dicha obligacion de restituir, atendiendo á la qualidad de hijos que concurre en los donatarios, de la que no pueden prescincir ni desnudarse, á la accion ó derecho que tienen en los bienes de sus padres, y á la necesidad con que les piden los socorros, se debe creer que aquellos que no la ignoraban, no se los dieron en préstamo, como si fueran extraños, por lo qual no se los demandaron, ni con esperanza de que se los habian de pagar, aun quando se lo ofreciesen, sino que para que se remediasen, se los anticiparon en cuenta de su haber legítimo; en cuya atencion su importe no se ha de tener por deuda á favor del caudal para el efecto de deducir tercio ni quinto de él, pues para esto debia haberse especificado así en los resguardos, reservándose esta facultad los donantes, mayormente á vista de una ley prohibitiva, sino por incremen-

vers. Sed quid erit, si post dotem datam á Patre, y sig. En los términos expresados debe entenderse lo dicho en el n. 74.

to suyo con el fin de imputarle á los donatarios como recibido en parte de su legítima, y con el de que no puedan pretender esta entera, como si nada hubieran tomado, estimándose que la obligacion que contraxeron, fué respectiva solamente á lo que no les cupiese en su legítima ; y el interpretarla de otra suerte es violentar su espíritu y atender á lo material de las palabras, no á la intencion, estado y circunstancias de los contrayentes, dexándose llevar de lo que suena y no de lo que realmente es: siendo de advertir que si el padre manda en su última voluntad al hijo que colacione las cantidades recibidas, no habrá duda en que su ánimo fué el de dárselas á cuenta de su haber, aunque suenen prestadas. Pero si en los resguardos se expresa „que lo donado se ha de tener por caudal del donante, como si al tiempo de morir estuviera en su poder, y el hijo ó hija fuese extraño; y que en este concepto ha de poder disponer de ello del mismo modo que de los bienes que tenga entónces sin diferencia, no reputándose anticipado en parte de pago de su haber sino real y efectivamente prestado;„ si el padre no limitase, suprimiese ó derogase posteriormente este pacto, como puede hacerlo, por ser en su beneficio, se podrán sacar tercio y quinto de lo entregado á sus hijos en la propia forma que de lo que tiene en su poder quando fallece; y lo mismo se deberá practicar, aun quando no se celebre pacto, si el padre demanda en vida al hijo, aun que sea extrajudicialmente, y no le manda luego colacionarlo, porque en ámbos casos está manifiesta su voluntad.

92 Quando alguno hizo en vida á un hijo donacion simple que no completó el total de la mejora, en cuyo caso se entiende mejorado, y despues en disposicion última mejoró expresamente á otro en el tercio y quinto de sus bienes, discuerdan los AA. acerca del modo de deducir la mejora, por variar en la inteligencia de las leyes 19, 23, 25 y 26 de Toro; y mediante á que hay notable diferencia entre hacer la deduccion de un modo ó de otro, y á que pueden causarse gravísimos perjuicios, para mayor claridad é instruccion del partidor propongo el mismo caso que los AA. proponen. Un padre que tenia tres ó mas

hijos, donó simplemente y entregó al uno de ellós 10ⓓ reales, ó un fundo ó cosa que los valia. Despues mejoró expresamente en testamento ó en otra disposicion última á otro hijo en el tercio y quinto de sus bienes, y el caudal líquido y partible que por su muerte se inventarió y halló pertenecerle, fueron 120ⓓ reales. En este caso, freqüente en las particiones, digno de atencion por su gravedad, y en cuya resolucion se ven muchos perplexos por la discordia de los AA. es preciso buscar el modo justo de girar la cuenta, para que ni el donatario sea perjudicado en lo que ya tiene recibido, y en que se entiende mejorado segun la ley 26 de Toro, ni el mejorado por testamento en su mejora, ni los demas hijos en sus legítimas diminutas; y tambien para que pudiendo cumplirse la voluntad del mejorante se cumpla y observe en todo.

93 Pero ántes de resolver qué opinion se ha de adoptar y seguir, debo sentar que la cuenta se puede hacer de quatro modos. El primero es deducir la mejora expresa de solo el importe de los bienes inventariados, y entónces el mejorado en testamento conseguirá como tal 56ⓓ reales, á que ascienden el tercio y quinto de los 120ⓓ inventariados; pero de esta suerte se perjudica á las legítimas en los 10ⓓ entregados en vida al donatario, en que se entiende mejorado, y como las leyes prohiben aquel perjuicio, semejante modo de sacar la mejora, como ilegal y gravoso á los mejorados, de ninguna manera debe adoptarse, en lo qual con razon estan conformes todos los AA.

94 El segundo modo, de que ningun jurisconsulto hace mencion, lo qual tal vez habrá sido uno de los motivos de la discordia de los AA. y de haber resuelto el punto propuesto en los términos que expresaré en el núm. 96; es deducir de lo donado un tercio y quinto, y del importe de los bienes inventariados otro tercio y quinto: v. gr. de los 10ⓓ de la donacion 4ⓓ666 y un tercio de dos que son el total de su tercio y quinto, dexando para legítimas los 5ⓓ333 y dos tercios de dos restantes, y de los 120ⓓ los referidos 56ⓓ y el residuo que son 64ⓓ para

legítimas tambien: en cuyo caso compondrá el total de la mejora dividida entre ámbos mejorados 60ⓓ666 reales y un tercio de dos, y quedarán para legítimas 69ⓓ333 y dos tercios de dos. Este modo de deducir en nada perjudica las legítimas de los hijos, ni tampoco al mejorado en testamento, pero sí al donatario, porque de lo que ya es suyo como mejora, se le quita para legítimas mas de la mitad que son 5ⓓ333 reales y dos tercios de dos, sin estar obligado á restituirlos, por no ser inoficiosa la donacion: lo qual no solo lo prohibe expresamente la ley 25 de Toro, sino que ni el testador lo manda, ni aunque lo mandara, deberia ser obedecido: lo uno, porque la donacion primera irrevocable no se disminuye por la segunda: lo otro, porque en la donacion hecha simplemente no se puede imponer despues condicion ni gravámen; y lo último, porque lo donado era del donatario, y el testador careceria de facultad para gravar lo ageno, quitarlo á quien lo tenia, y disponer de ello. Así pues, tampoco es admisible este segundo modo con el qual y no con otro alguno se contraviene claramente á la citada ley 25, porque se saca efectivamente el tercio y quinto de lo donado en vida, y al donatario se aplica el residuo en parte de legítima, debiendo dexársele con el tercio y quinto como mejora, respecto caberle todo en esta.

95 El tercer modo es unir verbal y numéricamente los 10ⓓ reales entregados en vida á los 120ⓓ inventariados que componen 130ⓓ: deducir de estos el total de la mejora que importa los mismos 60ⓓ666 reales y un tercio de dos; dexar al donatario los 10ⓓ que en cuenta de mejora tácita tiene en su poder, y debe colacionar en este concepto, para que no perciba mas de lo que el donante pudo dar en vida y muerte á entrambos mejorados, y luego aplicar al que lo fue en testamento los 50ⓓ666 y un tercio de dos restantes para el mismo efecto. Este modo de hacer la cuenta es el que siguen Tello, Ayora, Acevedo y otros que cita el Señor Castillo (*a*), y

(*a*) Lib. 4 controvers. cap. 16 desde el n. 34.

le observan los partidores inteligentes de esta corte, porque con él no se viola ninguna ley, ni se disminuyen las legítimas, ni mejora tácita ni expresa, y es lo mismo que si todos los bienes entregados se hallaran en poder del mejorante, y este dexara en su testamento á cada uno la propia porcion.

96 Y el quarto modo de hacer la cuenta es sacar mejora únicamente de los 120@ reales que ascienden á los dichos 56@, y baxar los 10@ entregados en vida al donatario como mejora tácita, con lo qual quedará reducido el total de ámbas partes de mejora á solos 46@ reales, y de consiguiente aunque no se perjudicará al donatario ni á las legítimas, el mejorado en testamento no llevará el residuo entero de la mejora que el testador hizo á su favor de todos sus bienes en vida y muerte, como pudo hacerlo, porque le faltan 4@666 reales y un tercio de dos para completarla. Este modo de deducir es el que siguiendo á Angulo y Escobar, se esfuerza á defender el Señor Castillo en dicho capítulo, apoyándole en una decision de la Real Audiencia de Sevilla, impugnando el de Tello y sus sequaces, y fundándose en las leyes 19, 23 y 25 de Toro que no hacen al propósito, como se va á demostrar.

97 La ley 19 de Toro que es la 3 tit. 6 lib. 5 R. dice: „El padre, madre y abuelos en vida, ó al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa, ó parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría en que lo haya el hijo, ó hijos ó nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare, ó valiere la tercera parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no la pueda el testador cometer á otra persona alguna.„ El caso de esta ley es muy diverso del de la disputa; pues en este se habla de cosa donada y entregada en vida, y el consignar la mejora no es darla ni entregarla en vida al mejorado sino señalar la cosa cierta y determinada en que ha de entregarse precisamente el importe de ella despues del fallecimiento del mejorante, habiendo

cabimiento en los bienes que dexe; de suerte que hasta este tiempo permanece en su poder la cosa consignada, y nó hay de que hacer ninguna agregacion.

98 La ley 23 de Toro que es la 8 del mismo tit. y lib. dice: „Quando el padre, ó la madre por contrato entre vivos, ó en otra postrimera voluntad hiciere á alguno de sus hijos, ó descendientes alguna mejoría del tercio de sus bienes, que la tal mejoría haya consideracion á lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se hizo la dicha mejoría.„ Esta ley tampoco habla palabra del caso de donacion ni tradicion de la mejora del tercio ni parte de él, sino de que háyase hecho revocable ó irrevocable en contrato ó última disposicion, se mire siempre al valor que tienen los bienes del mejorante al tiempo de su muerte: porque como no hay entrega en vida, es preciso atender á este, y por hallarse en poder del mejorante todos sus bienes, no hay que computar ni colacionar; sin que el mejorado á pretexto de ser irrevocable la mejora, y de que adquirió derecho á ella desde que la hizo el mejorante, pueda pretender que se atienda á lo que valian entónces, porque su irrevocabilidad sirve únicamente para que no pueda ya dexar de ser mejorado sin causa legal, y para que su padre quede sin facultad para mejorar á otro y gravar el tercio.

99 La ley 25 que se insertó en el n. 86, aunque supone donacion y tradicion en vida, trata de caso diverso del presente. Dispone que de los bienes ó donaciones que se colacionan, esto es, de los entregados en vida á cuenta de legítima, nó se saque mejora, porque como no son del mejorante, no puede hacerla de lo que importen, y estando ya en poder del donatario, y siendo suyos, si se deduce de ellos, se le quitan indebidamente por beneficiar al mejorado y hacer que la mejora sea mas quantiosa; pero no prohibe que se haga la agregacion expresada en el n. 95 que se observa en la práctica, ni manda que se haga la deduccion expuesta en el n. 96, ó que quando el donante entregó al donatorio lo que le donó, y despues hizo mejora, se haya de sacar precisamente el importe de lo donado en

vida, sea en cuenta de legítima ó mejora, de los bienes que dexa al tiempo de su muerte, ó que se haya de disminuir la mejora expresa posterior, con lo qual sucederia que no disponia del tercio y quinto enteros en vida y muerte, y se le limitaria en este caso la facultad que para ello le dan otras leyes: ni finalmente quita nada al donatario ó mejorado en vida para darlo á otro, ó aplicarlo á legítimas, como sucede haciendo la cuenta del segundo modo propuesto en el n. 94.

100 Demostrado que el caso de la disputa no está comprehendido en las leyes 19, 23 y 25 de Toro, resta ver, si lo estará en la 26 que es la 10 del propio tit. y lib. y si estándolo, se deberá hacer con arreglo á ella la cuenta formada en el n. 95 y adoptada en la práctica. Dicha ley 26 dice así: „Si el padre, ó la madre en testamento, ó en otra qualquier última voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos, ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio y en el quinto, entiéndase que lo mejorarán en el tercio y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio, y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él, ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la quantidad del dicho tercio y quinto, y legítima de lo que debian haber de los bienes de su padre, y madre, y abuelos, y no en mas.„ Esta ley es la que trata verdaderamente del caso sobre que se controvierte, y léjos de prohibir la agregacion expresada en el n. 95 quiere que se haga: lo primero, porque manda que se cuente al donatario por parte de tercio y quinto de los bienes del donante lo que le donó, lo qual es computar y agregar para ver lo que resta de mejora, sin lo que no se puede saber ni igualar á todos en sus legítimas; y lo segundo, porque prohibe al donante que pueda mejorar al donatario ó á otro en mas que en el exceso de lo que contando é incluyendo lo donado importe á mejora de

los bienes que entregó en vida y dexa por su muerte.

101 Si el padre en contrato oneroso como casamiento, ó en contrato irrevocable, aunque no sea oneroso, mejoró expresa é indistintamente á un hijo en el tercio de todos sus bienes, y á cuenta de la mejora le entregó parte de ellos; ó si le dió capital ó hizo otra donacion causal, que es colacionable, y despues en disposicion última le mejoró en dicho tercio; se duda, si para la deduccion de la mejora se deberá ó no hacer la agregacion verbal y numérica de lo entregado al hijo en vida, ó se ha de sacar solamente de los bienes que el testador dexa por su muerte, uniendo luego el residuo con lo entregado para dividirlo todo igualmente entre todos los herederos como legítima. Esta dificultad toca el Señor Castillo (a) como caso ocurrido en dicha Real Audiencia, cuya decision conforme con la del caso anterior defiende de vigorosamente fundándose en las leyes 19 y 23, y mucho mas en la generalidad de la 25 de Toro que prohibe, se saque mejora de las dotes y donaciones que se traen á colacion y particion, sin hacerse cargo de que aunque la ley que habla generalmente, generalmente se debe entender, si por otras se establece otra cosa, se ha de distinguir y declarar segun ellas, y si en algo aparecen contrarias, se han de concordar.

102 Pero la dificultad propuesta comprehende dos casos distintos y de distinto modo se han de resolver. En órden al primero debo decir que el ser dos ó uno solo los mejorados no hace variar el espíritu de las leyes ni lo substancial de la disposicion; y que si quando la mejora es tácita, porque la entiende hecha la ley, se debe hacer dicha agregacion, con mayor razon deberá hacerse siendo la mejora expresa con entrega de parte de ella al mejorado, pues está manifiesta la voluntad del mejorante. Mas para hacer la deduccion de la mejora en este caso, por no haberla de quinto, se separarán previamente hasta en el importe de este y no mas de los bienes que el testador dexe, y no de los entregados á cuenta del

(a) Cap. cit. n. 59 hasta el fin, y lib. 5 cap. 70.

tercio, los gastos de su funeral, misas, legados y todo lo demas que segun la ley 30 de Toro corresponde deducir de él: despues, de lo que reste, se harán la agregacion y computacion, porque por el hecho de no haberle mejorado en él es visto haberlo reservado para disponer á su arbitrio de lo que importase: luego, separado que sea lo que se deduzca, si queda algo del quinto, se une al resto de los bienes inventariados, como que son de la herencia, los dexó el difunto, y le mejoró en el tercio de todos; y junto todo con lo recibido á cuenta de este, se vé si el mejorado tiene ó no que tomar por su mejora, y si no le cabe todo en ella, recibirá el exceso en cuenta de legítima, y si nada sobra del quinto, nada tendrá que tomar. Esta diferencia que no ocurrió al Señor Castillo, es la única que hay de este caso al anterior, porque no hay mejora de quinto. Y es de advertir que si el testador hizo donacion simple á un hijo en vida, y despues en disposicion última mejoró á él y á otro en el tercio de sus bienes, partirán ámbos igualmente el total de la mejora, recibiendo en cuenta el donatario lo que percibió en vida, á no ser que el mejorante mande lo contrario.

103 Por lo concerniente al segundo caso que es, quando el testador dió capital ó hizo otra donacion colacionable al hijo con entrega de ella, y despues le mejoró en el tercio, se ha de deducir la mejora únicamente de los bienes que se encuentren por muerte del testador, sin agregar á ellos para su deduccion la precedente donacion causal que hizo y entregó al mejorado: en primer lugar, porque esta se dió y anticipó en cuenta de legítima, y como tal es colacionable para la igualdad, y se debe unir solamente al caudal destinado para legítimas; y en segundo lugar, porque de no hacerse así se viola la ley 25 de Toro que prohibe sacar el tercio y quinto de las donaciones anteriores que se traen á colacion y particion, para que no sean perjudicados los donatarios en sus legítimas. En quanto al quinto se observará todo lo dicho en el n. inmediato.

104 Si el padre teniendo v. gr. quatro hijos, entrega á cada uno por via de dote ó capital su legítima corta con esta expresion, quedándose solamente con el tercio y quinto de los bienes que á la sazon posee; y despues mejora al uno de ellos, y no dexa al tiempo de su muerte mas bienes que aquellos con que se quedó: podria decirse que la mejora se deberá deducir solamente de estos, y que de consiguiente no se unirán las legítimas entregadas para hacer la cuenta, porque la mejora no se debe sacar de las dotes y donaciones que se traen á colacion y particion. Pero no obstante me parece que se debe distinguir. Si el padre al tiempo de su entrega expresó que se quedaba con el tercio y quinto para disponer de ellos enteramente con arreglo á derecho, y que los hijos habian de colacionar sus legítimas á efecto de deducirlos, del mismo modo que si no se las hubiera entregado, se agregarán, y sacará de ellas el tercio y quinto; y de lo contrario no se hará así, porque las legítimas son ya de los hijos, y el padre no puede mejorar en bienes agenos, por prohibirlo la ley 25 de Toro, en cuya atencion el mejorado llevará el tercio y remanente del quinto del mismo tercio y quinto con que su padre se quedó, y el resto se dividirá igualmente entre todos.

105 Si alguno dexa en disposicion última á un descendiente ó extraño el quinto de sus bienes, ó dispone de él á favor de su alma, se pudiera decir que debe deducirse no solo de los que se encuentran en su herencia, quando muere, sino tambien de los que colacionan los hijos: ya porque debiéndose mezclar estos con aquellos para igualarse los herederos, y reputándose unos mismos á causa de componer una herencia, parece consiguiente que se deduzca de todos como de patrimonio del difunto: ya porque á no ser así se coartaria indirectamente á los padres la libre y amplia facultad que la ley les concede para testar del quinto, y que no se les debe restringir; y ya porque si de las dotes y donaciones no pudiese deducirse, hubiera sido superfluo el establecimiento de la ley 25 de Toro en contrario respecto del

tercio y quinto, quando son mejora, y por tanto quando este no lo es, se deberá deducir de todos. Mas sin embargo de lo expuesto el quinto, ya le dexe el testador á un hijo como mejora ó legado, ya á extraño, ya disponga de él de otra manera, ha de deducirse únicamente de los bienes que tiene quando muere, y no de los colacionados (*a*); pues habiendo salido estos de su dominio ó patrimonio, y pasado al del donatario ó dotada, no se debe entender que legó de otros sino de los que tenia al tiempo de su muerte como suyos, mayormente quando nunca es de presumir que ninguno dispone de lo ageno sino de lo propio, porque no puede hacerlo, y si legase el quinto de lo ya donado, testaria de lo que no es suyo y está en poder de su dueño. Por otra parte, aunque se legue el quinto á un hijo, puesto que no es legítima á que tenga derecho, viene á ser lo mismo para el caso que si se legara á extraño, con el qual no tiene lugar la colacion.

106 Evacuado el primer particular de este párrafo resta aplicar el segundo, á saber, si en la computacion para deducir la mejora de tercio y quinto se ha de incluir ó no la quarta marital que el derecho concede á la viuda, y de que conviene dar ántes alguna noticia para instruccion del partidor. „Paganse los omes á las vegadas (*á veces*) de algunas mugeres, dice la ley 7 tit. 13 P. 6, de manera que casan con ellas sin dote, maguer (*aunque*) sean pobres; por ende guisada (*por tanto justa*) cosa, é derecha es, pues que las aman, é las honran en su vida, que non finquen (*queden*) desamparadas á su muerte. E por esta razon tuvieron por bien los Sabios antiguos que si el marido non dexásse á tal muger en que pudiesse bien, é honestamente bevir, sin ella lo oviesse de lo suyo, que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes dél, maguer haya fijos; pero esta

(*a*) Castill. lib. 4. Controvers. cap. 16 n. 52 y cap. 35 n. 45. Hermosill. ley 3 tit 4 P. 5 glos. 6 n. 84 Valasc. de part. c. 19 nn. 6 &c. y 17.

quarta parte non debe montar mas de cient libras de oro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta oviese de lo suyo con que pudiese bevir honestamente, non ha demanda ninguna en los bienes del finado en razon desta quarta parte.„ Cada una de dichas libras hace 72 castellanos ó sueldos de oro, y cada uno de estos valía 485 maravedís de los presentes; acerca de lo qual vease á Escobar (*a*).

107 Corresponde á la viuda pobre dicha quarta, aunque con alguna ocupacion, labor, ó industria pueda alimentarse, ya porque se le concede por honor para consuelo del consorte perdido, y á fin de que conserve una casta viudedad, y ya porque la ocupacion é industria pueden faltar; y aun quando despues adquiera bienes de otra parte, no la perderá, mediante á que se atiende al tiempo de la muerte de su marido y no al ulterior, por ser aquello causal (*b*). Asimismo le corresponde, aunque le legue el quinto, mande que se contente con él, y le prohiba pedir mas, si este ú otro legado que le haga, no es suficiente para sus honestos y decentes alimentos, porque es débito contraido al tiempo que se casó sin dote, y como tal necesario (*c*).

108 No percibirá la viuda toda la quarta, quando los hijos sean mas de tres, y solamente se igualará á los hijos partiendo entre todos la herencia, ya estos fuesen de ámbos, ya solo del marido habidos en otro matrimonio. Así lo dispone un texto del derecho romano (*d*); bien que la ley de Partida inserta no distingue, por lo que parece no debemos distinguir. Sobre esto véase á Escobar (*e*) y á Bartolomé Bersano (*f*).

109 Volviéndose á casar la viuda dentro ó fuera del

(*a*) De Ratiocin. comput 1 nn. 16 y 17, y comput. 25. (*b*) Greg. Lop. ley 7 t. 13 P. 6 gl. 6. Siguenz. de Clausul. lib. 2 c. 11 §. 29 n. 191. Vease la nota del n. 14 cap. 2 de la I. P. (*c*) Tello ley 9 de Toro nn. 31 y 32. Angul. en la 9. tit. 6 lib. 5 gosl. 2 nn. 17 y 18. (*d*) Auténtica Præterea Cod. Unde vir et uxor. (*e*) Comput. 3 n. fin. (*f*) De viduis c. 2 q. 2.

año está obligada á reservar á los hijos, si los hay, la propiedad de la quarta, y así gozará solamente de su usufructo, miéntras vive (a); y si durante su viudedad vive deshonestamente, la pierde y debe restituirla á los hijos (b), al modo que el lecho quotidiano, los gananciales, y lo que el marido le lega, fuera de incurrir en otras penas (c).

110 Supuestas estas noticias debo decir que para la deduccion del tercio y quinto no se ha de computar la quarta marital, sino que ántes bien como deuda legal y necesaria contra los bienes del marido, se debe baxar de estos primero que se saque la mejora, segun se practica con las demas deudas que dexa quando fallece (d): lo qual se debe observar sin disputa, quando se contraxo el matrimonio ántes de hacer la mejora.

111 Y si el marido mejoró irrevocablemente á un hijo de su primer matrimonio ántes de casarse segunda vez, parece que se ha de computar la quarta para deducir la mejora, y que despues de deducida esta se sacará aquella del residuo, porque el mejorado ya tenia adquirido derecho á la mejora del total de los bienes de su padre, quando se volvió á casar, y la viuda pobre no revoca las donaciones anteriormente hechas (e). Pero no obstante se ha de practicar lo contrario, porque aunque la donacion sea irrevocable, esto sirve solo para que el hijo no dexe ya de ser mejorado ni de percibir la mejora quando fallezca su padre; mas no para disminuir la quarta, porque esta es débito necesario contraido ántes de su muerte, y aquella se ha de graduar atendidos los bienes efectivos y propios del testador al tiempo que fallece, en el qual el importe de la quarta no es

(a) Autent. cit. Acev. lib 4 tit. 1 lib. 5 R. n. 17. Angul. lug. cit. nn. 13 y 14. (b) Siguenz lug. cit n. 193. (c) Barsan. cap. 3 de viduis q. 18. (d) Tello ley 25 de Toro n. fin. vers. Pro complemento. Gom. Arias en la 32 de Toro núm. 19 al fin. (e) Greg. Lop. ley 7 tit. 13 P. 6 glos. 9.

ya suyo sino de la viuda (*a*); bien que si ántes de casarse el mejorante entrega parte de la mejora al mejorado, no se computará su valor para la deduccion de la quarta, respecto á que quando se contraxo la deuda, ya era aquel dueño de lo que se le habia donado, y no pudo estar obligado á las deudas del mejorante (*b*).

CAPÍTULO IV.

De la sucesion por testamento de los ascendientes á sus descendientes legítimos.

§. I.

En qué bienes suceden los ascendientes por testamento á sus descendientes legítimos, y si la colacion tendrá lugar entre aquellos.

1 „Los ascendientes legítimos, dice la ley 6 de Toro (*c*), por su órden, y línea derecha sucedan ex testamento, & abintestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos, ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar.„ (*d*) Y lo propio milita en los adquiridos por razon de la iglesia, que es por dignidad, beneficio ó renta eclesiástica, pues la ley 13 t. 8 lib. 5 R. manda se observe la costumbre que hay en estos reynos de Castilla

(*a*) Angul. dich. ley 9 glos. 2 nn. 9, 10 y 11. Escobar comput. 1 nn. 14 y 15. (*b*) Sobre si compete igual quarta al marido pobre, véase el n. 13 cap. 2 de la I. P. y la nota cit. del n. sig. y sobre si de los bienes confiscados al marido debe deducirse la quarta marital, puede verse á Antunez de donat. reg. lib. 3 cap. 26 nn. 12, &c. y 16, donde con otros muchos sostiene la afirmativa, fundando en que esta es una deuda contra aquellos. (*c*) Es la primera tit. 8 lib. 5 R. (*d*) De las causas porque pueden ser desheredados los ascendientes, se habla en la primera parte, c. 1 n. 138.

de suceder en ellos por testamento y abintestato como en los patrimoniales. „Por quanto en estos reynos hay costumbre muy antigua que en los bienes que los Clérigos de órden sacro dexaren al tiempo de su muerte, aunque sean adquiridos por razon de alguna iglesia, ó iglesias, ó beneficios, ó rentas eclesiásticas, se suceda en ellos ex testamento, y abintestato como en los otros bienes que los dichos Clérigos tuvieren patrimoniales habidos por herencia, ó donacion, ó manda, mandamos que se guarde la dicha costumbre.„

2 En esta sucesion no debe hacerse distincion ni separacion de bienes entre los ascendientes: quiero decir; los bienes que el hijo ó descendiente heredó de su padre y abuelo paterno, ó por contemplacion suya, no han de volver precisamente á las personas de la línea paterna, y los que adquirió de su madre y abuela materna, ó por sus respetos á las de esta línea; si no que, háyalos adquirido por una sola, ó por ámbas, se deben dividir con igualdad entre los ascendientes (*a*), mirándose solo á que se hallen en igual grado, y este sea el mas cercano; de suerte que si el difunto dexa abuelos, bisabuelos, y padre y madre, ó padre, ó madre solamente, estos ó uno de los dos serán sus únicos herederos (*b*).

3 Sucederán los ascendientes á sus descendientes legítimos, aun quando estos tengan hijos ú otros descendientes legítimos, si los exheredan con causa legal justificada, é instituyen heredero á un extraño, en cuyo caso los ascendientes pueden quejarse de la preterícion, pretendiendo se les declare por herederos y excluya al extraño instituido; bien que la tercera parte de ella de que dicha ley 6 de Toro les permite testar, será para el extraño, pues ya que su voluntad no puede valer en el todo, valdrá y se cumplirá en lo que ha lugar por derecho.

(*a*) Matienz. ley 1 tit. 8 lib. 5 R. glos. 3 n. 7 y glos. 5 n. 1. Gom. en la 6 de Toro n. 8 vers. Sed his non obstantibus. Greg. Lop. en la 4 tit. 13 P. 6 glos. 2. (*b*) Ley 6 de Toro que dice, *Por su órden y línea derecha*, y 4 tit. 13 P. 6.

4 Pero no sucederán los ascendientes en los bienes de mayorazgo ni en el enfitéusis, porque estos no se defieren por derecho hereditario sino de sangre, á ménos que se hubiese dispuesto otra cosa en la fundacion (*a*); y lo mismo se observa en los feudos, pues el padre y abuelo no suceden al hijo ó nieto que tiene alguno y muere sin hijos (*b*).

5 Tampoco sucederán los ascendientes á sus descendientes, quando renunciaron con juramento la herencia y derecho hereditario que tenian á sus bienes (*c*): ni quando el hijo dispone de todos sus bienes á favor de otro qualquiera, precediendo para ello licencia jurada de su padre: ni quando este aprueba el testamento, en que su hijo le *preterie*, ó no le menciona, y dexa á otro por su heredero, ó dispone enteramente de sus bienes por su alma ó en otra cosa (*d*).

6 Si el hijo casado y su muger hicieron pacto recíproco de que quien viviese mas, habia de suceder al otro en todos sus bienes en caso de no dexar descendientes legítimos, valdrá este pacto y excluirá á los ascendientes del muerto segun varios AA. (*e*). Pero yo no me adhiero á su dictámen por lo expuesto en la primera parte (*f*).

7 Entre los ascendientes no tiene lugar la colacion como entre los descendientes, porque ningun derecho la ordena, segun se ha sentado en el cap. 3 de este lib. n. 7, y así aunque un hijo ó nieto haya dado en vida á su padre, madre, ó abuelo algunos bienes ó cantidad, y nada al otro ascendiente que está en igual grado, lo mismo heredará el uno que el otro de los que dexe, si muere ántes que ellos (*g*).

8 No solo son excluidos los ascendientes legítimos de la herencia de sus descendientes por los descendientes le-

(*a*) Matienz. ley 1 tit. 8 lib. 5 R. glos. 3 n. 11 y glos. 5 núm. 2. (*b*) Ley 7 tit. 26 P. 4 y su glos. (*c*) Gutier. in cap. Quamvis pactum de Pact. in 6. (*d*) Gutier. y Acev. lug. cit. (*e*) Palac. Rub. in Repet. Rubr. de Donat. inter. vir. & uxor. § 50 col. 5. Gut. de Jur. confirmat. part. 1 cap. 3 nn. 26 y 27. Castill. Prœm. de las leyes de Toro nn. 4 y 5. (*f*) Cap. 1 n. 57. (*g*) Morquech. de Divis lib. 4 cap. 4 n. 8. Gom. ley 29 de Toro n. 9 vers. Sed his non obstantibus.

gítimos de estos, sino asimismo por *otros que hayan derecho de heredarles* segun la ley de Toro inserta; y los que tienen este derecho, son el hijo natural legitimado por el subseqüente matrimonio, y el espúrio por rescripto del Soberano, los quales gozan de todos los privilegios de hijos legítimos y heredan á sus padres por testamento, abintestato y contra testamento, siendo preferidos á los ascendientes (*a*). Tambien tiene el mismo derecho el substituto pupilar expreso; quiero decir, que si el padre substituye pupilarmente en sus bienes á su hijo pupilo, y este muere en edad de no poder testar, percibirá su herencia el substituto, y no su madre ni otro ascendiente, á quienes tocaba heredarle abintestato, como se ha sentado en la Prim. Part. cap. 1 n. 90 (1).

§. II.

De qué parte de sus bienes pueden disponer los descendientes en perjuicio de sus ascendientes legítimos, y si de ella se han de sacar los gastos de su funeral, misas y legados.

9 Los descendientes pueden contra la voluntad de los ascendientes disponer en vida ó muerte por su alma ó en lo que quisieren, de la tercera parte de todos sus bienes libres, como tambien lo dice la ley 6 de Toro: „Pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer qualquiera última voluntad por su alma, ó en otra cosa qual quisieren.„ Asimismo pueden gravarla y poner

(*a*) Acev. lug. cit. n. 64. Matienz. lug. cit. glos. 6. Gom. ley 6 de Toro n. 10.

(1) Ademas de las razones en que apoya Febrero su opinion á favor del substituto pupilar en el lugar cit. daba otras diversas en este; pero las he omitido, ya porque no tienen ninguna solidez, ya porque creo no abrazará nadie la defensa de dicho substituto, habiendo leido la que yo hago de la madre y demas ascendientes en mi nota 2 del cit. n. 90.

en ella las condiciones honestas y posibles que les parezca, déxenla á alguno de los ascendientes que le han de heredar, ó á extraño, del mismo modo que el ascendiente las puede imponer en el quinto por la propia razon. Y dicha tercera parte es de lo líquido, deducidas ante todas cosas las deudas que haya contra el caudal del descendiente.

10 Lo expuesto procede, esté ó no el hijo baxo de la patria potestad; pues teniendo edad legítima para testar y bienes de que disponer, puede hacer testamento, como si estuviera fuera del poder de su padre segun la ley 5 de Toro (*a*) que dice: »El fijo, ó fija que está en poder de su padre, seyendo de edad legítima para hacer testamento, pueda facer testamento, como si estuviesse fuera de su poder.„

11 Y aunque las leyes 6 y 7 tit. 17 P. 4 permiten al hijo disponer en propiedad y usufructo de todos los bienes castrenses y quasicastrenses que le pertenecen; estan derogadas por la absoluta amplitud de las palabras de la ley 6 de Toro; *en todos sus bienes de qualquier calidad que sean*; por lo que solo podrá disponer del tercio de ellos del mismo modo que de los adventicios, y en los demas le heredarán sus ascendientes, pues la ley que habla generalmente, generalmente se debe entender (*b*). Lo mismo se ha de decir de los bienes que el Rey dona al descendiente, que son como castrenses, y de los adquiridos por razon de la iglesia (*c*).

12 De la disposicion precedente de la ley 6 de Toro nacen tres dudas que toqué en la Prim. Part. (*d*) y repetiré aquí como en lugar oportuno. La primera es, si los gastos del funeral del descendiente, de las misas que manda celebrar, y legados que hace, se han de deducir del tercio de que dispone, ó del cuerpo de los bienes que dexa: y para dar solucion á ella es indispensable saber, qué se entiende por funeral, y qué gastos de los

(*a*) Es la 4 tit. 4 lib. 5 R. (*b*) Avendañ. dich. ley 6 de Toro gl. 7 n. 5. Greg. Lop. en la 6 tit. 17 P. 4 glos. 8 vers. Hodie, hasta el fin. (*c*) Morquech. de Divis. lib. 4 cap. 4 nn. 18, &c. y 23. (*d*) Cap. 1 nn. 58, &c. y 65.

que ocasiona la muerte de los hombres, se comprehenden en él. Por funeral y gastos de este se tienen el hábito con que se amortaja el cadáver, la caxa ó ataud, la cera que le alumbra, miéntras está en su casa de cuerpo presente, y en la iglesia hasta que se le sepulte: la limosna de la vigilia, misa, responsos, ofrenda y demas derechos parroquiales: los clamores, la apertura de la sepultura, el enterramiento, la conduccion del cadáver á la iglesia, sea en público con acompañamiento, ó de secreto sin él: el velarle y amortajarle, y algunas otras cosas sin las quales segun el estilo del pueblo, carácter, circunstancias y haberes del difunto no se puede hacer el entierro; y los gastos que ocurren en todo esto, son preferidos á todas las deudas que el testador contraxo en su vida, siendo moderados: porque si son excesivos, los ha de rebaxar el Juez de su domicilio, atendidos su caudal y calidad (*a*), en caso que no haya el suficiente para todos sus acreedores, pues habiendo que heredar, se arreglarán á él sus herederos y gastarán lo que les parezca.

13 Pero no se incluyen en el nombre de funeral los lutos de los herederos ni viuda, y así cada heredero hará á su costa el suyo, como que cede en su propia utilidad, no en la del legatario del tercio ni quinto, y no es preciso, ni ninguna ley manda traerle (*b*): ni tampoco se incluyen las expensas de la última enfermedad hechas en medicinas, Médico, Cirujano, alimento del difunto, &c. porque las hizo en vida, y no se causaron con motivo de su muerte ni despues de acaecida esta; por lo que se deducirán del cuerpo de su caudal las demas deudas que contraxo ántes de caer enfermo.

14 En esta suposicion digo que acerca de la expresada duda hay dos opiniones diametralmente opuestas: la una es que los gastos funerarios deben deducirse del tercio por las mismas razones que del quinto, habiendo descendientes, y que las otras dos terceras partes han de en-

(*a*) Leyes 12 tit. 13 P.1 y 30 al fin. tit. 13 P.5. (*b*) Veanse en el cap. 6 del lib. 1 los nn. 44, 45 y 46.

tregarse al ascendiente ó ascendientes herederos sin gravámen ni descuento alguno como legítima suya que les pertenece por derecho. De este dictámen son Castillo, Angulo, Matienzo y otros (*a*). La otra opinion es que se deben deducir del cuerpo del caudal del difunto, y que el residuo ha de dividirse entre los herederos y el legatario del tercio, por manera que pagan á proporcion como interesados en su respectiva quota de herencia, porque el entierro y lo anexo á él son deuda que el hombre contrae por el hecho de nacer, y á cuya solucion estan obligados entera é indistintamente todos sus bienes. Y esta sentencia es la que yo sigo y sigue García (*b*), citando á Palacios Rubios que se halló presente al establecimiento de las leyes de Toro, y dice no estar comprehendida esta especie en la 30 ni por consiguiente deberse deducir dichos gastos del tercio sino del cuerpo de la herencia como deuda contra ella; y añade que Castillo habiendo reflexîonado mejor corrige su primer dictámen en la citada ley 30 (*c*).

15 Pero en quanto á las misas, mandas y demas de que disponga el testador, sobre lo qual nada dicen, ni explican con distincion los AA. soy de sentir que se deben deducir del tercio y no del cuerpo de bienes. La razon de diferencia consiste en primer lugar, en que los gastos de todo esto son totalmente voluntarios, y los del entierro forzosos, de suerte que aunque el testador prohiba que se le entierre, ó que se paguen, no será obedecido; y en segundo lugar, porque la ley 6 de Toro le permite testar del tercio por su alma ó en lo que quisiere, y respecto usar de su permiso debe observarse su disposicion, aunque el testador mande lo contrario;

(*a*) Cast. ley 6 de Toro verb. Por su alma. Gutier. in leg. Nemo potest. n. 93 y lib. 2 Pract. q. 71. Angul. de Meliorat. ley 13 tit. 6 lib. 5 R. gl. 3 n. 2 Mat. en la 1 tit. 8 lib. 5 R. glos. 8 n. 2 Cov. in c. Raynaldus § 3 n. 2 al medio. Tell. ley 30 de Toro n. 6. (*b*) De expensis cap. 8 nn. 49 y 50. (*c*) Vease el cap. 1 de la I. Part. nn. 60 y 61, y al citado García cuyo parecer he seguido en ciertas particiones que se aprobaron judicialmente no obstante la infundada oposicion que se hizo.

pues de no practicarse así se violaria la ley, se daria al descendiente mas facultad que la que esta le da, y se equiparian los gastos de su funeral, de que la ley ninguna mencion hace, con los de las misas, legados y demas en que le concede facultad expresa para emplear el tercio.

16 La segunda duda que para mí nunca lo ha sido, es si los descendientes podrán consignar el tercio, dexándole á alguno de sus ascendientes ó á extraño. Antonio Gomez dice (*a*) que si le dexan á ascendiente, pueden hacerlo, mas no si le dexan á extraño: lo uno porque los ascendientes deben haber su legítima, que son las dos terceras partes de la herencia, en todos los bienes hereditarios del difunto, y lo contrario seria imponerles gravámen; y lo otro, porque no lo dice dicha ley 6 ni otra alguna. Pero sin embargo digo que pueden consignarle dexenle á ascendiente ó á extraño: lo primero, porque la ley no lo prohibe, y lo que no está prohibido, se entiende permitido: lo segundo, porque el ascendiente en este caso se reputa extraño, respecto dexarle el tercio no como legítima que se le deba, sino como legado voluntario. Y si á este no; ¿por qué á aquel sí no hablando de ninguno la ley? No hallo razon de diferencia, por lo que ó á entrambos ó á ninguno le ha de poder consignar (*b*).

17 Y la tercera duda se reduce, á si el hijo que está baxo de la patria potestad, podrá disponer del tercio de sus bienes en propiedad y usufructo, ó solamente en propiedad, de suerte que goce de aquel el padre miéntras viva. Los mas de los AA. son de sentir que solo en propiedad puede hacerlo, para que el padre no sea perjudicado en el usufructo que tiene adquirido; pero adhiriéndome al parecer de Gomez (*c*) y de otros que le siguen, digo que puede disponer en propiedad y usufructo, segun se practica y sentó en la I. P. (*d*).

(*a*) Ley 19 de Toro n. 4. (*b*) Vease el n. 67 y su nota cap. 1 P. I. (*c*) Dich. ley 6 n. 13 vers. Contrariam tamen sententiam. (*d*) Veanse en ella los nn. 62, &c. y 66 cap. 1.

18 Puede el hijo disponer tambien de sus bienes en propiedad y usufructo, quando su padre entró en religion y profesó, quando por ser disipador se le quitó la administracion de los bienes de su hijo, quando por delito que cometió, es deportado, segun se llama el desterrado para siempre á las labores del Rey, v. gr. presidio, arsenales, minas (1), galeras ó cárcel perpetua: ó quando es banido ó encartado, esto es, prófugo por delito, emplazado por edictos porque no parece, y condenado en rebeldia, en cuyos casos espira siempre el usufructo (*a*).

§. III.

De la sucesion en los bienes troncales en los pueblos donde se observa por algun fuero ó costumbre.

19 No en todos los pueblos de estos reynos de Castilla está en vigorosa observancia la disposicion general de la ley 6 de Toro, pues hay muchos en que se sucede de otro modo en los bienes raices patrimoniales, y ella misma los exceptúa, dexando en su fuerza y vigor el fuero municipal ó costumbre de suceder en sus moradores. „Lo qual mandamos que se guarde (concluye la ley), salvo en las ciudades, villas y lugares, dó segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.„

20 Para la inteligencia de esto debe advertirse en primer lugar, que es indispensable se pruebe claramente la observancia del fuero (*b*), porque el uso y costumbre consisten en hecho, y debe probarle el que le alega (*c*); y en segundo lugar, que la disposicion de la ley ha de entenderse abintestato y no por testamento, pues de lo contrario se impediria al testador la libertad de tes-

(1) Por circular de 20 de Agosto de 1800 se extinguió enteramente el presidio de las minas de Azogue del Almaden.

(*a*) Vease á Morquech. de Divis. lib. 4 cap. 4 nn. 30, &c. y 40. (*b*) Suar. proem. de las leyes del Fuero art. 6. Greg. Lop. en la 7 tit. 2 P. 1 glos. 4. (*c*) Suar. Proem. cit. verb. Hoc præmisso. Greg. Lop. lug. cit.

tar (*a*); sino es que el fuero se haya observado tambien en las disposiciones testamentarias (*b*).

21 Segun este fuero los bienes raices que deben volver al tronco, son no solo los que el difunto intestado heredó de sus abuelos, sino tambien los que hubo de sus padres y estos no hubieron de los suyos, mediante á que la ley 10 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real dice: „El abuelo que fue del padre, herede lo que fue del padre, y el abuelo que fue de la madre, herede lo que fue de la madre.„ Lo propio milita, segun afirma Avendaño (*c*), en los que el hijo adquiere de otra parte; bien que dudó de esto, porque ni la ley lo dice, ni se colige de ella.

22 Entre estos bienes troncales se deben incluir los censos perpétuos, pues siguen la naturaleza de bienes raices, y así deben volver al tronco sin disputa; pero no los redimibles (*d*), excepto que haya costumbre contraria en el pueblo, porque estos no son raices bienes, ni mas que un dinero puesto á interes con seguridad y prohibicion de pedirle el que le da, hasta que quien le recibe quiera devolvérsele; y el primero no tiene ningun dominio en la finca afecta á su responsabilidad sino solo hipoteca en ella y derecho á percibir sus réditos; y si se redime el capital, no hay finca raiz, y queda únicamente el dinero que es la cosa mas movible que hay.

23 No se amplía la disposicion de este fuero á los bienes raices exîstentes fuera del territorio en donde se usa, ni á personas de quienes no hace ninguna mencion, ni á los bienes muebles, aunque esten en el mismo pueblo, ni tampoco á los que la muger lleva en dote estimados con estimacion que causa venta, pues como se transfiere al marido su dominio, puede volverlos, ó su estimacion, sin que muerto el hijo se obligue precisamente á su devolucion (*e*).

(*a*) Gom. ley 6 de Toro n. fin. vers. Sd his non obstantibus. Matienz. en la 1 tit. 8 lib. 5 glos. 9 nn. 2 y 3. (*b*) Avendañ. ley 6 de Toro glos. 11 n. 8. (*c*) Dicha ley 6 glos. 11 nn. 15, &c. y 23. (*d*) Avendañ. lug. cit. n. fin. Siguenz. de Clausul. lib. 2 c. 11 § 37 n. 291. Ayora lleva lo contrario tocante á los redimibles part. 3 q. 28 al fin vers. Sed quæritur. (*e*) Leyes 18, 19 y 20 tit. 11 P. 4 Signenz. lug. cit. n. 381.

24 El heredero de los bienes troncales y el de los demas pagarán á prorata las deudas del difunto, porque ambos son verdaderamente herederos, y no legatarios: el primero en virtud del fuero municipal, y el segundo por la ley 6 de Toro (*a*).

CAPÍTULO V.

Sobre la obligacion de los casados dos ó mas veces á reservar á los hijos y descendientes legítimos de sus anteriores matrimonios los bienes que hubieron de ellos ó de sus padres, y cómo se han de dividir.

§. I.

En que casos los viudos que teniendo hijos ó descendientes legítimos se vuelven á casar, estan obligados á reservarles lo que hubieron de ellos ó del cónyuge muerto.

1 Antiguamente incurrian en infamia y en otras penas las viudas que se volvian á casar dentro ó despues del año de su viudedad (*b*); pero las que se impusieron en odio de estas, se han abolido por derecho canónico (*c*) y Real (*d*) subsistiendo en su fuerza y vigor las concernientes al bien y utilidad de los hijos de los matrimonios anteriores, por no ser propiamente penas sino disposiciones para evitar que sean perjudicados, y que los

(*a*) Ayor. l. cit. vers. Ego vero contrarium, Siguenz. lug. cit. n. 284. (*b*) Leyes 1, 2 y 3, y Authent. Eisdem pœnis. Cod. de Secund. nupt. Leyes últ. tit. 12 P. 4 y 5 tit. 3 P. 6, y 13 tit. 1 lib. 3 del Fuero Real, y lib. 3 tit. 2 del Fuero Juzgo. (*c*) Apostol. 1 ad Corinth. c. 7, y cap. penult. y últim. de Secund. nupt. Covat. in Epitom. de Sponsal. part. 2 cap. 3 § 9 n. 4 (*d*) Ley 3 tit. 1 lib. 5 R. que al principio dice: "Mandamos, que las mugeres viudas puedan libremente casar dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren sin alguna pena, é sin incurrir en alguna infamia ella, ni el que con ella casare, no obstante qualquier leyes de Fuero y Ordenamientos, é otras qualesquier leyes que en contrario sean fechas y ordenadas, las quales revocamos y anulamos.»

de los posteriores se lucren en su detrimento con los bienes que fueron del patrimonio de sus padres (*a*).

2 Entre estas penas ó disposiciones lo es una hallarse obligadas las viudas á reservar á los hijos de los matrimonios anteriores la propiedad de todos los bienes de qualquier clase sin excepcion que hubieron de sus padres por testamento ú otra última disposicion, ó por contrato lucrativo; y así se les prohibe donarlos, enagenarlos y disponer de ellos entre los de los matrimonios posteriores ó entre extraños (*b*), por manera que si al tiempo de hacerse la particion estan casadas, se les aplicará el usufructo de dichos bienes y no su propiedad.

3 En virtud de esta obligacion si el marido dexa á su muger algun legado genérico ó específico, ó fideicomiso, ó le dona arras ó joyas, ó hace otra donacion por casamiento, aunque sea la que en latin llaman *sponsalitia largitas*, esto es, liberalidad esponsalicia ó de esposo, debe reservar en qualquier tiempo que se case, aun quando haya pasado el primer año de viudedad, y no tenga ningun hijo en el segundo matrimonio, todo lo líquido que hubo de su padre y entró en su poder, pudiendo solo gozarlo como mera usufructuaria miéntras viva; pues por el derecho de volverse á casar y por el perjuicio que les causa ó puede causarles, pierde en pena el dominio de todo ello, á cuya conseqüencia tampoco puede enagenar, gravar, ni hipotecar lo inmueble, distribuir entre los hijos del marido de quien lo hubo, ni dexar mas á uno que á otro, por lo que se han de repartir con arreglo al testamento de su padre (*c*); y si lo donado se deduxo del quinto, debe volver al mejorado en este, de donde salió, y no á los demas herederos, el residuo líquido de él; aunque por el contrario habiendo salido del cuerpo de la herencia se ha de dividir entre todos en la forma expuesta, observando lo mismo en quanto al padre, por ser recíproca la obligacion de ambos, como diré mas adelante. A la responsabilidad de todo lo donado

(*a*) Morquech. de Divis. bon. lib. 4 cap. 12 nn. 40 y 41. Matienz. ley 3 tit. 1 lib. 5 glos. 2 n. 1. (*b*) Gom. ley 14 de Toro n. 1. (*c*) Ley 1 tit. 2 lib. 3 del Fuero Real. Gom. lug. cit.

estan tácita é indistintamente hipotecados todos los bienes maternos presentes y futuros, aun quando ella no los obligue expresamente (*a*) y siendo muebles los que se han de reservar, deben estimarse por peritos que nombren las partes, y la viuda ha de dar fianza de restituirlos (*b*).

4 Tambien tiene obligacion la madre de reservar los bienes que hubo de alguno de los hijos del primer matrimonio bien por sucesion abintestato, bien por título particular de legado ó fideicomiso provenientes de su padre, ya se case ántes, ya despues que muera el hijo, ó aunque ninguno haya fallecido, y lo habido fuese donacion de su padre hecha á dicho hijo, pues para el caso es lo mismo: en cuya atencion si dexa el quinto de sus bienes ú otro legado á los hijos de su segundo matrimonio, ó al padre de ellos, ó á un extraño, no se ha de deducir de las arras, joyas, ni demas que por título lucrativo adquirió de su primer marido, ni de lo que heredó abintestato de alguno de los de su anterior matrimonio, y este hubo de su padre, porque no son suyos sino de estos, y solo se deducirá de los que verdaderamente le pertenecen (*c*).

5 Asimismo debe observar la viuda lo que los parientes de su marido ó algun extraño le dieron por mera contemplacion de él, y aun en caso de dudarse, si la donacion se hizo ó no por sus respetos; y lo propio milita en el marido tocante á lo que le den los parientes de su muger por contemplacion de esta, lo qual prevendrá el partidor en la particion; bien que algunos sienten lo contrario (*d*), por lo que digo que si la donacion se hizo á la muger, porque se debia hacer al marido, deberá reservarla, pues es lo mismo que si él se la hiciera, pero no de lo contrario, así como los hijos deben ó no colacionar lo que hubieron por contemplacion de sus padres, segun dixe en el cap. 3 de este lib. §. 2.

6 La misma obligacion tiene el padre que se vuelve á

(*a*) Ley 26 tit. 13 P. 5. (*b*) Gom. lug. cit. n. 5. (*c*) Gom. lug. cit. n. 1. Palac. Rub. en las leyes 14 y 15 de Toro. Castill. de Usufruct. c. 2 n. 15. Ayor. part. 3 q. 15. (*d*) Morquech. de Divis. bon. lib. 4 cap. 12 n. 9, y otros.

casar una ó mas veces sin la mas leve diferencia ni distincion de casos, como lo ordena la ley 15 de Toro que es la 4 tit. 1 lib. 5 R. y dice: » En todos los casos que las mugeres casando segunda vez, son obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que obieren del primer marido, ó heredaren de los hijos del primero matrimonio: en los mismos casos el varon que casare segunda ó tercera vez, sea obligado á reservar la propiedad de ellos á los hijos del primero matrimonio. De manera que lo establecido cerca de este caso en las mugeres que casaren segunda vez, haya lugar en los varones que pasaren á segundo ó tercero matrimonio.,, Por tanto, tampoco puede el padre enagenar ni disponer de los bienes que ha de reservar, y á su seguridad estan igualmente afectos é hipotecados los suyos (*a*).

7 Las penas impuestas á los padres que teniendo hijos se casan mas de una vez, tienen lugar, aunque estos fallezcan, si dexan nietos ó biznietos, por haber la misma razon, y así pueden reivindicar la parte que se debia reservar á su padre ó ascendiente (*b*).

8 Los bienes que los ascendientes deben reservar á sus descendientes legítimos, son únicamente los que aquellos hubieron del cónyuge muerto ó de su línea, en cuya atencion si la madre hereda abintestado á alguno de sus hijos del primer matrimonio, tan solo deberá reservar para estos ó sus herederos lo que aquel hubo por muerte de su padre y no lo que adquirió por otro título, parte, línea, medio ó persona (*c*). Asimismo si el hijo que murió intestado despues de su padre, hubiese heredado á un hermano de este, no estará obligada su madre á reservar para los demas hijos, hermanos enteros del muerto, la herencia que le dexó su tio, porque no la adquirió por la línea ni persona de su padre, ni este tuvo nunca derecho á ella por haber muerto ántes que su hermano. Igualmente si habiéndose casado tres veces la madre, y tenido hi-

(*a*) Gom. lug. cit. n. 5. (*b*) Castill. ley 15 de Toro. Cast. de Usufruct. cap. 2 n. 12. Matienz. ley 3 tit. 1 lib. 5 R. glos. 2 n. fin. (*c*) Parlad. differ. 121 § 2 nn. 4 y 5. Greg. Lop. ley 26 tit. 13 P. 5 glos. 4. Matienz. lug. cit.

jos del primero y tercer matrimonio, heredare algo del segundo marido, de quien ninguno tuvo, no está obligada á reservarlo para los del primero ni tercero (*a*).

9 Si el padre ó la madre que pasó á segundas nupcias, sucediere á algun hijo del primer matrimonio y falleciere dexando pendientes los frutos de los bienes de este hijo, cuya propiedad debia reservar para sus hermanos; aunque parece que mediante adquirir el padre los frutos se dividirán entre su segunda muger y los hijos de ambos matrimonios como gananciales, del mismo modo que si ya los hubiera percibido; se han de restituir enteramente á los hermanos enteros del muerto deducidas las expensas, porque los frutos pendientes son parte del fundo que los produce, se conceptuan una misma cosa con él, se debe juzgar de ellos como de su propiedad, y de consiguiente deben pasar á quien pasa esta (*b*).

10 Si habiendo casado y dotado en vida padre y madre á alguna hija de entrambos, muriese aquella, y despues su hija abintestato sin sucesion, habiendo heredado á esta el padre mejorare á algun hijo del primero ó segundo matrimonio en el tercio y quinto de sus bienes, solo debe sacarse la mejora de los bienes propios del padre que son los que por su parte dió en dote á su hija, y por muerte de esta volvieron luego á él, como asimismo de los demas que este adquirió por otro título; y no de los que la hija hubo de su madre por su dote y herencia, porque el padre debe reservarlos para los hijos del primer matrimonio, quienes han de dividirlos entre sí con arreglo al testamento materno (*c*).

11 Si teniendo un padre dos hijos de un matrimonio muere abintestato el uno que habia heredado á su madre, recaen sus bienes en el padre, se vuelve éste á casar, y fallece tambien despues el otro hermano entero habiendo legado á algun extraño ó medio hermano el tercio de aquellos bienes suyos que fueron del hermano, cuya

(*a*) Parlador differ. cit. § 1 n. 9. (*b*) Avendañ. respons. 5 n. 5. Castill. de usufruct. cap. 2 cit. n. 38. (*c*) Castill. dich. cap. 2 n. 70.

propiedad debia reservarle su padre, por haberse casado segunda vez, y tambien el de todos los demas que poseia; no se ha de deducir de los bienes reservables del primer hermano muerto que serian para el segundo en propiedad, si viviera, sino tan solo de los que este poseia como suyos por otro título, y le pertenecian en propiedad y usufructo, porque por muerte de este último hijo adquirió el padre la propiedad de los bienes reservables, puesto que para que tenga lugar la reservacion, es indispensable que haya descendientes del matrimonio anterior, á quien hayan de pasar los bienes reservables; en cuya atencion no pudo dicho hijo disponer del tercio de estos, y sino tenia mas bienes, será ineficaz en todo el legado (*a*) (1).

12 Aunque si el padre nombró en su testamento á la madre por tutora de sus hijos, no está obligada á afianzar, como ni tampoco no estan los demas tutores testamentarios (*b*); una vez que por el hecho de contraer segundas nupcias pierde la tutela, y aun quando haya sido nombrada en el testamento paterno, tiene obligacion de dar cuentas, debe por consiguiente afianzar para continuar en ella, excepto que sea de los bienes heredados de algun hijo muerto abintestato (*c*); bien que Parladorio (*d*); á cuyo dictámen me inclino, dice que solo debe afianzar por los bienes muebles, y que así se deben entender Gregorio López y Matienzo que sienten lo contrario.

13 No procede lo expuesto en el padre, pues sin embargo de que se case muchas veces, no pierde la administracion ni usufructo de los bienes libres ni vinculados

(*a*) Tello ley 6 de Toro nn. 67 y 68. Avendañ. en ella glos. 10 n. 3

(1) Escobar opina lo contrario fundándose principalmente en que habiendo adquirido ipsojure el hijo por causa del segundo matrimonio la propiedad de los bienes de que se habla, puede enagenarla ó disponer de ella libremente en última voluntad como de qualquiera otra cosa suya no sujeta á ningun gravámen de restitucion. Ademas dice no hallarse prevenido en ninguna ley que para que el padre pierda irrevocablemente dicha propiedad, le haya de sobrevivir el hijo. Comput. 1 nn. 20, 21 y 22.

(*b*) Greg. Lop. ley 9. tit. 16 P. 6 glos. 5. (*c*) Ley 5 tit. 16 P. 6 y su glos. 2. (*d*) Differ. 121 § 2. Declaratio. octava.

de sus hijos, miéntras se hallan en su poder, en cuya atencion no debe afianzar por los raices, háyalos de su muger por legado, ó contrato lucrativo, ó por herencia del hijo muerto testado ó intestado, y sí solo por los muebles, los quales ante todas cosas se deben inventariar ó describir, y apreciar para restituirlos, ó su importe en la forma prescripta sin diferencia de la madre (*a*); bien que nunca he visto que el padre de buena conducta afiance por los bienes muebles ni los demas, mediante á no obligarle á ello ley alguna, y á que el derecho hace mas confianza de él que de la madre; y sí solo hacer la descripcion y aprecio, ó inventario y particion (*b*).

§. II.

De qué casos no estan obligados los viudos que se vuelven á casar, á hacer la reservacion á sus descendientes legítimos.

14 La obligacion de reservar que imponen las leyes al padre y madre que vuelven á casarse, no tiene lugar en los siete casos siguientes. El primero es, quando el hijo aunque haya muerto intestado, heredó algo de sus abuelos, ó de algun pariente, ó extraño, ó se le donaron, vendieron, ó permutaron, ó lo adquirió con su industria, ó recayó en él por otro título que no sea de sucesion, porque de esto no habla la ley, y así lo adquieren enteramente sus padres (*c*).

15 El segundo caso es, quando el hijo muere testado, pues tampoco está obligada la madre á reservar lo que le dexó en su testamento con título de institucion ó legado, porque entónces sucede principalmente por su expresa voluntad, como si fuera extraño, y no solo en virtud de la ley como quando muere intestado (*d*); bien

(*a*) Acev. ley 4 tit. 1 lib. 5 nn. 49, &c. y 54. Castill. de Usufruct. cap. 8 nn. 92 &c. y 98. (*b*) Vease á Castill. de Usufruc. cap. 3 nn. 92, &c. y 117. (*c*) Gom. ley 16 de Toro n. 2 vers. Duvium tamen. Matienz. ley 3 tit. 1 lib. 5 glos. 2 n. fin. (*d*) Matienz. lug. cit. nn. 15 y 16. Acev. ley 3 cit. n. 4 al fin. Gom. n. 2 cit. al princip.

que yo dudo de que atendida la ley 6 de Toro adquiera mas que la tercera parte, de la qual puede el hijo disponer libremente, y en la que sucede por su expresa voluntad; pues de las otras dos es su heredera forzosa tanto por testamento como abintestato sin diferencia, y así me parece que estarán sujetas á la reservacion, como he sentado en mi primera parte (*a*); no concediéndole el hijo facultad expresa para disponer de ellas.

16 El tercer caso es, quando su marido le dió algo en premio de su virginidad, nobleza, juventud, &c. porque esta donacion no es lucrativa sino remuneratoria, y así se aplicará y será comunicable á todos sus hijos (*b*). Pero esto se entiende, quando real y verdaderamente hay desigualdad notable entre el marido y su muger, sea en edad, calidad, ó en otra cosa semejante, y consta claramente que solo por este respecto y por via de remuneracion le hizo la donacion; de suerte que aunque hoy se estila pretextar indistintamente en todo los contratos nupciales la virginidad, nobleza y otras prendas de la novia para ofrecerle arras el novio, no se estimará de hacer la reservacion en caso de que no haya dicha desigualdad entre los dos, por no haber entónces propiamente donacion remuneratoria (*c*).

17 El quarto caso es, quando precedió y obtuvo licencia del Soberano para volverse á casar, pues como Legislador puede remitirle esta y las demas penas impuestas á las viudas que contraen segundas nupcias (*d*).

18 El quinto caso es, quando quedó viuda siendo menor de 25 años, aunque despues de casada segunda vez se hiciese mayor de ellos, porque la menor edad la releva de la pena de los que se vuelven á casar, como dicen los AA. (*e*) bien que acerca de esto hay sus dificultades, porque las leyes hablan generalmente, y no distinguen de menor ni mayor, ni le conceden expresa-

(*a*) Cap. 5 n. 2. (*b*) Palacios Rub. de Donat. inter vir. & uxor. § 50 n. 35. Covar de Matrimon. part. 2 cap. 3 nn. 2 y 3. (*c*) Leyes 7 al fin. t. 2 P. 4 y 9 t. 11 lib. 2 R. Morquech. de Divis. lib. 4 cap. 12 n. 38. (*d*) Ley fin. tit. 12 P. 4. (*e*) Cifuent. ley 15 de Toro. Gom. ley 15 cit. n. 6. Morquech. leg. cit. n. 4.

mente este privilegio, y así será por equidad y no de justicia.

19 El sexto caso es, quando su difunto marido le concedió licencia expresa para volverse á casar, pues puede remitirle la pena (*a*), y respecto saberlo y consentirlo no se le hace injuria. Lo mismo procede, si al tiempo de hacerle la donacion, expresa que en ningun caso quiere quede obligada á reservarla, sino que la adquiera, como si fuera patrimonial, y así se dividirán entre todos sus hijos los bienes donados.

20 Y el séptimo caso es, quando los mismos hijos siendo mayores de 25 años, le concedieron licencia ó consintieron en su casamiento, pues como establecida á su favor la pena, tambien se la pueden remitir (*b*). Pero para la mas clara inteligencia de este caso, y saber cómo ha de ser esta licencia, y quando por su concesion se perjudican ó no los hijos, es indispensable hacer distincion de los que pueden ocurrir.

21 El primer caso es, quando los hijos mayores de edad consienten en que su madre pase á segundas nupcias y le remiten expresamente toda injuria que les hace en ello, ó todo su derecho. En este caso es indisputable que adquiere para sí en propiedad y usufructo todos los bienes que tenia en poder suyo de su primer marido, y los que habian recaido en ella por sucesion de sus hijos, y estos habian adquirido de su padre (*c*).

22 El segundo es, quando los hijos tambien mayores consienten simplemente en que su madre se case, no renunciando expresamente el derecho y beneficio que la ley les concede, y entónces se debe decir lo mismo que en el caso anterior, pues por el hecho de consentir en el matrimonio es visto remitir su derecho (*d*). Lo expuesto en estos dos casos milita en los hijos menores interviniendo la autoridad de sus tutores para prestar su consentimiento y hacer la renuncia, y probándose causas le-

(*a*) Matienz. ley 3 tit. 1 lib. 5 glos. 2 n. 5. (*b*) Gom. dich. n. 6 vers. Et idem etiam est. Castill. de Usufruc. cap. 2 n. 93. (*c*) Menoch. consil. 237 nn. 16, 17 y 18 lib. 3. (*d*) Menoch. lug. cit. nn. 16 y sig.

gítimas y seguírseles utilidad del casamiento de su madre, y no en otros términos (*a*).

23 El tercer caso es, quando los hijos, aunque fuesen mayores y estuviesen presentes, callaron sin hacer ningun acto, ni gestion del que se infiera haber consentido en el matrimonio; en cuyo caso su mera presencia no les perjudica, porque no prueba su asenso, y por lo mismo no se liberta la madre de la pena de reservacion (*b*); pues una cosa es honrarla con asistir á su boda, y otra y muy diversa renunciar el derecho que la ley les concede, lo qual no es presumible, miéntras no conste. Ademas los hijos no necesitan hacer protesta para dexarle ileso (*c*).

24 El quarto es, quando los hijos mayores presenciaron el segundo matrimonio, no consintiéndole expresamente, ni renunciando su derecho, pero interviniendo juntamente con su presencia algun acto positivo exterior de su parte, con el que manifestaron su voluntad y consentimiento, en cuyo caso se perjudican.

25 El quinto es, quando los hijos que asistieron á la boda, no consintieron en nada expresa ni tacitamente, pero despues la ratificaron de una de estas dos maneras; y entónces pierden tambien el beneficio de la ley, del mismo modo que si al tiempo en que se celebró, hubiesen consentido, por ser lo propio lo uno que lo otro en quanto al efecto (*d*). La ratificacion es tácita, v. gr. quando en su vida no se quejan del segundo matrimonio, ó viven familiarmente con su madre, ó la aman á ella y á su padrastro, ó en vida ó muerte les donan algo, ó quando por otras conjeturas se infiere su asenso (*e*).

26 Y el sexto y último caso es, quando los hijos no presenciaron la celebracion del segundo matrimonio, de suerte que no pudieron consentir en él tácita ni expresamente, y despues que llegó á su noticia, remitieron á su madre la injuria, ó renunciaron expresamente su de-

(*a*) Menoch. consil. 237 cit. nn. 22, 23 y 24. (*b*) Menoch. lib. 3 præsumpt. 29 n. 90. (*c*) Baeza de Non meliorand. filiab. cap. 10 nn. 59 y 78. (*d*) Baez. lug. cit. n. 96. (*e*) Surd. consil. 91 nn. 21 y 22 lib. 1.

recho, en el qual caso es indubitado que se perjudicaron, y que la madre adquirió la propiedad de los bienes reservables (*a*).

27 La obligacion impuesta á la madre de reservar á sus hijos la propiedad de los bienes que su marido le dona ó le dexa, no procede de ningun modo en su usufructo, pues aunque sea tanto que con él compre y adquiera otros, no está obligada á reservarlos á sus hijos (*b*).

28 Aunque la madre viuda herede á algun hijo, y despues se case otro, no pierde por eso, ni debe restituirle el usufructo que desde que se volvió á casar, percibió de los bienes de su difunto hijo, y ántes bien debe gozarle toda su vida, porque no está comprehendido en el que la ley 48 de Toro concede al hijo casado, como lo funda muy bien el Señor Castillo (*c*).

29 Nada de los bienes que padre y madre adquieren y multiplican, mientras estan casados, deben reservar á los hijos de sus matrimonios anteriores, por haberlos lucrado con su industria y trabajo, que es titulo oneroso, segun lo dispone expresa y claramente la ley 14 de Toro (*d*).

30 Muriendo sin sucesion legitima algun hijo del matrimonio anterior despues de haber heredado á su padre, y habiendo dexado en su testamento, segun se lo permite la ley 6 de Toro, la tercera parte de sus bienes á uno de sus hermanos enteros, y las otras dos á su madre; si esta se volviere á casar ó al tiempo de su fallecimiento estuviese casada, y el hermano legatario del tercio muriere intestado sin sucesion, por cuya razon le hereda su madre abintestato; no estará obligada á reservar á los hermanos enteros dicha tercera parte, porque no provino inmediatamente del padre sino del hermano (*e*).

31 Si la madre enagena los bienes raices que tiene obligacion de reservar á sus hijos, aunque parece debe

(*a*) Sobre los seis casos puede verse á Castill. de Usufruct. cap. 2 nn. 110, &c. y 126. (*b*) Castill. lug. cit. n. 37. Parlad. diff. 121 § 2 n. 16. (*c*) De Usufruct. cap. 2 nn. 50, &c. y 55. (*d*) Es la 6 tit. 9 lib. 5 R. (*e*) Castill. lug. cit. nn. 60, &c. y 69.

perderlos, y que estos pueden quitarlos á sus poseedores en su vida, al modo que el usufructuario que enagenando los que usufructúa, ó el derecho de usufructuarlos, pierde el usufructo, el qual se consolida con la propiedad (*a*); valdrá la enagenacion durante su vida, y se revocará despues de su muerte, porque puede suceder que los hijos mueran ántes que su madre, y que por consiguiente los herede, lo qual es especial en la madre en este caso, y no milita en otro usufructuario; bien que si los enagena ántes de casarse y luego se casa, sin embargo de que parezca hecha en tiempo hábil su enagenacion, pueden reivindicarlos de los que los posean sin necesidad de hacer execucion en los maternos (*b*) (1).

32 Aunque permaneciendo viudo el padre es igual á la madre en el privilegio, no obstante, si casándose enagenáre algunos bienes de los hijos de su matrimonio anterior, sea ántes ó despues de casado, no pueden estos reivindicarlos del tercero poseedor, miéntras viva su padre, ni tampoco despues si aceptan su herencia, sin hacer previa excusion en los paternos, pues como herederos universales estan obligados á observar los contratos celebrados por su causante; de manera que solo en lo que les falte para completar el valor de los bienes que debian reservarse, podrán repetir contra su poseedor; pero si la renuncian, no necesitan hacer la excusion (*c*).

33 Por pasar á segundas nupcias no pierde la muger el usufructo que el marido le dexó de sus bienes simplemente y sin condicion de conservar viudedad, ó con la de que le gozase, miéntras viviese, segun ha de decirse del marido, si su muger le dexa por usufructuario (*d*): ni tampoco si se le lega con la condicion de, *si viviere*

(*a*) § 3. Institut. de Usufruct. arg. leg. 66 ff. de Jure dotium. (*b*) Gom. ley 15 de Toro n. 5 vers. Dubium tamen est, y vers. Item adde.

(1) Esto habrá de entenderse despues de muerta la madre por la misma razon que en el caso anterior. Vease la nota del n. 11.

(*c*) Ley 24 tit. 13 P. 5 y su glos. 9, 10 y 11. Covar. lib. 1 Var. cap. 8 n. 5. (*d*) Authent. De nuptiis, §. Si vero solum usufructum, y Authent. Hoc locum, Cod. Si mulier secundo nupserit.

casta y honestamente, pues por casarse no se debe decir que vive deshonestamente (*a*).

34 Pero sin embargo de que no pase á segundas nupcias, si despues de la muerte de su marido vive luxuriosamente, sea dentro ó fuera del año de su viudedad, no solo pierde la propiedad y usufructo de los bienes que su marido le dexó por via de herencia, legado, ó donacion graciosa, la tutela de sus hijos y las arras que le dió ú ofreció, sino tambien la mitad de gananciales que durante su matrimonio adquirió, si hay hijos de este, á los quales y no á ella se debe aplicar todo en dicho caso, porque milita mayor razon que si se volviera á casar, y no deben ser de mejor condicion la incontinencia y luxuria de la viudedad que la castidad del segundo matrimonio; lo qual no procede en su marido (*b*).

CAPÍTULO VI.

De los legados y condiciones que el testador puede poner en ellos: quando podrá revocarlos, ó se entenderán revocados: de donde se ha de deducir: si tendrá lugar en ellos el derecho de acrecer: quando se compensarán ó no con lo que alguno debe á su muger ó á otros acreedores, y con la décima del tutor de sus hijos: si pertenecen al legatario y como se han de dividir los frutos que el testador dexa pendientes en la cosa legada y los que produce despues hasta la entrega; y si revocándose el legado deberá restituir los que percibió.

§. I.

De la division de los legados y de las cosas que pueden ó no legarse.

1 La materia del presente capítulo es no ménos

(*a*) Gom. ley 15 de Toro n. 9 (*b*) Molin. de Primog. lib. 1 cap. 9 nn. 49, &c. y 55. Matienz. y Acev. ley 5 tit. 9 lib. 5 R. Vease el lib. 1 cap. 4 n. 40.

precisa para el partidor que las demas del tratado de particiones, y aunque toqué algo de ella en mi primera parte (*a*), la trataré ahora con mayor extension. La manda ó legado „es una donacion ó dádiva que el testador hace en su última disposicion á alguno, ó por su alma, ó por amor de Dios, ó por hacer bien á quien se la dexa (*b*).„ Las mandas se dividen en *forzosas* y *voluntarias*, y en *genéricas* y *específicas*. Las forzosas son las que los testadores de estos reynos tienen obligacion de dexar en sus testamentos para la redencion de christianos cautivos y conservacion de los Santos Lugares de Jerusalen, y para casar huérfanas, cuyo importe son 36 maravedis á lo ménos por una vez; y si los otorgan en esta corte ó en ocho leguas de su contorno, para los Reales hospitales de ella que deben percibir de cada uno 48 maravedis, ó lo mas que quiera (*c*). Y las voluntarias son las que dexa por hacer bien á los legatarios, á su alma, ó á la de otro.

2 Las mandas genéricas son las de cosas que consisten en número, peso y medida, como trigo, vino, aceyte, dinero, &c. ó las de otras que se dexen con nombre apelativo ó comun: v. gr. un caballo, una mula, &c. sin expresar qual. Para el percibo de estas compete al legatario accion personal é hipotecaria y no la reivindicacion, por no transferírsele su dominio ántes de su entrega (*d*), y puede pedirlas al heredero en el lugar en que habita, ó empieza á pagarlas, ó en el en que el testador las mandó satisfacer, ó está la mayor parte de sus bienes (*e*). Las mandas específicas son las que se designan con algun nombre particular, ó con ciertas señales, v. gr. una casa sita en tal parte con tales linderos, un caballo de tal pelo, edad y altura, &c. y de estas siendo propias del testador y hechas pura ó simplemente, se transfiere incontinente que fallece, sin necesidad de tradicion, el dominio al

(*a*) Cap. 1 §§. 8 y 9. (*b*) Leyes 6 tit. 6 y 1 tit. 9 P. 6. (*c*) Vease el n. 32 cap. 1 P. I. (*d*) Gom. lib. 1. Var. cap. 12 n. 7 vers. Si vero legatum. (*e*) Ley 48 tit. 9 P. 6 verb. Mas las otras cosas.

legatario, á quien compete la accion de reivindicacion, por lo que puede pedirlas al heredero, y este debe entregárselas en uno de tres lugares, que son: el en que habita, ó están, ó en el en que se halla la mayor parte de los bienes del testador, excepto que este prefina en qual debe hacerle su entrega (*a*).

3 No solo debe entregar al legatario el heredero la cosa especifica propia del testador que le legó simplemente, sino tambien todo lo que pertenece, y el incremento que tuvo desde que le fue legada hasta el dia que se la entregue, como lo dispone la ley 37 tit. 9 P. 6 que dice: „Entregar deve el heredero á aquel á quien fue fecha la manda de la cosa que el testador le mandó, con todo lo al que le perteneciesse aquella cosa mandada. E esto seria, como si le mandasse un solar, é despues que gelo oviesse mandado, ficiesse el testador casa, ú otro adificio en él: cá estonce aquel á quien fue fecha tal manda, deve aver tambien la casa como el solar. E esso mismo decimos que seria, si le ficiesse manda de un campo, é despues se acresciesse alguna cosa por avenidas de rios que le corriessen de cerca, ó se ayuntassen á él otras cosas, assi como árboles, ó fuesse hi (*allí*) puesta viña despues.„ Pero si el aumento se hizo en la cosa legada sabiendo el testador que era agena, nada de él ni de su estimacion debe llevar el legatario (*b*) (1).

(*a*) Leyes 34 y 48 tit. 9 P. 6. (*b*) Gom. lib. 1 Var. cap. 12 n. 16 Aillon. n. 18. Covar. Pract. cap. 2 n. 3.

(1) La ley inserta que declara pertenecer al legatario el incremento de la cosa legada, no distingue, si para este efecto ha de ser agena ó propia del testador, y por lo mismo le corresponderá en ambos casos. De lo contrario es de creer que la ley hubiera hecho semejante distincion, como la hace en las cláusulas siguientes. „Otrosí decimos, que debe aver aquel á quien es fecha la manda, los frutos de aquella cosa que le fuesse mandada, si era de aquel que la mandó, desde el dia que el heredero entre la heredad, por palabra, ó por fecho. Mas si la cosa mandada fuesse agena, develn comprar el heredero, é darla á aquel á quien el testador la mandó dar.„ Y por otra parte si el testador da algun aumento á la cosa legada, no ignorando que era agena,

4 Al modo que el aumento de la cosa legada pertenece al legatario, cede tambien en perjuicio suyo su diminucion ó menoscabo, por lo que si despues de haberle legado el testador una casa, fundo, ú otra cosa, enagenó parte de ella, no llevará mas que lo que quedó sin enagenar (*a*). Lo propio milita, si la casa se arruinó, pues únicamente le corresponderá el area, ó solar en que estaba edificada, que es el residuo (*b*).

5 Puede legar el testador no solamente sus bienes sino tambien los del heredero que instituye, sepa ó no que pertenecen á este, y estará obligado á entregar la manda al legatario ó su estimacion, aunque no se transfiere en él ipso jure su dominio, como quando lo legado es propio del testador. Esto procede, quando es único el heredero, ó aunque haya muchos, es gravado especialmente uno de ellos solo á la tradicion del legado; pues si son muchos, y se grava á todos á restituir, ó entregar la cosa que pertenece al uno, su dueño estará obligado parcialmente á entregarla, ó su estimacion á proporcion de la parte que le toque de herencia (*c*).

6 Tambien puede legar la cosa agena, y si al tiempo de hacerlo sabe que lo es, y acredita luego esto el legatario (1), vale el legado, y el heredero está obligado á comprarla, ó si su dueño no quiere vendérsela, á darle su valor. Pero si ignora que es agena, no vale el legado, ni por consiguiente tiene obligacion el heredero de dar su valor ó estimacion al legatario extraño; pues

manifiesta bastantemente que quiere ceda aquel en beneficio del legatario.

(*a*). Ley 8 ff. de legatis 1. (*b*) Ley 22 vers. fin. ff. de Legat. 1. (*c*) Gom. n. 14. Greg. Lop. ley 10 tit. 9 P. 6 glos. 2.

(1) Debe acreditarlo, ya porque el actor incumbe el cargo de probar, ya porque el heredero tiene á su favor la presuncion de que el testador no quiso gravarle con la adquisicion de cosa agena; pero á veces puede haberla grande por el legatario y de que aquel no ignoraba ser la cosa agena, como si otro tenia la posesion de esta, y el difunto no tuvo en ella ningun derecho, ni aseguró tenerle. Vinnio §. 4 de legat. nn. 7 y 8.

si es pariente, ó su muger, vale, y el heredero debe entregarle su valor, por presumirse que aunque supiera que era agena, se la habria legado por el afecto que es regular le profese. Y lo mismo procede, si lega lo ageno á un grande amigo ó criado suyo (*a*).

7 Igualmente puede legar lo que tiene empeñado ú obligado á alguno por ménos de lo que vale, en cuyo caso debe su heredero desempeñarlo y entregarlo al legatario. La misma obligacion tiene, si lo estaba por el tanto, ó por mas de su valor, supiese ó no el testador que al tiempo de legarlo estaba empeñado. Pero si quando lo legó, ignoraba el empeño, y el importe de este era menor que el valor de la cosa, debe desempeñarla el legatario, pues es visto que solo le legó el exceso (*b*); excepto que el legatario sea su pariente, ó persona á quien de qualquiera suerte siempre la hubiera legado, pues entónces debe el heredero redimirla y entregársela libremente (*c*).

8 Puede asimismo legar á su deudor la alhaja ó prenda que este le habia entregado y tenia en su poder para seguridad del débito; mas á los herederos del testador queda salvo su derecho para repetir contra el deudor por lo que le debia, porque no es visto habérselo remitido sino haberle legado solamente el derecho de prenda y dexado libre del empeño la alhaja (*d*); á menos que sea otra la voluntad del testador, la qual por no presumirse debe probar el legatario (*e*). Y si suponiendo el testador estar debiendo á alguno cierta cantidad, aunque fuese incierto, se la legase, se entiende haberse convertido en legado, y que su ánimo fue legársela, para lo qual supuso que se la debia, por lo que deberá dársela al heredero; y si fuese cierto el débito, tambien se la deberá dar y no mas, porque es visto haber querido pagárselo y compensarlo,

(*a*) Ley 10 tit. 9 P. 6 verb. Otrosí decimos. Gom. lug. cit. n. 13. (*b*) Así lo dispone expresamente la ley 11 tit. 9 P. 6. (*c*) Ley 6 Cod. de Fideicomis. (*d*) Ley 16 tit. 9 P. 6. (*e*) Leyes 1 §. 1 ff. de Liberation. legat. y 3 §. fin. ff. de Legat. 3.

pues la causa falsa no vicia el legado (*a*) (1).

9 Del mismo modo puede legar las cosas nacidas, y que no han nacido ni existen como hijos de ganados, frutos de tierras, árboles, &c. con tal que se espere su nacimiento ó existencia (*b*), porque pueden donarse, venderse, hipotecarse y enagenarse por qualquier contrato (*c*); y el legado de estas cosas se puede llamar condicional en quanto á la disposicion, obligacion y accion, porque esta no compete ántes que aquellas nazcan; pero no es condicional para el efecto de impedir la transmision de lo legado (*d*).

10 Si el testador legó alguna cosa que se hallaba en otro lugar, dudando si estaba ó no viva, debe el heredero dar caucion y seguridad al legatario, de que la buscará y de que hallada, se le entregará practicando á su costa las competentes diligencias, de suerte que el legatario nada tenga que expender (*e*). Y lo mismo procede, quando el testador sabe que existe, aunque en parage remoto, pues el heredero ha de buscarla á sus expensas y entregarla al legatario (*f*).

(*a*) Leyes 19 y 20 tit. 9 P. 6 Greg. Lop. en la 20.

(1) „Falsa, ó mentirosa razon diciendo el testador, dice la citada ley 20, quando ficiesse la manda, non le empece (*no le perjudica*), nin se embarga por ella. E esto seria como si dixesse mando á fulano ome que me fizo tal honra, ó tal servicio, tantos maravedis, ó tal cosa. Ca maguer (*porque aunque*) non fuesse verdad que le oviesse fecho aquella honra, nin aquel servicio: non se embargaria la mande por esta razon, ante es tenudo al heredero de la cumplir.» Esta ley se ha tomado sin duda del §. 31 Inst. de legat. mas á pesar de las razones; ó por mejor decir, sutilezas en que se apoya la expresada disposicion, me parece que generalmente hablando no se conforma, ó se opone á la voluntad del testador, quien sin ninguna ambigüedad dá á entender que dexa la manda por el motivo que expresa, y que no habiéndole no le dexaria. Por tanto, aunque no podemos contravenir á una ley tan terminante, deberán tenerse presentes estas palabras del Jurisconsulto Papiniano. »Es mas cierto que la causa falsa no obsta á la manda, porque la razon de legar no está anexa al legado (*aquí se atiende á una sutileza y no á la voluntad del testador*); pero las mas veces, ó casi siempre tendrá lugar la excepcion de dolo, si se prueba que de otra suerte no se habria dexado la manda. Ley 72 §. 6 de condit. et dem.

(*b*) Ley 12 tit. 9 P. 6. (*c*) Leyes 73 y 83 §. 5 vers. Pro quo, ff. de verbor. obligat. (*d*) Gom. lib. 1. Var. cap. 12 n. 24. (*e*) Ley 12 cit. (*f*) Greg. Lop. dicha ley 12 glos. 2.

11 Puede legar en igual forma las cosas incorporeas como los derechos y acciones que le competen contra algunos, y las servidumbres de casas ó fundos agenos. Y si despues de legado un débito le exîgiese del deudor, se entiende revocado el legado, y así no está obligado el heredero á entregar su importe al legatario; aunque lo contrario se ha de decir, si el deudor le satisfaciere sin pedírsele, porque entónces es visto que el testador quiso recibirle y tenerle guardado para el legatario (*a*).

12 Legando simplemente el testador, por exemplo, un fundo en que solamente tiene algun derecho ó esperanza cierta ó probable de adquirirle, ó parte en él, se entiende que lega únicamente tal derecho, ó tal parte, y no lo que no es suyo (*b*), ya lo sepa ó no, ya le dexe á persona conjunta ó á extraña, ya le pertenezca por razon de dominio ó por accion personal en virtud de contrato, y ya consiga ó no por otro título despues de dexado el legado la cosa entera; pues en todos estos casos se debe solamente al legatario la parte ó derecho que al tiempo de dexar el legado competia en ella al testador; si bien en este último se entiende, quando hizo mencion del dominio ó derecho diciendo: *Lego á Pedro tal cosa mia, ó el derecho que me toca en ella*; porque si dixo: *Lego á Pedro tal cosa*, comprándola ó adquiriéndola despues toda, se debe dar entera al legatario (*c*).

13 De lo expuesto se deduce que si el testador solo tiene el usufructo en la cosa, y la lega simplemente, es visto legar aquel, y que por consiguiente nada debe dar su heredero al legatario, porque el usufructo se acaba con su vida (*d*) (1). Asimismo se deduce que si el

(*a*) Ley 15 tit. 9 P. 6. (*b*) Leyes 5 §. fin. y 44 ff. de Legat. 1. (*c*) Gom. cap. 12 cit. n. 15 y Aillon n. 17. (*d*) Gom. n. cit. vers. Ex quo notabiliter infero.

(1) En este caso si el testador adquiriese despues la propiedad de la cosa legada, habrá el usufructo de pertenecer al legatario, y así lo dice la ley 24 ff. de legat. 1, que de otra manera tiene por inútil el legado; pero ademas yo opino que prescindiendo de lo dispuesto acerca de este punto en las leyes romanas y atendiendo á la voluntad del testador, deberán seguirse las reglas anteriormente expresadas en órden al legado de cosa agena, puesto que no teniendo el testador en la

testador instituye muchos herederos, y grava al uno á que dé á otro alguna cosa hereditaria, se juzga gravado solamente á darle su parte, que es el derecho que le corresponde en ella, y no obligado á comprar á los coherederos las suyas y dársela entera (*a*) (1).

14 Teniendo el testador muchas cosas de una especie como caballos, mulas ú otras, y legando una de ellas á un sugeto, y otra á otro sin distinguir, toca la eleccion al legatario nombrado primero, porque del hecho de nombrarle ántes se infiere que le tenia mayor afecto el testador (*b*).

15 Legando este cierta cantidad al hijo ó hija que le naciere, y naciendo dos ó mas, aunque parece que cada uno percibirá toda la legada, se ha de distinguir: si la legó simplemente, deben llevarla todos y dividirla igualmente entre sí, y si hizo el legado distributivamente, diciendo: *si algun hijo ó hija me nace, le lego tanta cantidad*, debe llevarla cada uno insolidum, porque es visto haberla legado enteramente á qualquiera de ellos (*c*).

16 Y si teniendo facultad para fundar mayorazgo de todos sus bienes á favor del hijo único con que se halla á la sazon, le funda con efecto, y por estar su muger pre-

cosa legada sino un derecho que se acaba con su muerte y no pasa al legatario; viene á ser lo mismo que si fuese enteramente de otro. Y ¿por qué, como se dice en otros casos semejantes, no ha de sostenerse el legado pudiéndose sostener? ¿por qué no ha de valer una disposicion del testador en los términos en que pueda valer?

(*a*) Ley 81 §. 4 ff. de Legat. 1.

(1) Yo diria, diga lo que diga la ley 81 §. 4 de Legat. 1, que en la especie presente, si hemos de atender á la voluntad del testador, el heredero gravado debe entregar al legatario la cosa legada íntegra y que se le ha de imputar toda en su porcion de herencia, ó únicamente la parte proporcional á la suya hereditaria, si aparece que solo se le nombró para cometerle el encargo de hacer la entrega, en cuyo caso todos los herederos satisfacen el legado á proporcion de lo que les pertenece. La ley citada se alega tan mal en el dia, como suelen alegar otras infinitas de Justiniano nuestros intérpretes sin considerar las diferencias del derecho romano al nuestro, ni la diversidad de circunstancias ni de tiempos.

(*b*) Gom. n. 18. Escobar comput. 10 n. 12. Burg. de Paz cons. 27 n. 21. (*c*) Gom. n. 19. Cancer. part. 3. Var. cap. 20 desde el n. 283.

ñada dice: » Que al hijo ó hija que le nazca, lega, v. gr. mil ducados por via de alimentos ;„ y le nacen dos gemelos varones ó hembras, ó varon y hembra, no se ha de dividir la cantidad legada entre los dos póstumos, y ántes bien cada uno la debe percibir toda (*a*).

17 Legándose á un sugeto una misma cosa en el testamento de uno, y á otro en el de otro, si uno de estos dos legatarios sucede despues al colegatario, puede conseguir por el testamento del uno la cosa legada, y por el del otro su estimacion, sin que obste el concurso de dos causas lucrativas (1), porque no proviene este de una sola persona sino de diversas, de las quales los derechos y acciones que les competian, se refundieron en una sola (*b*), y quando esto sucede, lo puede pedir todo (*c*). Mas para conseguir la cosa legada y tambien su valor ha de pedir y percibir primero este, pues si pide y consigue aquella, de modo que se halla en quieta y pacífica posesion de ella, no tiene derecho á pretender despues su precio (*d*): porque recibiendo ántes la cosa consigue todo el derecho y pleno dominio que se le debe,

(*a*) Greg. Lop. ley 32 tit. 9 P. 6 glos. 3 vers. Item pone quod habens.

(1) El concurso de dos causas lucrativas respecto á una misma cosa y persona es cierta especie de liberacion, por lo que si de la cosa que se debe por una causa lucrativa, se apodera plena é irrevocablemente el acreedor por otra causa lucrativa, se ha hecho de tal suerte suya que ya no puede hacerse mas, y el deudor quedará libre de su obligacion. En este sentido se dice que no pueden concurrir dos causas lucrativas acerca de una misma cosa y sugeto. Es verdad que si el acreedor obtiene la cosa por alguna causa onerosa, se hace tambien suya de modo que no puede hacerse mas; pero sin embargo el deudor de la misma cosa por causa lucrativa no queda libre, pues por haber el acreedor desembolsado el precio de ella, como que parece no la ha adquirido. Con esta explicacion que debo al célebre y elegante Arnoldo Vinnio (§. 6 Inst. de legat. n. 2) podrá qualquier lector entender lo que aquí se dice del *concurso de dos causas lucrativas*, y aparecerá con mas claridad que este no puede servir de óbice para que un legatario perciba la estimacion de una cosa y la cosa misma habiéndosela legado dos testadores.

(*b*) Gom. n. 20 vers. Et ideo est. Menoch. lib. 4 præsumpt. 173 nn. 2, 8 y sig. (*c*) Ley 22 ff. de His quæ ut indignis. (*d*) Ley 44 t. 9 Partid. 6.

el qual no recibe aumento (*a*); y percibiendo solamente su estimacion no consigue mas que el precio de ella que es muy diverso, y fácilmente se pierde ó consume, por lo que puede pedir despues al otro heredero la cosa legada, como que no se le ha entregado, ni está satisfecho plenamente de ella (*b*) (1). Lo propio milita por la misma razon, quando dos testadores legan en sus respectivos testamentos una misma cosa á uno, pues si quiere percibirla y su valor, debe demandar y exîgir este ántes que aquella (*c*).

18 Legando el testador todas las cosas que tiene de una especie ó género, y expresando la qualidad ó lo accesorio que solamente se halla en algunas de ellas, v. g. diciendo: „Lego todos mis caballos con sus ornamentos ó aderezos, todos mis anillos con sus piedras, todos mis fundos con sus aperos, &c. aunque parezca que únicamente corresponderán al legatario los que tengan lo accesorio ó la qualidad especificada por el testador, deberá llevar todos los de aquel género ó especie, ténganla todos, ó unos sí y otros no: porque se pone para declarar que ha de darse tambien al legatario con la cosa

(*a*) Leyes 17 § 1 ff. de Adquirend. posses. y 159 ff. de Reg. jur.
(*b*) Gom. n. 38 vers. Item adde quod idem est.
(1) La citada ley 44 de Partida admite la expuesta distincion que hace Justiniano en el § 6. Inst. de legat. Mas ¿se apoya en algun fundamento sólido? ¿es conforme á razon? Yo no titubeo en condenarla como vana y contraria á la voluntad de los testadores. Entiéndase enhorabuena que quien tiene la cosa, tiene asimismo su estimacion, y por el contrario que quien tiene la estimacion de la cosa, no tiene la cosa misma. Sin embargo, como los dos testadores quisieron favorecer al legatario, ha de disfrutar, perciba primero la cosa ó su estimacion, del beneficio de ámbos en los términos posibles, y la liberalidad del uno no debe obstar á la liberalidad del otro. Es evidente que quien lega una heredad que vale 10 pesos, quiere que el legatario, por el afecto que le profesa, perciba esta cantidad, aun quando consiga aquella, por habérsela legado otro al mismo tiempo; y si en algun rarísimo caso no fuese tal su voluntad, deberia acreditarlo el heredero, por estar la presuncion á favor del legatario, como en otros casos previenen las leyes: fuera de que si podria suceder que qualquiera de los dos testadores tuviese la expresada voluntad, tambien podria suceder que si hubiese sabido que el legatario habia de percibir la estimacion de la cosa, no le hubiese legado esta.
(*c*) Dicha ley 44.

principal á que está anexa, y no para que se le entregue solamente la cosa en que se halla; excepto que el testador lo limite expresamente, diciendo: „Lego mis anillos que tienen piedras, mis caballos que tienen jaeces, aderezos, ornamentos, &c. pues entónces se entienden legadas únicamente las que tienen la qualidad ó lo accesorio (*a*).

19 Si el testador lega á uno un fundo determinado ú otra cosa específica, y á otro cierta cantidad de dinero, y solamente se encuentra en su herencia el fundo ó cosa legada, ni será preferido el legatario de esta, porque en él se considere derecho mas poderoso por razon del dominio de ella que se le transfirió con la muerte del testador; ni el nombrado primero por creerse mas querido del testador, sino la dividirán á prorata de lo que la misma cosa y la cantidad legada importen (*b*); pues la voluntad del testador que quiso beneficiar á ámbos legatarios, se debe cumplir en todo lo posible.

20 Aunque el testador legue dos ó mas veces una cosa determinada, v. gr., viña ú otra á un legatario en un testamento, no está obligado su heredero á dársela, ni su estimacion mas que una vez. Lo mismo procede, si le lega cosa que consiste en número, peso ó medida, pues tampoco se entiende multiplicado el legado, y así solo llevará una cantidad, á ménos que pruebe haber querido que fuesen dos legados, y que percibiese ámbas cantidades (*c*), al modo que el que en contrato promete una cantidad dos ó mas veces, no está obligado á pagarla mas que una vez (*d*).

21 Legando simplemente el testador en su testamento cierta cantidad á uno, y despues la misma en codicilo ó en otra escritura, deberá su heredero entregárselas ámbas, no probando este la contraria voluntad del testador (*e*), ni habiendo habido alguna cierta causa para legar la cantidad segunda vez (*f*); pero si las cantida-

(*a*) Gom. n. 30. (*b*) Gom. n. 34 y Aillon n. 37. Castill. lib. 4 controv. cap. 51. (*c*) Ley 45 tit. 9 P. 6. (*d*) Ley 18 ff. de Verbor. obligation. (*e*) Ley 45 cit. (*f*) Leyes 18 ff. de Aliment. & cibar. legat. y 1 § 14 ff. de Dote prælegat.

dres son diversas y desiguales; las llevará ámbas el legatario, porque es visto haber querido mutiplicar el legado, ya le legue primero la mayor que la menor, ya por el contrario. Y lo propio milita, si le legó dos, la una puramente y la otra con condicion, pues se conoce que el testador quiso multiplicar el legado con añadir nueva y distinta qualidad, excepto que de su mente se infiera lo contrario: por manera que siempre que el testador varia el modo de dexar la manda á un mismo sugeto, sea en la cantidad, calidad, condicion, lugat, tiempo ó causa, es visto que quiere mutiplicarla (*a*).

22 Si el testador dice: „Lego mis vestidos, ó mi plata, mis caballos, ganados, &c.„ se entiende legar los que tiene, quando hace el legado, y no los que adquiera posteriormente, pues se circunscribe su voluntad al tiempo en que testa (*b*). Y lo mismo se entiende, si funda mayorazgo de todos sus bienes sin mas expresion, pues no se comprehenden en él los que adquiera en lo sucesivo (*c*).

23 Legando el testador cierta cantidad á las hijas de uno teniendo este tambien hijos varones, ó á sus hijos teniendo igualmente hijas; en el primer caso solamente percibirán la cantidad las hijas, porque debaxo del nombre de hijas no se comprehenden los varones; y en el segundo participarán tambien de ella, porque en el género masculino suele comprenderse el femenino, y no este en aquel, y lo mas digno no se contiene en lo ménos digno sino por el contrario (*d*).

24 Si habiendo legado el testador lo que tiene en cierta parte ó lugar, puso despues en él, ú otro con su consentimiento ó por su mandado algunas cosas, toca todo al legatario, aunque si por el contrario, este ú otro sin noticia de aquel las hubiese puesto, nada debe llevar de ellas (*e*). Pero si el testador manda sus vestidos ú otras cosas suyas de cierto género que tiene en parte determinada, aunque luego se pongan allí otras

(*a*) Gom. n. 38. (*b*) Ley 7 de auro, argento legat. (*c*) Greg. Lop. ley 32 tit 9 P. 6 glos. 3. (*d*) Ley 45 ff. de Legat. 2. (*e*) Leyes 33 §. 3 ff. de Leg. 2, 34 § 1 ff. de Legat. 3 y penult. § fin. ff. de Aur. argent. legat.

del mismo género, si no son suyas, no las llevará el legatario (*a*). La razon de disparidad consiste en que en este caso se refiere el testador á lo que es suyo, y esto es lo que lega y no mas; y en el anterior se refiere á lo que está en aquel parage que señala, por lo que sea ó no suyo, lo debe llevar todo, ó la estimacion de lo ageno.

25 Habiendo legado el testador á su muger ó á otro, v. g. el trigo que tiene en su trox, panera ó en otro parage, si despues de legado le consumió y en su lugar puso otro, pertenece este al legatario, y se le debe dar hasta la cantidad concurrente y no mas; porque se presume que su intencion y voluntad fue subrogarle en lugar del que tenia y gastó, y de consiguiente dexar subsistente la manda (*b*).

26 Si lega á alguno tanto quanto perciba ó perciban el heredero ó herederos que instituye, llevará el legatario la mitad de la herencia, y el heredero ó herederos la otra mitad, porque la proposicion indefinida equivale á la universal; y si le lega tanto quanto corresponde á uno de sus herederos, se le debe solamente la menor parte en que uno de estos sea instituido (*c*), pues en duda se entienden gravados en lo ménos que sea posible (*d*).

27 Imponiendo simple y absolutamente el testador á sus herederos el gravámen de dar al legatario, v. g. ciento, estan obligados á prorata á dárselos y no cada uno de por sí insolidum. Lo mismo procede, si instituyendo muchos herederos, dice: „Mando que mi heredero dé á Pedro ciento;„ porque esta proposicion es indefinida, y por ignorarse quál es el gravado, respecto nombrar muchos, equivale á la universal (*e*). Pero sucederá al contrario, si el testador dice: „Qualquiera de mis herederos dé á Pedro ciento;„ pues entónces todos y cada uno de por sí insolidum tienen obligacion de

(*a*) Gom. lug. cit. n. 49. (*b*) Gom. n. 50. (*c*) Castill. lib. 4 Controvers. cap. 33 y 44. Covar. lib. 2 Var. cap. 13 n. 9 vers. Sexto subinfertur. (*d*) Leyes 9 y 34 al fin. ff. de Regul. jur. (*e*) Gom. n. 51 vers. Et idem est y Aillon n. 54.

dárselos, porque por este modo distributivo de hablar es visto haber querido gravar enteramente á todos y á cada uno á la solucion de los ciento que legó; de suerte que tantos quantos sean los herederos, serán los cientos que perciba el legatario (a).

28 Si el testador lega una casa, y despues se arruina, quema ó destruye toda, se debe al legatario el area ó suelo que quede como parte de lo legado (b). Si en adelante reedifica sobre el area otra casa, no se le debe el area ni lo fabricado nuevamente en ella, porque es casa nueva y distinta de la primera (1): „ni tampoco se le debe el area, porque dexa de serlo, y tambien dexa de ser parte de la primera casa legada, y se constituye parte de la nueva que no se le legó. „ Si esta segunda casa se arruina ó quema enteramente, tampoco se debe el area, porque es parte de ella. Pero si poco á poco se fue cayendo, y el testador la fue levantando ó reedificando, se le debe no solo el area sino tambien el edificio, porque se contempla la misma casa legada, y dura aunque renovada. Y en fin si le lega solamente el area, y posteriormente construye en ella algun edificio, se debe tambien al legatario lo fabricado como aumento de lo legado (c).

29 Legando el testador á dos personas junta ó apartadamente alguna cosa: juntamente, v. gr. diciendo: „Mando á Pedro y Juan tal casa ó viña, &c.„ apartadamente, si dice en una cláusula: „Mando á Pedro tal casa,„ y luego en otra de la misma disposicion: „Que manda á Juan la

(a) Gom. vers. Secus tamen est, al fin. (b) Gom. cap. 12 cit. n. 41.

(1) Yo opino contra Gomez y Febrero que la nueva casa pertenecerá al legatario, ya por que habiendo de ser suyo el solar debe corresponderle lo edificado sobre él, ya porque la ley 37 que se cita y de la que se insertó parte en el n. 3 dice expresamente que si habiendo el testador legado un solar construyese despues sobre este alguna casa, le toca al legatario; y ya porque es evidente que edificando de nuevo el testador sobre dicho solar, quiere que pertenezca al legatario el edificio, mayormente quando de lo contrario hubiera revocado la manda. Nada obsta á lo expuesto, ni hace variar la voluntad del testador la frivola razon de que lo construido *es casa nueva y distinta de la primera.*

(c) Ley 37 tit. 9 P. 6. Gom. n. cit. vers. Ulterius y vers. Quod ad secundum. Aillon n. 44.

propia casa; „ deben partirla con igualdad los legatarios, porque á cada uno se dexó simplemente é insolidum; y ya sean conjuntos ó separados en la cosa y palabras; ó disyuntos en estas y juntos en aquella, ninguno ha de llevar mas. Y si alguno de ellos muere ántes que el testador, ó renuncia su parte, ó sobreviene algun impedimento, por el que no puede adquirirla, se acrece al otro, sea dividua ó individua (*a*).

30 Y si uno de estos legatarios sucede al otro, puede aceptar la parte que le corresponde, y repudiar la perteneciente al colegatario, ó por el contrario, si á uno de los dos impuso gravámen el testador y al otro no (*b*), excepto que conste manifiestamente haber querido que el uno llevase la cosa y el otro su estimacion; pues entónces el legatario que sucede al otro, lo conseguirá todo porque hace de dos personas (*c*), y quando los derechos de dos concurren en la de uno, se consolida enteramente en este el de ámbos y podrá pedirle (*d*).

31 No puede el legatario aceptar en parte y en parte repudiar el legado que le hizo el testador en una cláusula y oracion, aun quando sea por exemplo de una cabaña ó cosa semejante en que se comprehenden otras muchas, pues se estiman por un solo cuerpo y legado (*e*).

32 Muriendo el legatario despues que el testador sin haber aceptado ni repudiado el legado, si dexa varios herederos, pueden uno ó mas de estos aceptar sus partes, aunque los otros no quieran las suyas, sea la manda de una cosa absolutamente sola, ó de cosa que comprenda muchas, porque el legado, y su obligacion y accion se dividen proporcionalmente entre ellos, y así podrá cada uno aceptar ó repudiar su parte, porque acepta ó repudia todo lo que le toca (*f*). Pero ninguno de los herederos del legatario podrá admitir ó reusar parte de la que le corresponde (*g*).

(*a*) Ley 33 tit. 9 P. 6 y su glos. 6. (*b*) Ley 12 ff. de Legat. 1 (*c*) Arg. ley 33 ff. de Legat. 1. (*d*) Gom. n. 20. (*e*) Ley 36 tit. 9 P. 6. (*f*) Dich. ley 36. (*g*) Gom. cap. 12 n. 33.

33 No milita lo expuesto, quando el testador hace el legado por partes en diversas cláusulas y oraciones, pues entónces se permite al legatario que acepte la parte que quiera, y repudie la que no le acomode, porque en este caso viene á haber muchos legados separados y por tales se estiman (*a*).

34 Lo mismo procede, si le lega muchas cosas determinadas en una cláusula, pues puede aceptar la que quisiere y dexar las demas; pero si le lega dos, la una con gravámen y la otra sin él; v. g. cien pesos y un siervo, con tal que le dé libertad; no ha lugar á la admision de la una sin la otra, y si no quiere libertar al siervo, no percibirá la cantidad legada, y sin embargo quedará libre (*b*).

35 Dexando el testador á un legatario de dos cosas la que quisiere elegir, si elige la una, no puede arrepentirse, y tomar despues la otra, porque no se le permite; y si dexa la eleccion al arbitrio de un tercero, y este no la hace dentro de un año, la puede hacer el legatario, pasado que sea (*c*). Pero si despues de haber elegido se le quitare en juicio la que eligió, por ser agena, podrá pedir y tomar la otra, como si no hubiese hecho la eleccion (*d*).

36 Si dexa á dos junta ú separadamente una de sus cosas, diciendo que elijan la que quisieren, y el uno no se conforma con la eleccion del otro, deben echar suertes y ha de elegir aquel á quien toque, el qual está obligado á pagar al otro la parte que le corresponde del valor de la cosa. Y si se legó á uno dexándole la eleccion, y muere sin haberla hecho, y sus herederos discuerdan en ella, deben hacer lo propio (*e*).

37 Comprando el legatario ó adquiriendo por otro título en vida del testador ó despues de muerto la cosa agena que este le legó, sea del verdadero dueño ó de un tercero, sea con ignorancia ó ciencia de que se

(*a*) Gom. n. 33 cit. (*b*) Dicha ley 36. (*c*) Ley 25 tit. 9 P. 6 (*d*) Rox. de incomp. part. 5 cap. 6 nn. 87 y 88. (*e*) Ley 29 tit. 9 P. 6.

le habia legado, y era agena, no pierde la manda, y así puede pedir su estimacion, háyasele dexado pura ó condicionalmente (*a*). Mas si la compra á su heredero, no podrá exîgir su valor, porque es visto renunciar el legado.

38 Siendo del testador la cosa legada, si la dexó condicionalmente ó á dia cierto, y durante su vida ó despues de ella la compró ó adquirió de su heredero el legatario con ignorancia ó ciencia, pendiente el dia ó la condicion, pueda pedir tambien su valor, luego que llegue el dia ó se cumpla la condicion (*b*). Y habiéndose legado puramente, si el legatario durante la vida del testador ó despues de ella la compra, ó adquiere ignorantemente del heredero, tiene derecho á su estimacion (*c*); mas no si la compra con cierta ciencia de estarle legada, por creerse que renunció la manda (*d*).

39 Si el testador instituye heredero gravándole con algun legado, y le da substituto, es visto ser gravado tambien este, y así debe dar al legatario la misma manda que el heredero instituido, porque en duda se entiende repetida, sea vulgar, pupilar ó fideicomisaria la substitucion: excepto que aparezca tácita ó expresamente lo contrario de la voluntad del testador, como quando grava al instituido con que dé una cosa al legatario, y al substituto con que entregue otra diversa: ó quando la causa por la que gravó al heredero, no tiene lugar en el sustituto, &c (*e*).

40 El testador puede libertar á sus deudores de lo que le deben, y este legado de liberacion no solo aprovecha á ellos y á sus herederos sino tambien á sus fiadores, aunque por el contrario haciéndose á estos no aprovecha á ninguno de los demas (*f*).

41 Pero es de notar que la confesion del débito hecha en testamento ó en codicilo, no le prueba, ni el testador puede ser reconvenido por él, pues solamente

(*a*) Leyes 34 § 7 y 45 ff. de Legat. 1. (*b*) Leyes 45 cit. 91 ad leg. Falcid y 29 de Action. empt. (*c*) Ley 84 § 5 ff. de Legat. 1. (*d*) Ley 77 ff. de Adquir. heredit. (*e*) Leyes 74 de Legat. 1, 61 § 1 ff. de Legat. 2 y 14 ff. de Jur. Codicillor. (*f*) Gom. cap. cit. n. 82.

tiene fuerza de legado, excepto que sea jurada y hecha por via de contrato en presencia de la parte que la acepte (a), y así el sugeto, á cuyo favor la hace, no puede en su virtud usar de accion alguna por la deuda, si no la justifica por otros medios legales, porque se convierte en legado ó fideicomiso por la tácita voluntad del difunto que para dexarle supuso haber débito (b).

42 Por la remision ó liberacion del débito hecha en contrato ó en disposicion última es visto remitirse el puro, vencido y de presente, no el condicional ó á dia cierto, excepto que se exprese otra cosa (c); y en la general solo se comprehenden las deudas personales á favor del difunto, no las reales ó hipotecarias; de modo que si uno posee alguna cosa de este, sobre la qual podia ser reconvenido por la reivindicacion ó por otra accion real, no se entiende comprehendida en el legado de remision, y así el heredero puede repetirla del poseedor (d).

43 De quatro maneras puede hacerse el legado de liberacion: la primera, expresamente: la segunda, diciendo el testador: dexo ó lego á Juan mi deudor lo que me debe: la tercera, diciendo: Mando ó gravo á mi heredero á que no pida á Pedro lo que me debe; y la quarta, legando al deudor el instrumento, vale ó escritura que formalizó para la seguridad de la deuda (e). Y si el testador lega á un tercero el instrumento de ella, es visto legarle la misma deuda y gravar á su heredero á que se le entregue, cediéndole las acciones correspondientes para su cobranza (f): lo qual sucede tambien en los contratos, pues si el tal instrumento se vende, dona, ó transfiere por otro título, se entiende vendida, donada, ó transferida la cosa ó accion contenida en él (g).

44 Quando se legan á los menores los alimentos has-

(a) Valenz. Consil 174 nn. 27 y 28. Gutierr. de Juram. confirm. part. 2. cap. 6 n. 5. (b) Leyes 75 §. 1 ff. de Legat 1, 88 §. 10 ff. de Legat. 2 y 93 §. 1 ff. de Legat. 3. (c) Gom. n. 82 cit. vers. Item adde quod facta. (d) Gom. n. 82 cit. vers. Item adde quod in tali. (e) Gom. n. cit. vers. Pro cujus perfecta. (f) Ley penúlt. tit. 9 P. 6. (g) Gom. n. cit. vers. Confirmatur.

ta la pubertad, ha de ampliarse esta en los varones hasta los 18 años y en las hembras hasta los 14, ya por piedad, y ya porque hasta dicha edad no pueden adquirir regularmente con su industria lo necesario para vivir (a), excepto que el testador prefina hasta quando se les ha de contribuir con ellos, y no señalando este el tiempo se les han de dar por toda su vida. La cantidad que en todos casos se les ha de dar, si quando vivia, los alimentaba, y no se la consigna, ha de ser la que les daba al tiempo que falleció; y si en vida variaba, dándoles unas veces mas y otras ménos, ha de dárseles la que al mas cercano de su muerte solia darles (*). Por alimentos se entienden la comida, el vestido, calzado y la habitacion, no la enseñanza, sino es que el testador la exprese (c); por lo que si este dexa alimentos á alguno ó lo necesario para vivir, se comprehende en ellos lo dicho (d): si le lega los alimentos diarios, se le debe dar únicamente la comida (e); y para hacer una regulacion prudente y caritativa, quando se han legado simplemente sin señalamiento de quota, ni constar quando daba el testador al legatario ó á otros de su condicion, se ha de atender á esta, y á las facultades y rentas de los bienes de aquel (f), sin que por no ser bastantes las rentas se deba enagenar la propiedad de sus bienes.

(a) Escobar comp. 4. (b) Ley 14 ff. de Aliment. et cibar. legat. (c) Leyes 6 y 7 ff. de Aliment. et cibar. legat. (d) Ley 2 tit. 19. P. 4. (e) Ley 21 ff. del mismo titulo. (f) Ley 24 tit. 9 P. 6.

§. II.

Qué condiciones puede imponer el testador en los legados: quándo estará obligado el legatario á cumplirlas y percibirá el legado; y si se entienden repetidas en el substituto.

45 De seis modos puede hacer los legados el testador; á saber, *puramente, á dia cierto, con condicion, baxo de cierto modo, con alguna señal ó demostracion, y con causa* (*a*). Se entiende hecho *puramente* el legado, quando el testador lega alguna cosa ó cantidad sin prefinir tiempo, dia, condicion, ni calidad que suspenda pedirle ni entregarle; y al que alega no haberse dexado puramente, incumbe la obligacion de probar la condicion, dia ó calidad puestos en él.

46 Se dice legado *á dia*, quando el testador le dexa, sea de cosa ó cantidad, señalando el dia ó tiempo en que se ha de entregar y se puede pedir. En este legado si el dia es cierto, v. gr. *Mando á Pedro cien ducados para la próxîma Navidad*; nace la accion de pedirle y la obligacion de pagarle ántes que llegue, y se transfiere su dominio en el legatario y en sus herederos despues de muerto el testador, aunque el legatario fallezca ántes que el heredero acepte la herencia (*b*) (1), y así puede pagarle este

(*a*) Ley 2 tit. 4 P. 6. (*b*) Ley 34 tit. 9 P. 6.

(1) En dos casos errores incurrió aquí Febrero. El primero es decir que en el exemplo que propone de legado á cierto dia, nace la accion de pedirle y la obligacion de pagarle ántes que aquel llegue. Si hubiese dicho que ántes del dia nacia la accion á pedirle y la obligacion á pagarle para quando llegase, habria dicho lo mas que en este punto puede decirse con fundamento y verdad; pero Febrero abanza mas de lo que abanzó el derecho romano, segun el qual, aunque el dia cierto no impedia que se debiese ántes de él lo prometido ó legado, servia de óvice para que no se pudiese pedir. El segundo error es afirmar que el dominio de lo legado á dia cierto se transfiere despues de muerto el testador y ántes que aquel llegue, en el legatario y en sus herederos. Febrero habla en su exemplo de cierta cantidad de dinero, y esta nunca puede adquirirse sin la percepcion; mas aun quando el legado fuese especifico, no podria pasar su dominio al le-

ántes que venga el dia ó tiempo prefinido, porque es preciso que llegue. Y si el dia es incierto, v. gr. *Mando á Pedro cien pesos para quando cumpla 25 años, ó Juan tenga 20*; en atencion á que puede no llegar, se tiene por condicion, ha lugar en este legado lo que en el condicional, en que es preciso cumplirla para percibirle (*a*), y ántes que el dia llegue, no se transfiere el dominio de la cosa legada en el legatario (*b*). Si al menor se dexa algun legado ó fideicomiso para quando sea de edad legítima, ó pueda administrar sus bienes, se entiende para quando tenga 25 años (*c*), lo qual procede, aunque impetre la venia para su administracion (*d*).

47 Pero si el legatario muere ántes que llegue el dia, pasa á sus herederos el legado, como si fuera puro (*e*), de lo qual se sigue, que si el testador hace una manda en estos términos: *lego á María cien ducados, los quales tendrá en su poder mi heredero, y se los entregará, quando tome estado*; y muere la legataria ántes de tomarle, se transmite á sus herederos: lo primero, porque se hizo

gatario ántes de llegar el dia; pues seria un absurdo que pasase á otro el dominio de una cosa ántes del tiempo en que quiso transferirle su dueño, y aun ántes del tiempo en que aquel pensó adquirirle. De otra manera un acto tendria mas virtud y eficacia de la que su autor quiso tuviese. La ley de partida que cita Febrero, no prueba nada de lo que afirma. He aquí las palabras de ella que hacen al proposito. »E aun decimos, que luego que el testador es muerto, pasa el señorío de la cosa que es assí mandada, á aquel á quien es fecha la manda. E magner (*y aunque*) muera ante que el heredero del testador entre la heredad, ó ante que él entre la posesion de aquella cosa que le fue mandada, por todo esso heredará aquella manda el su heredero, que oviere derecho de heredar los otros sus bienes de aquel á quien fue fecha. E esto seria, si la manda fuesse dada en tal manera, que fuesse fecha puramente, ó á tiempo cierto: mas si fuesse fecha so condicion, non seria assí." Quando dice la ley que el dominio de lo legado pasa al legatario, luego que muere el testador, habla en general de las mandas; y quando hace mencion de la hecha á dia cierto, es para decir que se transmite al heredero del legatario, aun quando este fallezca ántes de percibir la manda, ó de aposesionarse el heredero de la herencia, sin embargo de que lo contrario sucede en el legado condicional.

(*a*) Ley 31 tit. 9 P. 6. (*b*) Ley 26 ff. de Usu et usufructu, &c. (*c*) Ley fin. ff. de Condition. & demonstrationib. (*d*) Gom. cap. 12 cit. n. 58. (*e*) Gom. n. 57 vers. Aliquando, & secundo.

pura ó simplemente, difiriendo despues su solucion para el tiempo de tomar estado, en cuyo caso no contiene condicion sino dia y dilacion para pedirla ó hacerla (*a*), y lo segundo, porque siempre que la condicion no se refiere á lo sustancial de la manda sino á su execucion ó entrega, es transmisible (*b*): de suerte que entónces la voluntad del testador no fue privar de ella á la legataria por no tomar estado sino ántes bien beneficiarla en qualquier caso, y que incontinente adquiriese derecho á la manda, y para que no la gastase, que su heredero la tuviese en depósito, miéntras le tomaba, pues de lo contrario lo expresaría.

48 Si el padre teniendo hijos legítimos mandó á una hija natural, v. gr. mil ducados para casarse, los quales cabian en el quinto, y ántes de tomar estado muere la hija viviendo su madre, percibirá esta dicha cantidad, ya porque el legado fue puro, no modal ni condicional, y quando el modo puesto por el testador es respectivo solamente á la comodidad del legatario, no se halla obligado este á cumplirle, ni por tal defecto dexará de percibir el legado; y ya porque como la hija tenia derecho á los alimentos, es visto haberle hecho su padre el legado en parte de pago de estos; y así debiéndosele en vida, puede retenerle ella ó su heredero por via de excepcion, de suerte que aunque la hija no quiera casarse, se le debe el legado (*c*).

49 Con *condicion* se pueden hacer el legado é institucion: v. gr. *Lego á Pedro tal alhaja ó le instituyo por mi heredero, si hiciere esto, ó si sucediere tal cosa.* La palabra *si* indica condicion y la *para* modo (*d*). Las condiciones son de varias clases: unas se llamen *potestativas*, y son aquellas cuyo cumplimiento depende de la mera voluntad y facultad de aquel á quien se imponen, como *dar ó hacer alguna cosa, ir á cierto lugar propinquo*

(*a*) Leyes 5 Cód. Quando dies legati cedit y 40 §. 2 ff. de Condit. & demonstr. (*b*) Ley 26 §. 1 ff. Quando dies legator. cedat. Mantic. de Conjectur. lib. 11 tit. 18 n. 21. (*c*) Ayor. part. 2 q. 7. vers. Sed nunc incidenter. (*d*) Parlador differ. 147 n. 1.

y fácil, &c. (*a*) las quales debe cumplir el heredero ó legatario despues de la muerte del testador para la percepcion de la herencia ó legado.

50 Otras se llaman *casuales ó contingentes*, y son las que solo dependen de la casualidad ó fortuna, y pueden cumplirse ó no: v. gr. *Si tal navio viniere de las Indias, si Pedro ascendiere á tal dignidad, si tal cosa aconteciere, &c.* en cuyos casos y otros semejantes de qualquiera naturaleza y qualidad hasta que se cumple la condicion, no tiene derecho el legatario á la manda, ni el heredero extraño á la herencia (*b*).

51 Otras se llaman *ciertas ó necesarias*, las quales tienen la apariencia de casuales, y no lo son, por lo que es preciso se cumplan: v. gr. *si Pedro muriere, &c.* y así no hacen el acto condicional, ni suspenden su virtud ni efecto, y de consiguiente el legatario y heredero pueden pedir la manda y herencia, luego que muere el testador (*c*), porque fueron puras, como si no hubiera condicion (*d*).

52 Otras son *mixtas de casuales y potestativas*, y se llaman así, porque su cumplimiento depende de la voluntad del hombre y de la casualidad: v. gr. *Hacer algun contrato ó negocio con alguno, contraer matrimonio con cierta persona, ir á tal parte, venir de tal tierra, &c.* y en estos casos y otros semejantes es forzoso se cumpla la condicion, para que el legatario perciba la manda y el heredero extraño la herencia (*e*).

53 Se pueden cumplir estas condiciones así en vida del testador como despues de su muerte, porque no dependen enteramente del legatario ó heredero, y el testador solo atiende á que tengan efecto, y no al tiempo en que se ha de verificar su cumplimiento (*f*).

54 Otras son de *presente*, otras de *pretérito* y otras de *futuro*: de presente, v. gr. *Si esto es así, lego tal cosa á Juan*: de pretérito, v. gr. *Si Juan hizo tal cosa, ó si esto sucedió*: de futuro, v. gr. *Si la hiciere, ó si sucedie-*

(*a*) Ley 7 tit. 4 P. 6. (*b*) Ley 8 tit. 4 P. 6. (*c*) Dicha ley 8. (*d*) Góm. cap. 12 cit. n. 63. (*e*) Ley 9 tit. 4. P. 6. (*f*) Góm. n. 61.

re. Las dos primeras siendo verdaderas obligan al instante, y no suspenden el acto, por lo que el legatario y el heredero percibirán el legado y la herencia; pero sino son ciertas, es nula é ineficaz la disposicion. Las de futuro ningun efecto causan al presente, y sí solo hay la esperanza de que le surtirán con el tiempo (*a*).

55 Otras son *expresas* y otras *tácitas*. Se llaman expresas las que el mismo testador pone por su propia boca en la institucion ó legado; y tácitas las que en alguna disposicion se entienden puestas por derecho, aunque el testador no las ponga, lo qual sucede en muchos casos, de los quales se han expuesto varios en los lugares oportunos de esta obra.

56 Otras consisten en *dar* y otras en *hacer*, y siendo posible lo que el testador manda dar ó hacer, no percibirán el legado ó herencia el legatario ni heredero hasta que lo cumplan. Pero si la condicion es *prohibitiva*, como quando le encarga que no dé, ó no haga tal cosa, y puede cumplirla, debe dar la caucion *Muciana* con fianzas de que no la dará ó no hará, para que se le entregue el legado, porque de lo contrario no le percibirá; y si despues de percibido procede contra lo prometido, ha de restituir el legado con frutos (*b*). Si el testador manda al legatario que jure darla ó hacerla, se tiene por no puesto el juramento, aunque sin embargo no ha de percibir lo que le legó, hasta que cumpla su mandato; y si el juramento es sobre cosa pasada ó presente, debe hacerle y de lo contrario nada tomará del legado (*c*).

57 Otras condiciones son *posibles* y otras *imposibles*: posibles son las que de hecho por naturaleza, ó derecho pueden cumplirse: imposibles, las que por ninguno de estos medios se pueden hacer ni cumplir, ó que son contra buenas costumbres; de hecho, v. gr. *lego á Pedro tal cosa, ó le instituyo por mi heredero, si tocare al cielo con el dedo, ó si diere á Juan un monte de oro*: por naturaleza: *si el hijo fuere mayor en el nacimiento que su*

(*a*) Ley 21 tit. 9 P. 6. (*b*) Leyes 7 y 14 tit. 4 y 22 tit. 9. P. 6. (*c*) Ley 6 tit. 4 P. 6.

padre: *si el calor enfriare*, *ó el frio calentare*: por derecho: *si el hijo no alimentare á sus padres pobres pudiendo*: *si Juan se casare con muger que le está prohibido casarse*. Estas condiciones y otras semejantes como ridículas, desarregladas é imposibles se consideran no puestas, de suerte que por no cumplirse no se invalida la institucion ni legado (*a*); si bien en los contratos sucede lo contrario, pues de qualquiera forma y naturaleza que sean, los vicia y anula la condicion imposible afirmativa, aunque no la negativa necesaria: v. gr. *me obligo á darte tanta cantidad, sino tocares con el dedo en el cielo*; pues es constante que ninguno puede tocar ni llegar al cielo, y así quien se obliga, debe cumplir lo que promete (*c*).

58 Baxo de cierto modo se pueden hacer tambien los legados, por lo que se llaman *modales*, como quando el testador lega á uno alguna cosa ó cantidad, porque dé ó haga algo, cuyo *porque* que parece causal, equivale á *para*, y así la virtud y efecto de este legado son que el legatario no pueda pedirle, ni se le deba entregar ántes de cumplir el modo con que se le hizo, sin dar caucion ó fianza y seguridad de cumplirle (*d*); excepto que el testador quiera expresa ó tácitamente que ántes que se le entregue, le cumpla, pues entónces no basta la fianza. Esto procede, aunque el testador añada condicion al modo diciendo: *lego á Pedro cien ducados con la condicion de que dé ó haga esto*; pues será modo y no condicion, porque mas se atiende á su mente y voluntad que á las palabras con que la declara; y siempre que quiere que lo que ordena, se cumpla ántes que su disposicion, será *condicion*, y si despues, será *modo* (*e*), el qual no suspende la disposicion (*f*). Ademas, faltando la condicion se irrita ó invalida ipso jure la disposicion, y no se transmite la herencia al sucesor; pero aunque falte

(*a*) Ley 3 tit. 4 P. 6. (*b*) §. 10 Inst. de Inutil. stipulat. (*c*) Ley 17 t. 11 P. 5. Pueden verse las dos notas del n. 170 c. 1 P. 1. (*d*) Ley 21 tit. 9 P. 6. (*e*) Leyes 44 ff. de Manumis. testam. y 2 al fin ff. de Donat. (*f*) Leyes 41 ff. de contrahend. emption. y 1 y sig. Cod. de his quæ sub mod.

el modo, no se anula, y debe cumplirse (*a*).

59 Cumpliendo el legatario el precepto del testador adquiere dominio irrevocable en la cosa legada, pero ántes de cumplirle, aunque dé fianza, solamente se le transfiere el revocable, de suerte que si no le cumple, debe restituirla con frutos (*b*); y el legado hecho baxo de modo se transmite á los herederos del legatario, por lo que así como este puede conseguirle cumpliéndole, así tambien aquellos (*c*); é igualmente se les transmite la facultad de dar la caucion de cumplirle. Quando el testador se explica con palabras que pueden aludir al *modo*, ó á la *condicion*, mas bien se ha de creer el primero que la segunda (*d*).

60 Se hacen tambien los legados con *demostracion*; esto es, con alguna señal ó algun aditamento que designe la cosa legada: en cuyo caso si la demostracion es verdadera, vale el legado, y si es falsa, tambien vale regularmente: v. gr. *Lego á Pedro tal cosa que compré á Juan, ó me donaron*; pues aunque no fuese comprada ni donada sino adquirida de otra suerte, es válido el legado: ó si dice: *lego á Pedro tal alhaja porque me hizo tal servicio*; pues aun quando no haya hecho lo que el testador supone, vale la manda (*e*) (1). La razon consiste en que la demostracion ó solemnidad extrínseca puesta en ella no es necesaria, y así no debe viciarla, pues la que interviene en algun acto sin que se requiera para su validacion, no le vicia: lo qual milita no solo quando la manda es específica sino tambien de cantidad, si se lega esta como cuerpo ó especie, y exîste, porque sino exîste, es nula: v. gr. si el testador dice: *Lego á Pedro tanta cantidad que tengo en tal arca ó gaveta*, y no se encuen-

(*a*) Acerca de esto vease á Parlad. diff. 147. (*b*) Ley 21 tit. 9 P. 6 y su glos. 10. (*c*) Leyes 109 ff. de Conditionib. & demonstrationib. 5 §. 6 ff. Quando dies legator. cedat. y Unica §. 9 Cod. de Caduc. tolliend. (*d*) Dicha ley 109 y en ella Imola. (*e*) §. 30 Instit. de Legat.

(1) Este segundo exemplo lo es de un legado casual y pertenece al n. sig. donde se pone el mismo exemplo. Por tanto, padecio aquí Febrero una de sus muchas y crasas equivocaciones.

tra, no es válida la manda, por no constar de tal cuerpo ó especie legada (*a*) (1).

(*a*) Gom. cap. 12 nn. 74 y 75.

(1) La regla de que la demostracion falsa tocante á la cosa legada no vicia la manda, puede padecer muchas excepciones, sino por causa de tal demostracion, por razon de algun otro aditamento ó de alguna otra circunstancia; y así en todo legado hecho con dicha demostracion debe exáminarse atentamente la voluntad del testador que habrá de observarse. Y en órden al error que puede padecerse en el nombre del legatario ó de la cosa legada, acerca del qual no habia Febrero, no será fuera de propósito insertar en este lugar las leyes 9 y 28 t. 9 P. ó que tratan de dic o error. Ley 9. »La persona de aquel á quien es fecha la manda, debe ser puesta, é nombrada ciertamente, de guisa (*de manera*) que puedan saber qual es, ó por su nome, ó por otras señales, ca si cierta non fuesse, non valdria la manda. E esto seria, como si el testador oviesse dos amigos que oviesse el uno nome assí como el otro, é dixesse assí: mando á fulano mio amigo tantos maravedis, ó tal cosa, é non dixesse el sobrenome (*apellido*) de aquel á quien lo mandava. Ca pues que no se puede saber ciertamente qual de aquellos sus amigos quisiera el testador que oviesse aquella manda, por ende (*por tanto*) non vale, nin es el heredero tenudo de la cumplir. Pero si fuesse cierta la persona de aquel á quien fuesse mandada, maguer errasse el testador en el nome, ó el sobrenome de aquel á quien la ficiesse, non empeze (*no perjudica*) tal yerro, nin se embarga por ende la manda.» Ley 28. »De legatis tertio en latin, tanto quiere decir en romance, como una razon que es escrita en el derecho, que muestra, por qué palabras pueden ser dexadas las mandas. E decimos, que por todas palabras que ayan entendimiento (*sentido*) que sean guisadas (*razonables*), é convenibles para espaladinar (*declarar*) las cosas que el facedor del testamento quiere mandar á otri, pueden ser otorgadas, é puestas las mandas en los testamentos, ó en el codicilo que alguno ficiere, ca si de otra guisa las dixesse, non valdria la manda: é esto seria, como si el testador oviesse voluntad de mandar oro á alguno, é dixesse que le mandava laton: creyendo quel oro avia tal nome, ca estonce non valdria tal manda, maguer aquel á quien fuesse fecha, quisiesse probar que su intencion del testador era de mandarle oro, é non laton. E esso mismo decimos que seria en todas las otras cosas que han nomes generales, en que acuerdan los omes comunalmente en cada tierra en nombrarlas: assí como plata, ó vino, ó pan, ó paños, ó vestiduras, é todas las otras cosas semejantes destas. Ca en qualquier de estas cosas sobredichas, si el testador errasse el nome de la cosa que mandasse, diciendo otro nome, é non el suyo, cuidando (*creyendo*) que aquel que el le decia era su nome, no valdria la manda. Pero en las cosas que han nomes señalados, assí como son los omes, non seria assí. Ca maguer el testador errasse en el nome de algun ome, diciendo otro nome, é non el suyo, cuidando que aquel era su nome que el le decia, valdria la manda, é non se embargaria por tal yerro, si fuere

61 Pueden asimismo ser *causales*, ó hacerse con causa los legados, como si el testador dice: *Lego á Pedro tanta cantidad ó tal alhaja, por haberme hecho tal obsequio*, en cuyo caso vale el legado, aunque no le hubiese hecho el obsequio (*a*): lo qual se entiende, sepa ó ignore el testador que la causa es verdadera ó falsa, excepto que su heredero pruebe que á saber que no era cierta, no haria el legado, pues entónces esta excepcion le vicia (*b*). Y se puede probar verdadera ó presuntivamente: verdaderamente, si el testador lo dixese ó protestase delante de testigos; y presuntivamente, quando la causa es respectiva á la consanguinidad ó afinidad: v. gr. *Lego á Pedro tanta cantidad porque es mi pariente*; pues no siéndolo no vale el legado (*c*).

62 Ultimamente pueden hacerse los legados é instituciones de un modo alternativo, como si dice el testador: *Pedro ó Juan sea mi heredero*: *A Pedro ó Juan lego tal cosa*: en cuyos casos todos han de admitirse igualmente (*d*) (1).

63 Poniendo el testador al legatario ó heredero mu-

probado que su entencion era del testador, que aquella persona que nombró oviesse tal manda. Otrosí decimos, que quando los facedores de los testamentos usan tales palabras en las mandas, diciendo: mando, é quiero que fulano aya tal cosa, ó placeme, ó tengo por bien que la aya: ó dice al heredero, creo que tú darás tal cosa á fulano, ó déxolo en la tu fe que lo cumplas: ó dice el testador, quiero que el mio heredero faga tal cosa. Ca usando el testador qualquier destas palabras sobredichas quando ficiesse la manda, ó otras semejantes dellas porque pueda ser entendida la entencion, ó la voluntad del, valdria la manda que assí fuesse fecha."

(*a*) Ley 20 tit. 9 P. 6. (*b*) Ley 72 §. 7 de condit. & demonstration. (*c*) Gom. n. 76. (*d*) Ley 4 Cod. de Verbor. & rerum significat.

(1) Segun se dice en la ley 4 del código citada, hubo ántes de Justiniano tal diversidad de opiniones sobre la institucion ó legado alternativos que podia escribirse acerca de ellas un no pequeño libro; y dicho Emperador para cortarlas mandó que tales institucion y manda se tuviesen por copulativas, de suerte que lo mismo es decir, Pedro ó Juan sea mi heredero, que Pedro y Juan sean mis herederos; pero bien pudo Febrero pasar en silencio una institucion y un legado que acaso no se habrán hecho nunca, ni se harán jamas, aunque por otra parte es cierto que puede haber equivocacion al tiempo de escribirlos.

chas condiciones juntas en forma copulativa que se dirigen á diversos fines, deben cumplirlas todas para poder percibir el legado ó herencia: v. gr. *mando á Pedro tal cosa, ó le instituyo por mi heredero, si diere tanto á pobres, fuere en romería á tal santuario é hiciere tal iglesia.* Y si las pone disyuntiva ó separadamente: v. gr. *mando á Pedro tal cosa, si diere tanto á pobres, ó fuere á tal romería*; basta que cumplan qualquiera de ellas (*a*).

64 Lo propio milita, quando aunque esten puestas copulativamente, miran á un solo fin: v. gr. *si Pedro muriese sin hijos, y fuere Presbítero, sea mi heredero Juan, ó substituyo á Juan*: pues como la mente del testador es proveer de substituto por la carencia de los hijos que origina tambien el presbiterato, basta que sea Presbítero, para que el substituto pueda llevar la herencia. Y lo mismo procede en la substitucion (*b*).

65 Si pone una condicion á muchos, basta que qualquiera de ellos la cumpla, ó que se verifique en uno, para ser válida la institucion ó legado (*c*). Y si instituye ó dexa muchos herederos ó legatarios, á unos con condicion y á otros sin ella, percibirán estos inmediatamente la parte de herencia ó legado que les toque, como instituidos ó nombrados pura ó simplemente, y aquellos no tomarán nada, hasta que cumplan la condicion; excepto que habiendo practicado en tiempo oportuno las diligencias conducentes no puedan conseguir su cumplimiento; pues por no tener culpa ninguna se tiene la condicion por cumplida (*d*).

66 Regularmente hablando debe el legatario cumplir la condicion posible que le impuso el testador, segun expresó este, pues no basta que la cumpla de otra suerte, ni de un modo equivalente (*e*).

67 Siendo *causal* la condicion puesta al legatario no pasa al substituto, ni se entiende repetida en su persona (*f*); pero si es *potestativa ó mixta*, se cree haberse re-

(*a*) Ley 13 tit. 9. P. 6. (*b*) Greg. Lop. ley 13 cit. glos. 1. (*c*) Dicha ley 13. (*d*) Leyes 12 y 14 tit. 14 P. 6 y su glos. (*e*) Leyes 44 y 45 ff. de Condit. & demonstrat. (*f*) Molin. de primog. lib. 3 cap. 5 n. 57. Castill. lib. 2 controv. cap. 4 nn. 37 y 38.

petidó en el substituto ó conjunto, ó en aquel á quien pasa el legado, porque en aquella solo se atiende á que se cumpla la carga ó gravámen (*a*): excepto que sea coherente á la persona, y nadie mas pueda cumplirla, como *casarse*, *aprender cierta ciencia* y otras semejantes (*b*) (1).

§. III.

De la revocacion de los legados: quándo se entienden revocados, y de dónde se deben deducir, dexe el testador herederos legítimos ó extraños.

68 Como la voluntad del testador es variable hasta la muerte, puede revocar siempre que quiera los legados que hizo expresa ó tácitamente. Será *expresamente*, quando en la misma disposicion, ó en otra posterior dice que los revoca, ó revoca la disposicion en el todo, ó solo en quanto á ellos, ó la cancela por sí propio, ó manda á otro que la cancele, mas no, si este lo hace sin su órden (*c*); *y tácitamente*, quando se presume é infiere de su mente, pues al modo que los puede dexar por señales, lo puede revocar tambien por estas (*d*), aunque hubiese hecho la entrega de ellos (*e*).

69 Se entienden revocados, quando despues de hechos se originó enemistad capital entre el testador y el legatario, aunque si luego se reconciliaren, convalecen por la nueva y tácita voluntad del primero (*f*).

70 Lo mismo procede, quando la cosa legada se pierde, ó muere despues sin culpa del heredero ni negligencia en su custodia; y dudándose si se perdió por su culpa, ó se escondió con su noticia, debe dar seguridad de

(*a*) Ley Unica §. 4 Cod. de Caducis tollend. (*b*) Gom. lib. 1. Var. c. 12 nn. 37, 80.

(1) Para saber quando se entiende repetida la condicion en el substituto, la principal regla que puede darse, es que se exâminen bien las palabras de la disposicion, la condicion misma, las circunstancias de las personas, &c.

(*c*) Ley 39 tit. 9 P. 6. (*d*) Gom. cap. 12 cit. n. 56 Castill. lib. 4 Controv. c. 37 nn. 1, &c. y 38, y cap. 59 nn. 8 y 9. (*e*) Gom. ley 17 de Toro n. fin. (*f*) Leyes 2 y 3 §. fin. ff. de Adimend. legat.

que hallada que sea, la entregará. Si entiende haber tenido culpa, quando no lo guardó ni hizo guardar como sus mismas cosas, ó tardó de intento en entregarla, ó tuvo en esto negligencia, pues entónces perece por su culpa (*a*).

71 Igualmente se entiende revocado, quando por contrato lucrativo como donacion enagenó del todo el testador la cosa legada; y aun si fue por contrato oneroso como venta, si lo hizo por su mera y libre voluntad; mas lo contrario se ha de decir, si la enagena por necesidad que en duda se presume, á ménos que el heredero pruebe no haberla tenido (*b*): lo qual se amplia, aunque despues de enagenada la redima, ó compre al que se la compró (*c*).

72 En los propios términos se entiende revocado el legado, quando lega lana, madera ó cosa semejante, y despues hace paño de la lana, y casa, nave ú otra cosa de la madera, porque dexan de ser lo que eran, y se transforman en otras cosas (*d*).

73 En el legado de lana hecho simplemente se comprehende la trasquilada y separada del cuerpo del animal, esté sucia ó lavada, carmenada ó sin carmenar, ó peinar, hilada ó sin hilar como tambien la piel que la tiene, por no haberse trasquilado, no la que está pegada al cuerpo del animal, ni la hecha tela ó teñida. Pero en el lino es al contrario, pues esté hilado, y hecho tela ó no, se incluye de todos modos en el legado, porque el precio de la lana se aumenta por teñirse y hacerse tela mucho mas que el del lino por las mismas causas (*e*) (1), por lo que en este no hay distincion como en aquella.

(*a*) Ley 41 tit. 9 P. 6. (*b*) Leyes 17 y 40 tit. 9 P. 6. (*c*) Ley 15 ff. de Adimend. legat. (*d*) Ley 42 tit. 9 P. 6. (*e*) Gom. cap. 12 cit. núm. 55.

(1) Esta razon prueba que hay mayor fundamento para que en el legado de la lana no se entienda comprehendida la teñida y hecha tela, que para que en el del lino no se contenga el teñido y texido: no prueba empero que en este legado deba entenderse comprehendida la tela. La diferencia que hay entre una y otra manda, y que hace al propósito, es que baxo la palabra *lana* nunca se comprehende la tela

74 Legando el testador una carreta ó carro que tiene su mula ó bestia para tirar de él, le debe haber el legatario con esta, aunque el testador ninguna mencion haga de ella, quando se la lega; pero si la bestia se muere, se revoca el legado, excepto que el testador en vida ponga otra en su lugar, pues entónces subsiste y queda firme por la subrogacion de esta en el de aquella (*a*) (*1*).

75 No se revoca el legado, quando despues de hecho empeña ó hipoteca el testador la cosa legada, y ántes bien su heredero tiene obligacion de desempeñarla y entregarla libremente al legatario (*b*); pues aunque la prenda ó hipoteca es especie de enagenacion, no lo es propia plena y perfecta, porque no pasa su dominio al que da el dinero, como en la verdadera venta y enagenacion, por lo que si se empeña por tanto como vale, y no hay esperanza de redimirla ó pagarla, es visto re-

fabricada con ella, y baxo la palabra lino muchas veces se contiene el lienzo hecho de él. Sin embargo para decidir con acierto qué es lo que comprehenden ámbos legados, debe inspeccionarse la voluntad del testador y atender á la significacion que las voces *lana y lino* tengan en cada país.

(*a*) Dicha ley 42 verb. Otrosí decimos.

(*1*) Los compositores de las Partidas se dexaron arrastrar en la citada ley 42 de las sutilezas del derecho romano y no reflexionaron sobre la voluntad del testador. Si este quiso favorecer al legatario con un carro y la bestia destinada para él, tambien querrá favorecerle con el carro solo, si aquella muere: si quiso favorecerle con lo mas, tambien querrá favorecerle con lo ménos: sino puede cumplirse en un todo su voluntad, cúmplase al ménos en la parte que sea posible. Nada importa que no se pueda hacer uso del carro sin una bestia que tire de él, ni que por esta causa haya mudanza substancial ó notable en el legado; pues lo que hace al caso es que el carro por sí solo tiene su valor, que si el legatario le enagena, percibirá su estimacion, y que si le conserva por necesitarle para sus propios usos, no tendrá que desembolsar el precio de otro. Si se lega una casa y despues se quema ó arruina, se debe el solar al legatario, segun ya se ha dicho, y por mas que hayan sutilizado los intérpretes, ciegos admiradores de la Jurisprudencia Romana, solo se encontrarán entre ámbos casos vanas razones de diferencia. Vease al docto Magistrado Mora y Jarava en *los errores del derecho civil* (cap. 3 §. 9) donde impugna sólidamente como injusta y contraria á la mente del testador la resolucion del Jurisconsulto Paulo en la ley 49 de legat. 2 que dice, *no se deben, muerto el buey legado, ni su cuero ni su carne.*

(*b*) Ley 3 Cod. de Legat. y §. 12 Inst. de Legat.

vocarse el legado, porque se supone vendida por dicho precio (*a*).

76 Tampoco se revoca, quando legó la cosa y su valor; pues aunque la enagene despues, se debe al legatario su estimacion (*b*): ni quando sin embargo de haberla enagenado no la entregó, porque como subsiste en su poder, no se transfirió su dominio (*c*): ni tampoco pueden repetir el testador ni sus herederos los legados que pagaron, valiéndose del pretexto de haber sido hechos en testamento imperfecto por razon de solemnidad, y de ignorar esta excepcion que les favorecia, á ménos que sean soldados, mugeres, menores, ó labradores rústicos, pues á estos sufragarán dichas excusas (*d*).

77 Si los legatarios particulares fallecen ántes de adquirir derecho á sus legados, ó no los adquieren por algun impedimento legal, se acrecen á la herencia, lo que no sucederá, quando hay legatario, ó mejorado en el quinto, pues como los legados se sacan de este entre descendientes legítimos y son parte suya, y no del residuo de la herencia, deben volver, ó por mejor decir, no se debe desfalcar el quinto en su importe, y ha de entenderse que el testador no los hizo. Lo propio milita con el tercio entre ascendientes en igual caso, no mandando lo contrario en ámbos el testador.

78 Si este dexa legado vitalicio, v. gr. á un hijo Religioso que renunció sus legítimas á su favor, ó á otro, aunque en este caso algunos partidores sacan de la herencia el importe de 10, 15, ó 20 anatas con consideracion á lo que segun su edad y robustez puede vivir el legatario, y se las entregan; lo mejor es baxar de la herencia el capital correspondiente al legado anual regulado á un tres por ciento, é imponerle, dándole facultad para percibir los réditos durante su vida, y despues de esta partirle los herederos; ó consignarle en una finca el legado para el propio efecto y dividirla por su falleci-

(*a*) Gom. n. 56 vers. Secundo intellige. (*b*) Ley 22 ff. de legat. 1 (*c*) Arg. leg. 27 §. 3 ff. de Instruct. vel instrum. legat. (*d*) Ley 31 tit. 14 P. 5 y su glos. 1.

miento, y de esta suerte ninguno sale perjudicado: lo qual se entiende, no habiendo otro convenio de los interesados, toque ó no al legatario mas cantidad por su legítima que el capital de la consignacion; pues si le hubiere, se ha de estar á él, respecto á que ninguna ley habla de este caso, y su pacto, siendo justo, se debe observar.

79 Si marido y muger que testan de conformidad, se legan alguna finca adquirida por ambos constante el matrimonio, se entiende legar cada uno al otro el derecho que tiene en ella, que es la mitad, y así se sacará del cuerpo del caudal y se le aplicará por entero: la mitad como legado del difunto, y la otra mitad como suya, si testando entre herederos legítimos le cabe la mitad, y si no, lo que quepa, y el residuo en cuenta de su haber.

80 Si teniendo el testador ascendientes ó descendientes legítimos, dexa á extraños tantas mandas, ó legados pios ó graciosos que no caben en el quinto ó tercio, se ha de mirar á quanto ascienden estos, y quanto mas importan los legados juntos: v. gr. si es mitad, tercia, quarta, quinta, ó sexta parte; y de cada uno ha de deducirse proporcionalmente el exceso, habiendo separado ántes el importe del funeral y misas, por no entrar en el prorateo, de modo que todos juntos se reduzcan á la cantidad de que pudo disponer, llevando cada legatario pio ó gracioso á proporcion de lo que importaba el suyo, pues al que legó 60, debe tocar mas que al que 40, y al que 30, mas que al que 20 y por consiguiente ha de baxárseles ménos (*a*). Y no deben ser preferidos los nombrados primero, sean ó no de distinta clase ó esfera, porque se presume que el testador profesó á todos igual afecto (*b*).

81 Si dexa á uno el quinto, y hace ademas tantos legados á otros que no caben en él, se han de prorratear entre todos los legatarios y el del quinto, despues de

(*a*) Cifuent. ley 30 de Toro n. 2. Escob. computat. 10 n. 5. (*b*) Escob. n. 4.

baxadas las deudas contra el caudal, y los gastos funerarios y misas, haciendo una cuenta de compañía, mirando quanta es la cantidad legada de mas á cada uno, y detrayendo respectivamente de cada legado lo que le corresponda. Lo propio milita, quando tiene hijos, y así á estos como á extraños hace tantas mandas que no caben en el tercio y quinto; bien que en este caso se ha de mirar que no toque nada del tercio á los extraños, porque es legítima de los hijos, entre los quales se debe repartir proporcionalmente segun la disposicion del testador, por lo qual solo en el quinto tendrá cabimiento respecto á todos el prorateo de lo legado á los hijos que no quepa en el tercio. Lo mismo se ha de observar, quando lega á un extraño el quinto, y hace á algunos de sus hijos ciertos legados de cantidad ó genéricos, en cuyo caso estos se han de sacar del tercio hasta en lo que alcance, lo que falte, ha de deducirse del quinto, y al legatario extraño ha de darse el sobrante de este ó su total, si las mandas de los hijos caben en dicho tercio: porque como tuvo facultad para mejorarlos en él y tambien de legar el quinto entero al extraño, es visto haber querido que se pagasen del tercio á los hijos sus mandas hasta en lo que alcanzase, y que el extraño percibiese todo el quinto ó su residuo, si faltaba algo para completar las de sus hijos ó descendientes; pues de lo contrario podria ser ilusorio el legado del quinto, y perjudicado el legatario, al qual tal vez nada quedaria que tomar, y no se cumpliria la voluntad del testador que quiso le llevase en todo lo que permite la ley; pero los gastos funerarios, misas y legados pios se han de sacar del quinto y no del tercio. Los legados pios sufrirán la deduccion del mismo modo que los voluntarios, excepto que el testador lo prohiba (*a*).

(*a*) Parlad. lib. 1. Rer. quotid. cap. 18. Escob. n. 8. En órden á si se ha de hacer igual deduccion de los legados especificos, vease al mismo Escobar nn. 9 y sig. y la I. P. cap. 1 nn. 117. donde sigo la negativa por razon del dominio que inmediatamente que fallece el testador, adquieren en ellos los legatarios.

§. IV.

Si tendrá lugar el derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares.

82 Tiene lugar regularmente el derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares, ya sea haciéndose el legado de una cosa entera á dos ó mas personas juntamente en una cláusula, v. gr. „mando á Pedro y Juan una viña que tengo en tal parte;„ y estos se llaman conjuntos en la cosa y en las palabras, y su conjuncion real y verbal: ya sea en cláusulas separadas: v. gr. diciendo el testador en una, „mando á Pedro tal viña, y en otra, mando á Juan la misma viña;„ y estos se llaman conjuntos en la cosa, y disyuntos ó separados en las palabras, porque se mencionan en diversas cláusulas: en cuya atencion si uno de ellos muere ántes que el testador, ó viviendo este renuncia la parte que le corresponde en el legado, ó acaece otro motivo que impida su percepcion, se acrecerá su propiedad y pleno dominio al otro, ó mas conjuntos (*a*): porque dicha conjuncion induce cierta presuncion de voluntad y afecto del testador al legatario que sobrevive, conceptuándose que si fuera solo, le dexaria todo el legado, y así es visto haberle substituido vulgarmente en la parte que tocaba al otro, y no quiso ó no pudo percibir (*b*).

83 No ha lugar al derecho de acrecer, quando no hay conjuncion, que es quando el testador lega cosas distintas, ó divide la legada en partes ciertas y diversas: v.g. „lego á Juan la mitad de tal viña y á Pedro la otra mitad;„ pues en este caso como cesa la razon expuesta, ninguno adquiere mas derecho que á la parte que le dexa, y así renunciándola se incorpora en la herencia (*c*) (1).

(*a*) Ley 33 tit. 9 P. 6. (*b*) Gom. lib. 1 Var. cap. 10 n. 38. Castill. de Usufruct. cap. 48 nn. 3 y sig. (*c*) Castill. cap. 48 cit. nn. 16 y sig. Cardos. de Jure accrescendi illatio 6 n. 2.

(1) Teniendo justamente lugar el derecho de acrecer en los exem-

84 Asimismo no ha lugar, quando falta el legado por defecto del legatario, ó comete delito, por el qual debe aplicarse al fisco, pues tampoco se acrece al conjunto (*a*): ni despues que el legatario percibió su parte excepto en el usufructo (*b*): ni en los alimentos (*c*): ni en otros varios casos que recopila Gregorio Lopez (*d*).

§. V.

Si los legados que haga el testador á su muger, acreedores y tutor que nombre, se han de compensar con la dote, bienes parafernales, arras y gananciales que tocan á la primera, con lo que debe á los segundos, y con la décima que corresponde al tercero.

85 La dote no se debe compensar con el legado ó legados que el marido hizo á su muger, y así no solo ha de llevarla toda sino tambien aquellos, á ménos que hubiese dicho expresamente que se los dexaba por compensacion de ella, ó que conste claramente que este fue su ánimo; y aun no tendrá lugar la tal compensacion, legándole una cantidad igual á la de la dote (*e*), ó el usufructo del todo ó parte de sus bienes, por lo que todo se le aplicará (*f*). Y los herederos del marido no pueden diferir la restitucion de la dote legada con pretexto de las expensas hechas en ella, excepto que hubiese sido necesario hacerlas (*g*).

86 Asimismo quando el testador lega á su muger al-

plos del núm. anterior, parece que tambien debe tenerle en el presente segun la voluntad del testador y dexando aparte toda sutileza, pues en aquellos se entiende legada á cada legatario la mitad de la viña, que es lo mismo que se especifica en este.

(*a*) Ley 7 ff. de Legat. 2. (*b*) Ley 1 §. fin. ff. de Usufruct. legat. (*c*) Menoch. lib. 4 præsumpt. 158 n. 2. Mantic. de Conjectur. lib. 10 tit. 3 nn. 25 y sig. (*d*) Ley 33 tit. 9 P. 6 glos. 6 vers. Nunc vero. (*e*) Gom. lib. 1. Var. cap. 12 n. 27 vers. Quod extende. (*f*) Véase á Castill. de Usufruc. cap. 46. (*g*) Bars. de Viduis cap. 2 q. 43 nn. 1, 2 y 3. Sobre si estas expensas, sean útiles, necesarias ó voluntarias, se entienden tambien legadas, véase al mismo.

guna heredad ú otra finca afecta especial ó generalmente á la responsabilidad de su dote, tampoco se compensará en todo ni en parte con ella, excepto que así lo exprese ó conste ser esta su voluntad (*a*). Igualmente no se compensa el legado hecho á la muger con los bienes parafernales que los herederos del marido deben entregarle ó satisfacerle.

87 Por lo respectivo á las arras que el marido promete á su muger, tampoco ha lugar su compensacion con el legado del quinto ú otro que le hizo, pues el débito de ellas fue voluntario en el principio á causa de estar en su arbitrio el ofrecérselas, y en las deudas voluntarias que son las que se deben por pacto sin distincion de género, especie, ni cantidad, no se admite compensacion con el legado, excepto que conste de la voluntad del testador; y mucho ménos ha lugar, si las arras estan entregadas á la muger, porque con el débito ya pagado no se hace compensacion (*b*). Y si el testador tiene ascendientes ó descendientes al tiempo que se casa, y viven algunos de ellos ó todos al de su fallecimiento, se compensará el importe de las arras con otro tanto del quinto ó tercio, deduciéndose del uno de estos y no del cuerpo de su caudal (*c*).

88 Tocante á los gananciales, si el marido hace á su muger algun legado, no se ha de compensar con la mitad que le toca de ellos, sino que se ha de deducir del caudal propio del marido, segun lo dispone expresamente la ley 16 de Toro, que es la 7 tit. 9 lib. 5 R.

89 Si el marido lega á su muger todos sus vestidos y joyas, no se entiende que se los manda dos veces, caso que no esten consumidos los que al tiempo de hacerle el legado le tenia entregados, porque dos causas lucrativas no pueden concurrir en una persona acerca de una misma cosa (*d*), á ménos que conste lo contrario de la voluntad del testador; pero en órden á los demas vestidos y

(*a*) Greg. Lop. ley 16 tit. 9 P. 6 glos. 3 vers. Sed quid si debitor. (*b*) Matienz. ley 7 t. 9 lib. 6 R. glos. 1 n. 8 y en ella Acev. n. 6 al fin y n. 7. (*c*) Véase el lib. 1 cap. 6 nn. 21 y 22. (*d*) §. 6 Instit. de Legat.

joyas no entregados, si son dotales, porque la muger los traxo al matrimonio, no los ha de percibir duplicados, lo qual milita en otra qualquiera cosa dotal (*a*), excepto que al tiempo de recibirlos el marido se hubiesen estimado, en cuyo caso se le han de dar ademas de su estimacion (*b*).

90 En el legado general de vestidos no solo se comprehenden los que el testador tenia al tiempo de legarlos, sino tambien los que estaban cortados en casa del sastre, y el paño ó tela texida, ó que se estaba texiendo para emplear en ellos, excepto que lo limite el testador; y aunque se aumenten despues, porque aquel no murió entónces, no se extenderá la manda á otros que á los legados, sin embargo de que esten algo gastados ó rotos; pero estando consumidos sucederán en su lugar los hechos de nuevo hasta en el valor que aquellos tenian y no mas (*c*).

91 Donando el deudor á su acreedor alguna cosa, no se presume haberle hecho esta donacion con ánimo de compensarla con lo que le debia, y así no se hará la compensacion (*d*).

92 No vale el legado que hace el deudor á su acreedor de lo que le debe, quando no se le sigue de aquel ninguna utilidad ni comodidad; pero de lo contrario si valdrá (*e*). Y si le lega simplemente alguna cantidad, siendo el débito necesario, que es el que por disposicion de la ley contrae el testador, aunque no se obligue á él expresamente, se compensará; porque es visto haberle hecho con este ánimo. Por exemplo, quando el padre lega alguna cosa á su hija que ya se halla en edad de casarse, se entiende legársela con ánimo de compensarla con la dote que segun derecho está obligado á darla (*f*): ó si dexa algo á un hijo, se presume dexárselo por via de legítima y en compensacion de esta, aunque tambien puede ser por via de mejora: todo lo qual procede, excep-

(*a*) Ley 1 §. 14 de Dote prælegata. (*b*) Acev. ley 7 tit. 9 lib. 5 R. (*c*) Castill. ley 16 de Toro nn. 14 y 15. (*d*) Mascard. de Probat. lib. 1. conclus. 333 n. 7. (*e*) Gom. lib. 1 Var. cap. 12 n. 26. (*f*) Ley 22 §. 3 ff. Solut. matrim.

to que conste otra cosa de su voluntad, ó que por conjeturas ó demostraciones se colija que su ánimo no fue hacer la compensacion, como quando el débito proviene de una causa, y el legado se hace por otra diversa, ó el testador expresa que hace de sus bienes el legado, ó manda que este no permanezca en poder del legatario, y que ántes bien le entregue á otro, ó quando el deudor necesario instituyó simplemente á su acreedor heredero en parte y no en todos sus bienes, ó quando el débito necesario fue declarado ántes y destinado á cierta cosa, y luego el deudor lega á su acreedor otra diversa (*a*).

93 Pero si el débito es voluntario, segun se llama el que proviene de contrato celebrado por el mismo deudor, no se compensará, de suerte que el acreedor llevará el legado, y podrá percibir su crédito (*b*). Y lo propio milita, si le lega la cosa mueble ó inmueble que le tiene obligada á la seguridad de la deuda, pues percibirá aquella y tambien el importe de esta, porque la especie no se compensa con la cantidad (*c*). Mas esto se limita, si concurre alguna conjetura vehemente, de la qual se pueda colegir que el deudor hizo el legado con ánimo de hacer la compensacion, como quando dona ó lega tanta cantidad quanta debe; v. g. debe ciento y dona al acreedor otros tantos: ó quando la cantidad donada excede á la que debe, porque en lo mas está incluso lo ménos (*d*).

94 Tampoco ha lugar á la compensacion de una cosa con otra, quando es especie lo que se debe y cantidad lo que se lega (*e*); pero sí quando son diferentes especies (*f*), y en las deudas á favor del viudo ó viuda por disposicion de ley, estatuto ó costumbre; v. g. la quarta marital, el lecho quotidiano ó luto; pues estas son necesarias, y así se admitirá la compensacion sin distincion de especie, género, ni cantidad (*g*), no constando

(*a*) Gutier. de Tut. part. 3 cap. 5 nn. 40, &c. y 44. (*b*) Ley única §. 3. Cod. de rei uxoriæ action (*c*) Covar. in cap Officii de Testam. n. 2. Gom. cap. 12 cit. n. 27. (*d*) Sobre este punto vease á Gutierrez de Tutel. part. 3 cap. 5. (*e*) Mascard. lib. 1 conclus. 333 cit. nn. 8 y 9 (*f*) Pichard. §. 6. Instit. de Legat. nn. 9, 10, 11 y 15. (*g*) Greg. Lop. ley 16 tit. 9 P. 6. Escobar comput. 14 n. 6.

lo contrario de la voluntad del testador.

95 Como el legado que el testador dexa al tutor testamentario, se presume hecho por premio del trabajo que ha de tener en la administracion de los bienes de su hijo pupilo y en el cuidado de su persona, y por esta razon si no administra, no tendrá derecho á él, á ménos que expresamente ó por conjeturas conste lo contrario de su voluntad (*a*); es consiguiente que percibiéndole no le toca la décima que la ley del fuero le concede, y ántes bien se debe compensar con ella. Si se le dexa simplemente, se compensará hasta en la concurrente cantidad, porque la compensacion se debe hacer en esta forma (*b*), excepto que el testador mande que se contente con él, prohibiéndole que pida mas por razon de décima; pues en este caso si sabiéndolo le acepta; no puede pretender lo que falte para el complemento de ella (*c*), porque por su aceptacion se juzga aceptar el gravámen anexo á él (*d*). Y si se le hace con condicion de que le entregue en cierto dia á otro, se compensará el interusurio que en su intermedio percibió de él (*e*). Y lo mismo procede en el que hace al hijo del tutor por mera contemplacion de este (*f*).

96 Pero no se compensará, quando le hace á su mismo hijo, á quien nombra tutor del pupílo su hermano, pues se contempla que no se le dexa por el trabajo de la administracion sino por afecto filial, excepto que lo exprese (*g*): ni quando es legado de especie, si no lo dice: ni quando se dexa para que le exîja al tiempo que la décima: ni quando se le hizo por otra causa, v. gr. por conservar la familia, pues entónces se debe atender á la causa que le motiva: ni quando el legatario fue nombrado despues tutor del menor por el Juez: ni tampoco quando concurre alguna de las conjeturas expresadas en el núm. 92 (*b*).

(*a*) Baez. de Decim. tutor. cap. 11 n. 1. Gutier. de Tutel. part. 3 cap. 5 n. 15. (*b*) Gutier. nn. 45 y 50. (*c*) Baez. cap. 5 n. 43. Gutier. n. 51. (*d*) Gutier n. 52. (*e*) Gutier. nn. 28 y 29. (*f*) Baez. cap. 5 cit. n. 32. Gutier. n. 27. (*g*) Gutier. n. 31. (*h*) Gutier. nn. 32, &c. y 48.

§. VI.

Cómo se han de dividir los frutos que el testador dexa pendientes en la cosa legada, y los que produzcan desde su muerte hasta la entrega hecha al legatario; y si revocándose el legado debe restituir los que percibió.

97 Es indudable que pertenecen al legatario y fideicomisario los frutos pendientes de la cosa simplemente legada ó dexada en fideicomiso siendo del testador, y los que se cogen despues de haber adquirido su dominio, sin que para ello se atienda á si pasó ó no la mayor parte del año, ni á quando espiró, ó se cumplió el dia del legado ó fideicomiso, ni tampoco á si están maduros ó próximos á su recoleccion; pues sin embargo de todo ha de percibirlos el legatario, habiéndolos dexado pendientes el testador y no dispuesto de ellos en manera alguna, por lo que si el heredero de este los coge ó percibe, se los debe restituir pagándole los gastos de su percepcion (*a*). Y si no legó la cosa simplemente sino con sus frutos y emolumentos, se deben al legatario los percibidos en vida del testador desde que le hizo el legado (*b*).

98 Legando el testador solamente el usufructo de un fundo, si al tiempo de su muerte hay frutos pendientes en este corresponden al heredero propietario, porque aquellos son parte de la finca en que existen, y de consiguiente tocan al que tiene el dominio de ella, que es el que presta título para su adquisicion y percibo: de suerte que se entiende legar usufructo sucesivo y no los frutos actuales, mayormente quando si hubiese querido el testador que el legatario los percibiese, lo hubiera expresado (*c*).

99 Segun he sentado en el cap. 5 n. 2 del lib. 1 desde el dia de la perfeccion de la venta tocan al compra-

(*a*) Gom. lib. 1 Var. cap. 12 n. 5. (*b*) Gom. lug. cit. (*c*) Bayo Prax. Eccles. q. 57 n. 3.

dor de la cosa arrendada las rentas ó arrendamientos de ella, para cuya exâccion debe cederle el vendedor la accion que le compete contra el arrendador (*a*); y lo mismo parece se deberá practicar entre los herederos del testador que arrendó la finca, y el legatario á quien despues de arrendada la legó (*b*); pero vease lo dicho en el cap. cit. nn. 22 y sig. que es lo que se debe seguir, no disponiendo otra cosa el testador.

100 No se deben al legatario los frutos de cosa genérica ó agena sino desde que se constituye en mora el heredero, y se le interpela en juicio para su entrega que es desde la contestacion del pleyto, porque no adquiere dominio en lo legado, como quando la cosa es específica y propia del testador (*c*).

101 Lo mismo procede por la propia razon, quando el legado es del quinto, ó de otra parte ó quota de bienes del testador sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario (*d*); como tambien en todos los casos en que no se traspase al legatario el dominio ántes de la eleccion y mora del heredero, del dia prefinido para su tradicion, ó del cumplimiento de la condicion impuesta (*e*); pues en ellos no se le deberán los frutos hasta el dia en que se le transfiera.

102 Si no hay heredero instituido, ó aunque le haya, si no quisiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar á los legítimos, ó al executor testamentario, para que la acepten; ó se nombrará curador á los bienes yacentes, con quien se practiquen las diligencias relativas á la aceptacion, desde la qual así como se transfiere al heredero el dominio verdadero de lo legado, así tambien se le transferirá el derecho de percibir los frutos de ello (1). Pero si el legado consiste en universidad ó co-

(*a*) Molin. de Primog. lib. 3 cap. 11 n. 8. Covar. lib. 1. Var. cap. 15 n. 3. Gutier. lib. 2 Pract. q 33 n. 19. (*b*) Valasc. de Partit. cap. 28 n. 10. (*c*) Valasc. de Partit. cap. 34 n. 5. Matienz. ley 1 t. 4 lib. 5 R. gios. 14 n. 33. (*d*) Matienz. lug. cit. (*e*) Matienz. n. 34 Ayor. part. 1 cap. 6 nn. 13 y 14.

(1) Legándose puramente cosa determinada ó específica pasa su dominio al legatario inmediatamente despues de la muerte del testa-

leccion de bienes ó cosas, v. gr. en un rebaño, corresponden sus frutos al legatario desde la muerte del testador, porque se reputan un mismo cuerpo y legado (*a*).

103 Si el testador ó donante entrega al legatario ó donatario lo que legó ó donó por causa de muerte, con expresion del instrumento revocable en cuya virtud se hacia la tradicion, y despues revoca la manda ó donacion, parece mas cierto, aunque algunos dicen lo contrario, (*b*), que no pertenecerán al legatario ni donatario los frutos percibidos ántes de la muerte ó revocacion del testador ó donante (1): lo primero, porque el legado y dicha donacion se entienden hechos con la condicion tácita de que valdrán en caso que no se revoquen, y siguen la naturaleza del instrumento en que se hacen; lo segundo, porque el título revocable no da ningun derecho para adquirir los frutos (*c*); y lo tercero, porque la entrega de la cosa legada con expresion ó conmemoracion del instrumento en que se hace, no muda la substancia, virtud, ni efecto del legado (*d*).

dor, sin que sea necesaria para este efecto la adiccion ó aceptacion del heredero, puesto que segun la ley 1 tit. 4 lib. 5 R. valen las mandas, aunque en el testamento no haya nombrado heredero, ó el que lo esté, no acepte la herencia. Por tanto, los frutos de la cosa específica pertenecerán al legatario desde dicho tiempo.

(*a*) Gom. cap. 12 n. 22. Castill. de Usufruct. cap. 27 desde el núm. 5. (*b*) Gom. núm. 4 Gutier. in leg. Nemo potest. ff. de Legat. 1 n. 258.

(1) Si el testador entrega simplemente al legatario la cosa legada sin expresar que lo hace por razon de la manda, se convierte esta en donacion pura é irrevocable.

(*c*) Tiraquel in leg. Si unquam Cod. de Revocand. donation. verb. Revertatur n. 228 al fin. (*d*) Covar. in Rubr. de Testam. partit. 2 n. 21. Molin. de Primog. cap. 2 n. 19. Gom. n. 4 cit. vers. Si vero testator.

CAPÍTULO VII.

De la sucesion en bienes libres entre ascendientes, descendientes y transversales que murieron intestados.

§. I.

Cómo han de suceder los descendientes á sus ascendientes legítimos é ilegítimos, y á sus parientes, muriendo intestados.

1 Tres son las líneas de sucesion: una de descendientes que son los hijos, nietos, biznietos y todos los que descienden, proviniendo unos de otros como cadena en infinito; quiero decir, hasta que se extingue la línea de aquel en quien tuvo principio: otra de ascendientes, y son padres, abuelos y bisabuelos y demas que retrocediendo suben hasta Adan, primer primogenitor y padre del linage humano; y otra de transversales ó colaterales que son hermanos, primos, sobrinos, tios y demas parientes que no ascienden ni descienden como los de las otras dos líneas.

2 Muriendo alguno intestado, y dexando hijos y otros descendientes legítimos vivos, le sucederán solamente aquellos como sus mas inmediatos parientes, y dividirán entre sí con igualdad la herencia, esten baxo ó fuera de la patria potestad, y sin distincion de varones ni hembras (*a*). Entre estos hijos se comprehenden los póstumos (*b*), y asimismo los hijos naturales que se legitimaron por el siguiente matrimonio, pues es tanta la virtud y eficacia de este que los iguala en un todo con los legítimos (*c*): lo qual procede, aunque sus padres se

(*a*) Leyes 3 tit. 13 P. 6, 1 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real y 6 de Toro. (*b*) Veanse acerca de ellos el n. 41 c. 1 lib. 1 y el n. 12 c. 1 de este lib. (*c*) Cap. Tanta y cap. Lector. Qui filii sint legitimi, y ley 1 t. 3 P. 4. verb. Otrosi non legitimos.

casen despues siendo muy viejos, de modo que no puedan procrear, ó antes de casarse con sus madres hubiese habido otro matrimonio con alguna ya muerta, ó sean hijos de Clérigo de menores Beneficiado habidos en su concubina, si despues se casa con ella dexando el beneficio: ó el padre no haya tenido en su casa la muger en quien los hubo, con tal que al tiempo de su nacimiento esten libres uno y otro para poderse casar sin dispensa, aun quando al de su concepcion no lo estuviesen (*a*). Sobre la qüestion intrincada de si el hijo legitimado por el siguiente matrimonio y anterior en nacimiento á otro hijo legítimo habido de la primera muger, ha de preferirse á este en la sucesion del mayorazgo, vease á Roxas (*b*) que la trata extensamente y resuelve que el legitimado debe ser preferido, excepto que expresa y literalmente le excluya el fundador, ó conste á lo ménos que no quiso preferirle.

3 No dexando hijos el difunto y sí nietos, biznietos ú otros descendientes legítimos, han de sucederle solamente los que esten en grado mas cercano y no los demas: v. gr. si dexa nietos ó biznietos, le heredarán en un todo los nietos como sus mas propinquos ó inmediatos parientes, y los biznietos en nada (*c*). Mas esto procede, quando nacieron, ó al ménos fueron concebidos en vida de su abuelo ó del ascendiente de cuya sucesion se trata, como sucede á los póstumos; pues de lo contrario no le sucederán, ni se subrogarán en el lugar de su padre, porque habiendo precedido la muerte del abuelo á su nacimiento ó concepcion ningun parentesco tuvieron con él, y así pasará la herencia á los parientes transversales nacidos ó concebidos tambien en su vida, ó no habiéndolos, al fisco (1).

(*a*) Morquech. de Divis. l. 4 cap. 6 n. 17, &c. y 24. (*b*) De incompat. p. 1 c. 4. (*c*) Gom. lib. 1. Var. c. 1 n. 8.

(1) Tengo por indudable que aunque el nieto no haya nacido ni sido concebido en vida del abuelo, podrá percibir los bienes de este, pues las leyes nuestras que dan la herencia de los ascendientes á los descendientes, no hacen la expresada distincion. Por tanto, si por exemplo muere alguna persona habiendo exheredado con justa causa á algun hijo suyo, y despues concibe la nuera del testador, le heredará el nieto que nazca, una vez que por la exheredacion está imposibilitado el hijo de sucederle. Segun las leyes Romanas no podia tal nieto

4 Procede lo expuesto, no solo quando los nietos ó descendientes son hijos de un hijo ó hija ya muertos, y concurren solos á la sucesion, sino tambien quando lo son de dos ó mas hijos, y todos concurren á ella, aunque con la diferencia de que siendo hijos de un hijo único heredan por cabezas ó por personas: quiero decir, que toda la herencia les corresponde, y la han de partir entre sí igualmente; y quando lo son de dos ó mas hijos del muerto, heredarán por estírpes, esto es, los de cada hijo llevarán la mitad, tercera, quarta ó quinta parte de la herencia, segun sea el número de los del difunto cuyo lugar ocupan, y la dividirán respectivamente entre sí. Asimismo si de un hijo no hay mas que otro hijo, y de cada uno de los otros hay tres, quatro ó mas, llevará este hijo único tanta parte de la herencia de su abuelo, quanta todos los de cada uno de los otros hijos, porque no se mira á si son muchos ó pocos los de cada uno, sino á la persona en cuyo lugar suceden, y quanto percibiria esta, si viviera, tanto deben percibir los suyos, ó uno solo, sino dexa mas (a).

5 Lo propio debe observarse, quando el difunto dexa uno ó mas hijos nacidos, ó póstumos, y varios nietos hijos de otro ú otros hijos ya muertos; pues los nietos, aunque estan en grado mas remoto, sucederán á su abuelo con el hijo ú hijos de este que son tios carnales de ellos, percibiendo cada uno de estos tanta parte de herencia, quanta todos los nietos hijos de cada uno de los hijos ya muertos del difunto, en cuyo grado se

heredar á su abuelo; pero nosotros no estamos obligados á seguirlas, mayormente quando se alejan de la sencillez de la naturaleza, ó del derecho natural. Podria decirse que quando nació ó fue concebido dicho nieto, los parientes mas próximos del abuelo al tiempo de su fallecimiento ya tenian adquirido derecho á todos sus bienes, de que no seria justo privarles; mas yo replicaria, ó que semejante derecho era incierto hasta tanto que se supiese con seguridad que no habia de haber otro pariente de igual ó mayor prerogativa; ó que aun quando fuese real y verdadero, les privaban de él en todo ó parte de las leyes que dan á los nietos las herencias de los abuelos sin hacer, segun he dicho, la referida distincion.

(a) Ley 3 al fin tit. 13 P. 6.

ponen; por lo que los tios de los nietos de este, que son los hijos vivos, le heredarán por personas, y los nietos hijos de cada hijo muerto por estírpes, como que todos entran á ocupar su lugar y constituyen una persona, y dividirán entre sí la parte de herencia que este percibiria en caso de vivir (*a*); pues entre los descendientes no hay distincion de agnacion ni cognacion, se admite la representacion en infinito (*b*), y el nieto entra en el lugar de su padre concurriendo con su tio, del mismo modo que su padre hermano de este concurriria, si viviera.

6 El hijo natural sucede á su padre abintestato en la sexta parte de la herencia, aunque este tenga muger legítima, segun lo ordena la ley 9 tit. 13 P. 6. „Las leyes antiguas otorgan que el padre muriendo sin fijos legítimos, puede el fijo natural heredar los bienes de las doce partes las dos, non dexando él muger legítima, cá si la dexasse, embargaria al fijo de guisa (*de manera*) que non podria demandarlas. E porque non podimos fallar (*hallar*) ninguna razon derecha porque se movieron los que ficieron las leyes á toller (*quitar*) á tal fijo ésta su parte por esta razon de la muger legítima que dexasse su padre: por ende (*por tanto*) tenemos por bien é mandamos que la haya, é que non se le embargue por esta razon.„ Mas sin embargo los ascendientes legítimos del padre excluyen en un todo á los hijos naturales (*c*).

7 Asimismo el nieto natural á falta de su padre ha de suceder á su abuelo que fallece abintestato en dicha sexta parte entrando á ocupar el lugar de aquel y representándole, porque á no haber muerto le sucederia en ella (*d*); pues para lo propicio en el nombre genérico de hijos se comprehenden los nietos.

8 De la madre son herederos forzosos los hijos naturales á falta de legítimos, porque es conocida, y no se

(*a*) Dicha ley 3. (*b*) Gom. lib. 1. Var. cap. 1 n. fin. (*c*) Gom. ley 9 de Toro n. 4 al fin. Matienz. en la 11 tit. 6 lib. 5 R. glos. 5 n. 1. (*d*) Cov. de Sponsal. part. 2 c. 8 §. 4 n. 10. Greg. Lop. ley 8 tit. 13 P. 6 glos. 2 verb. Tal fijo.

duda de que es su madre. Así lo dispone la ley 9 de Toro, que es la 7 tit. 8 lib. 5 R. y dice: „Y en caso que no tenga la muger hijos, ó descendientes legítimos, aunque tenga padre, ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo, ó hijos, ó descendientes que tuviere, naturales, ó espurios, por su órden, y grado le sean herederos legítimos ex testamento, y abintestato (*a*).„

9 En órden á si los hijos naturales suceden abintestato á los parientes naturales de su padre ó madre, he aquí lo que dispone la ley fin. tit. 13 P. 6. „Fijo natural, que non es nacido de legítimo matrimonio, si muriere sin testamento non habiendo fijos, nin nietos, ni madre, entonce sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre deven aver todo lo suyo: é si otros hermanos oviere de su padre tan solamente, non heredarán ende (*de esto*) ninguna cosa, é esto es, porque los hermanos que le pertenecen de parte de su madre, son ciertos, é los de parte del padre son en dubda. Mas si este fijo natural que muriesse sin testamento, oviesse hermanos naturales que le perteneciessen de su padre tan solamente, é non oviesse de los otros que fuessen nacidos de su madre como él, entonce estos atales bien heredarian lo suyo, porque son los mas cercanos parientes: fueras ende si el que assi muriesse, oviesse hermano natural, é legítimo de parte de su padre, cá estonce este há mayor derecho en la herencia que los otros naturales que son de parte del padre tan solamente. Otrosi decimos, que los fijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los legítimos, nin de los parientes otros que les pertenecen de parte de su padre: mas de los otros parientes que les pertenecen de parte de su madre, que muriesen sin testamento, bien los pueden heredar, seyendo ellos mas propinqüos parientes.„

10 Así pues, muerto abintestato el hijo natural sin

(*a*) En quanto á los demas ilegítimos y espurios vease el cap. 1 de este lib. §. 3

sucesion, si dexa dos hermanos hijos de su mismo padre, el uno natural y el otro legítimo, se preferirá este á aquel. Si el hijo natural es solo, sucederá en el todo á su hermano tambien natural como su pariente mas cercano; pero el natural por línea paterna no herederá á los legítimos ni á los demas parientes por esta línea intestados. Dexando un hijo natural de parte de madre tan solamente y otro natural ó legítimo de parte de padre, será preferido el natural de parte de madre, como que es conocida y cierta, al natural y al legítimo de parte de padre que no lo es. Y á falta de hijos legítimo y natural de parte de padre ningun otro pariente por línea paterna heredará al natural (*a*).

11 Si muriere abintestato el hijo natural dexando solamente parientes por línea materna, le heredarán segun la prerogativa de su grado, y por consiguiente si estos fallecieren sin sucesion legítima, los heredará, como si fuera legítimo, porque por parte de su madre son verdadera é indubitadamente parientes á causa de la certidumbre del parto, como lo dice la ley inserta al fin (*b*), lo que no sucede por parte de su padre.

12 Y si dos hijos naturales de una misma madre fallecieren dexando cada uno un hijo legítimo ó natural, y despues muriere abintestato sin sucesion uno de estos primos, le heredará el otro con preferencia á todos los demas cognados mas remotos, aunque sean legítimos, porque entre ellos hay cognacion próxima: de suerte que deben suceder segun la inmediacion de parentesco y prerogativa de grado, como se echa de ver de los últimos periodos de la ley inserta.

13 Falleciendo intestado sin sucesion el hijo natural, si dexase dos hermanos, uno natural y otro de legítimo matrimonio de la propia madre, no se preferirá ninguno al otro, sino que concurrirán ambos y le

(*a*) Gom. ley 9 cit. de Toro nn. 46 y 47. Greg. Lop. ley inserta.
(*b*) Gom. dich. ley 9 de Toro n. 48. Covar. de Sponsalib. part. 2 cap. 8 §. 5 col. penult.

heredarán con igualdad, porque estan en igual grado; pues la ley 9 de Toro habla y se debe entender, quando se trata de suceder á la madre, en cuyo caso el legítimo se prefiere al natural, no quando se trata de sucederse los legítimos y naturales entre sí; por lo que se ha de estar á la disposicion del derecho comun, como no corregido ni derogado en esta parte, que ordena no sea preferido el hijo legítimo al natural en la sucesion de los bienes de su madre, y así tampoco deberá serlo en la de los de su hermano (*a*) (1).

14 Y si el hijo natural de parte de madre falleciere sin testamento ni descendientes legítimos, dexando dos hermanos, uno hijo natural de su padre y madre, y otro tambien natural de la misma madre, pero de diverso padre, le heredará el hermano natural entero con preferencia al uterino (*b*), como diré despues de los hermanos enteros legítimos.

15 Los espurios, de qualquiera clase que sean, no sucederán abintestado á los parientes de su padre, ni estos á ellos, porque á causa de la grande incertidumbre de la filiacion y parentesco por línea paterna no se reputa haber agnacion ni cognacion entre ellos (*c*). Asimismo no sucederán los espurios de damnado ayuntamiento á los hermanos ni parientes suyos por línea materna, porque si no suceden á su madre, ni ésta á ellos, tampoco debe suceder á sus parientes por su línea, ni estos á ellos (*d*).

16 Entre los hijos naturales y espurios, y sus padres y parientes son recíprocas la sucesion abintestato y

(*a*) Gom. dich. n. 48 vers. Dubium tamen est. Avendaño ley 9 de Toro glos. 2 n. fin. Acev. en la 7 tit. 8 lib. 5 R. n. 4.

(1) Parece que por lo mismo que contra lo que sucedia por derecho civil, el hijo legitimo es preferido al natural por la ley 9 de Toro en la sucesion de la madre, deberá tambien preferirse en la del hermano el hermano legitimo al natural de parte de madre. Nuestras leyes hacen mayor aprecio de la legitimidad que el que hacian las romanas.

(*b*) Matienz. ley 6 tit. 8 lib. 5 glos. 4 n. 10. Greg. Lop. en la fin. tit. 13 P. 6 glos. 6. Gom. dich. ley 9 n. 49. (*c*) Gom. n. 46. (*d*) Gom. n. 50 vers. Sed teneo. Matienz. ley 7 tit 8 lib. 5 glos. 8.

la obligacion de darse alimentos, y así se debe guardar igualdad entre ellos, de modo que en todos los casos en que los hijos pueden suceder á sus padres y parientes, y deben ser alimentados por ellos, en todos pueden suceder estos á los hijos; y por el contrario en los en que está prohibida la sucesion para aquellos, lo está tambien para estos (*a*). Esta recíproca sucesion parece procede aun respecto del padre que sabia el impedimento del matrimonio, si la madre le ignoraba, pues al modo que el hijo es sucesor legítimo del padre por la ignorancia y buena fe de su madre, del mismo modo le debe suceder su padre, porque no puede ser legítimo en parte y en parte no (*b*); bien que algunos AA. dicen lo contrario por la mala fe del padre que léjos de darle título para heredar le priva de él (*c*).

§. II.

Cómo deben heredar los ascendientes legítimos á sus descendientes que murieron intestados.

17 La segunda línea de sucesion es la de ascendientes, quienes suceden por testamento y abintestato á sus descendientes legítimos por su órden y línea derecha, del mismo modo que estos á ellos, siempre que los descendientes carezcan de hijos ó descendientes legítimos, ó de otros que hayan derecho de heredarles, segun lo ordena expresamente la ley 6 de Toro, que es la 1 tit. 8 lib. 5 Recop. Y esto procede, esten los hijos en su poder ó emancipados, sean varones los ascendientes, ó hembras, pocos ó muchos, teniendo igual grado de parentesco con el difunto: v. gr. que todos

(*a*) Ley 8 al fin. tit. 13 P. 6. Gom. en la 9 de Toro n. 8 y 50 vers. Unum tamen. Matienz. en la 6 tit. 8 lib. 5 gl. 6 n. fin. (*b*) Avendañ. ley 6 de Toro glos. 1 n. 6. Morquech. de divis. lib. 4 cap. 6 n. 64. (*c*) Tell. ley 6 de Toro nn. 7, 8 y 9. Matienz. en la 1 tit. 8 lib. 5 gl. 1 al fin.

sean padres, abuelos, ó bisabuelos, &c. pues el que esté mas remoto, no sucederá con los inmediatos, por lo que si dexa padres y abuelos, percibirán toda la herencia por mitad los padres: si abuelos y bisabuelos, corresponderá enteramente á los primeros; y así en los demas observando siempre la prerogativa del grado ó proximidad del parentesco, y no la representacion, por no admitirse entre ascendientes (*a*). Por tanto, si el descendiente no dexa mas que un ascendiente por una línea, v. gr. padre solo, y por la otra abuelo ó abuela, percibirá el primero toda la herencia que por ámbas líneas poseia el descendiente muerto (*b*).

18 Concurriendo á la sucesion dos abuelos por una línea y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos quatro; y si concurren solamente uno por una línea y dos por la otra, no la dividirán por terceras partes, sino que el uno heredará por persona tomando la mitad, y los dos por estirpes percibiendo la otra mitad y dividiéndola igualmente entre sí, como lo dice la ley 4 tit. 13 Partid. 6. „E si por aventura de parte de su padre, ó de su madre oviere un abuelo solo, é de la otra dos, estonce aquel solo avrá la meytad de todos los bienes, é los dos que fuessen de la otra parte, la otra meytad.„ Lo mismo procede en los ascendientes ulteriores.

19 Aunque el difunto dexe hermanos ó sobrinos hijos de estos, no concurrirán con los abuelos ni demas ascendientes á la division de la herencia, porque estan en grado mas remoto, como lo ordena la ley 7 de Toro, que es la 4 tit. 8 lib. 5 R.

20 La sucesion abintestato de los ascendientes á sus descendientes legítimos tiene lugar en todos los bienes libres que dexen, aunque sean castrenses, quasicastrenses, ó adquiridos por razon de la iglesia, que es por dignidad, renta, ó beneficio eclesiástico, pues la ley 6 de Toro usa de las palabras, „De qualquier

(*a*) Leyes 4 tit. 13 P. 6 y 6 de Toro. (*b*) Ley 4 cit. Gom. ley 6 de Toro nn. 6 y 7. Covar. in Epitom. succes. abintest. n. 3.

calidad qué sean ;„ y la quarta tit. 3 Partid. 6 dice : „Que estonce el padre, é la madre deven heredar egualmente todos los bienes de su fijo ; „ lo qual es corriente, y se ha executoriado aquí repetidas veces así abintestato como por testamento.

21 Si por una línea concurre un ascendiente y otro por la otra, ámbos en igual grado, no se ha de hacer separacion de bienes ; quiero decir, el ascendiente por línea paterna no ha de percibir los que por esta poseia el nieto ó descendiente de cuya sucesion se trata, y el ascendiente materno los de su línea, sino que ámbos partirán indistintamente todos los que gozaba por entrámbas, y por otra qualquiera razon sin diferencia alguna, excepto en los pueblos en que hay costumbre contraria, ó se observa la ley 10 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real; pues entónces cada ascendiente llevará los que disfrutaba por su línea el descendiente intestado, probándose la costumbre, ó estar en uso dicha ley, como lo dispone la referida 6 de Toro al fin. „Salvo en las Ciudades, Villas y Lugares, dó segun el fuero de la tierra acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.„

22 Si concurren dos ó mas ascendientes á la sucesion del descendiente intestado, y uno de ellos tiene el usufructo en sus bienes, debe gozarle toda su vida, porque al modo que por muerte de qualquiera propietario extraño no se acaba el usufructo, tampoco por la del hijo se extingue el que su padre ó abuelo ha adquirido en sus bienes (*a*) (1) ; bien que hoy mediante la disposicion de las leyes 47 y 48 de Toro, por las quales el hijo casado

(*a*) Matienz. ley 9 tit. 1 glos. cit. y en la 1 tit. 8 glos. 3 n. 18. Gom. en la 6 de Toro n. 11.

(1) Yo me inclino á que por muerte del descendiente pierde el usufructo de sus bienes el ascendiente que le tenia. Las palabras generales y absolutas con que *por su órden y línea derecha* llama la ley 6 de Toro á los ascendientes para que sucedan en los bienes de sus descendientes sin hacer ninguna distincion entre aquellos, y el silencio que guarda la misma ley acerca de dicho usufructo, son para mí argumentos mas poderosos que quantos pueden alegarse en favor del ascendiente usufructuario. Y á la verdad ¿como es posible que hablan-

y juntamente velado sale de la patria potestad, como si estuviese emancipado, y adquiere los frutos de sus bienes, sin que su padre se los pueda retener, en muy pocos casos puede acontecer lo expuesto (1).

§. III.

Cómo deben suceder los parientes transversales á los que fallecieron intestados: qué han de distribuir aquellos, y los ascendientes y descendientes por el alma del difunto, y si se graduarán en caso de duda por la regla del abintestato los instituidos en testamento.

23 La tercera y última línea que tiene derecho á suceder abintestato, es la de transversales ó colaterales; y para que el partidor se instruya en esta materia no entendida de todos por la variedad de disposiciones legales que versan acerca de ella, conviene hacer varias suposiciones. Primera. Los parientes transversales deben suceder á su transversal que murió intestado, segun la prerogativa y proxîmidad de grado con él; de modo que quien al tiempo de su muerte se halle mas cercano, obtendrá la prelacion en heredar los bienes libres que dexó; y si hay muchos en un mismo grado, todos concurrirán igualmente sin distincion de agnacion ni cognacion, pues no hay preferencia ni diferencia entre las líneas masculina y femenina para este efecto, y así la hembra próxîmà excluye al varon remoto (*a*).

do la ley exprofeso de la sucesion de los ascendientes á sus descendientes no hiciese mencion de una cosa tan notable y que no debia omitirse, como de la continuacion del usufructo en el ascendiente que gozaba de él, si fuese cierta tal continuacion? ¿cómo es posible asimismo que habiéndola ninguna otra ley de nuestros códigos hable de ella?

(1) Podria suceder muchas veces sin embargo de las citadas leyes; esto es, muriendo los hijos con bienes que usufructuase su padre, en vida de este y de su madre.

(*a*) Covar. in Epitom. succes. n. 11. Matienz. ley 5 tit. 8 lib. 5 glos. 1 nn. 4 y 5. Gom. en la 8 de Toro nn. 2 y 3.

24 Segunda suposicion. Los grados de parentesco respecto de la sucesion, contratos y otros actos semejantes fuera del matrimonio se han de computar segun el derecho civil y no el canónico (*a*), y así para conocer qual es el pariente mas cercano, se debe hacer siempre la cuenta principiando desde el colateral que quiere suceder, y ascendiendo hasta el padre ó ascendiente comun, de quien todos los pretendientes provienen, y descendiendo despues hasta el pariente difunto de cuya sucesion se trata (*b*).

25 Tercera suposicion. Sin embargo de que entre los colaterales ocupan el primer lugar los hermanos enteros para suceder (*c*), no estan en primer grado de consanguinidad entre sí sino en segundo, porque en esta línea no hay grado primero, y por lo mismo siempre se empieza á contar desde aquel para saber en quál se hallan los que pretenden heredar al pariente intestado (*d*).

26 Quarta suposicion. Aunque entre los ascendientes y descendientes legítimos ha lugar á la sucesion abintestato en bienes libres en infinito, entre los colaterales únicamente le tiene por el derecho de las Partidas hasta el décimo grado (*e*), y por últimas disposiciones hasta el quarto, y así solo los hermanos, primos y sobrinos carnales del que falleció intestado, tienen derecho á heredar sus bienes (*f*).

27 Quinta y última suposicion. Sin embargo de que en esta línea son admitidos igualmente los parientes que estan en un mismo grado, si en alguno de ellos concurre doble ó mayor conjuncion que en los demas, será preferido, aunque todos se hallen en el propio grado; v. gr. quando el difunto dexa hermanos enteros y medios, los enteros percibirán toda su herencia y los medios nada (*g*). Lo mismo procede, si el difunto dexa sobrinos

(*a*) Covar. de Sponsal. part. 2 §. 6 n. 8. Escobar. comput. 23 nn. 3, 4 y 5. (*b*) Veanse el árbol genealógico puesto en el cap. 7 P. 1. y su explicacion nn. 25 y sieg. (*c*) Ley 2 tit. 13 P. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 1 n. fin. (*d*) Matienz. lug. cit. Greg. Lop. ley 3 tit. 6 P. 4. (*e*) Ley 6 tit. 13 P. 6 cerca del fin. (*f*) Vease la 1. P. cap. 2 n. 9 y su nota 1. (*g*) Ley 5 tit. 13 P. 6.

hijos de dos hermanos, el uno entero y el otro medio, pues los del entero, representando á su padre, le heredarán con preferencia á sus primos hijos de su medio tio (*a*), é igualmente á este, no obstante estar en grado mas cercano, porque suceden por representacion de su padre que si viviera, le excluiria (*b*).

28 Pero esta mayor conjuncion se atiende únicamente en los hijos de los hermanos enteros del difunto que son primos carnales, los quales representando las personas de su padre ó madre, y ocupando su lugar, se prefieren á su tio, sea uterino ó consanguineo, sin embargo de estar un grado mas distante; por lo que si alguno muere abintestato sin dexar ascendientes, descendientes, hermanos, ni hijos de estos, y sí solamente un tio hermano entero de su padre y otro tio hermano consanguineo ó uterino de este, no será preferido el entero, y ántes bien ámbos serán admitidos igualmente á la sucesion (*c*). Lo propio milita por la misma razon, si á la sucesion concurren hijos de hijos de hermano, pues sucederán todos igualmente al hermano de su abuelo, aunque algunos de ellos desciendan de hermano entero: ó si el difunto dexa muchos primos hijos de varios hermanos de su padre que estan en quarto grado, aunque algunos desciendan de hermano entero y los otros de medio hermano (*d*). Ademas para que se atienda la conjuncion en los primos hermanos, es forzoso que concurra algun tio igualmente conjunto (*e*); y donde haya costumbre contraria, se ha de observar.

29 Hechas estas suposiciones convendrá exponer varios casos para la mayor inteligencia de la sucesion transversal. En los lugares de estos reynos en que no se observa fuero particular, ni hay costumbre de que los bienes de los interesados vuelvan al tronco y la raiz á la raiz,

(*a*) Greg. Lop. dich. ley 5. Covar. in Epitom. succes. n. 7. Matienz. ley 5 tit. 8 lib. 5 glos. 1 n. 7. (*b*) Dich. ley 5 verb. *E sobre todo decimos*, hasta el fin. (*c*) Ley 5 cit. al fin. Greg. Lop. en ella glos. 1 y Matienz. en la 5 tit. 8 lib. 5 glos. 1 n. 8. Covar. in Epitom. succes. n. 9. (*d*) Covar. y Matienz. lug. cit. (*e*) Ley 5 cit. al princip. y ley 241 del Estilo.

si el difunto tiene hermanos enteros, y ningun ascendiente ni descendiente, le sucederán aquellos con igualdad, sean todos varones ó hembras, ó de ambos sexôs sin diferencia de agnacion ni cognacion (*a*), como se ha sentado.

30 Si dexa un hermano entero ó mas, y sobrinos carnales hijos de otro hermano ó hermanos tambien enteros, heredarán por personas los hermanos, y los sobrinos por estirpes representando á sus padres muertos; quiero decir, que se hará la cuenta de quántos hermanos son entre vivos y muertos, y se dividirá en tantas partes la herencia, como si todos existieran, y luego los hijos de los muertos partirán entre sí aquella parte ó porcion que tocaria á sus padres, y estos llevarian, si vivieran (*b*).

31 Si no tiene hermanos vivos, y sí sobrinos hijos de dos ó mas hermanos enteros ya muertos, heredarán por personas repartiendo con igualdad entre sí los bienes de su tio sin distincion de agnacion ni cognacion, segun lo dispone la ley 5 t. 13 P. 6 que dice: „Mas si este que muriesse sin testamento non habiendo ascendientes, nin descendientes, oviesse sobrinos de dos hermanos de parte de su padre, ó de su madre, é fuessen los hermanos amos muertos, heredarán los sobrinos los bienes de su tio, é partirlos han entre sí por cabezas egualmente.„

32 Hay diversidad de pareceres sobre si la disposicion de esta ley y la de la 13 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real han de entenderse, quando los sobrinos hijos de cada hermano son iguales en número, y no quando son desiguales; v. gr. de un hermano uno, de otro dos, de otro tres ó mas, &c. pues dichas leyes no distinguen, como ni tampoco la octava de Toro que dice: „Mandamos que sucedan los sobrinos con los tios abintestato á sus tios in stirpen, y no in capita.„ Pero el dictámen que debe seguirse, es el de que sean muchos ó pocos, iguales ó desiguales en número, deben suceder

(*a*) Ley 5 tit. 13 P. 6. (*b*) Leyes 5 cit. y 8 de Toro que es la 5 tit. 8 lib. 5 R.

á su tio por personas: ya porque las leyes citadas no distinguen: ya porque la octava de Toro no habla de otro caso, sino de quando concurren los sobrinos con los tios; y ya porque si todos los sobrinos que estan en igual grado, heredan por representacion á su tio muerto, quando vive algun hermano suyo que tambien concurre á heredar, es por motivar este ó servir de medio para la representacion y para que aquellos no sean excluidos: lo qual no sucede, quando se hallan solos, pues entónces no hay necesidad de la representacion, mediante á que concurren á heredar por su propio derecho como parientes mas cercanos que estan en igual grado (*a*); y esto es lo que se observa como justo.

33 Si concurriendo hermano del difunto y sobrinos hijos de otro hermano de ambos tambien muerto, repudiare el hermano vivo su parte de herencia y tuviere hijos, no se acrecerá esta á dichos sobrinos, sino que la percibirán los hijos del repudiante, y se dividirá igualmente toda la herencia del difunto intestado entre todos sus sobrinos hijos de sus dos hermanos; pues los hijos del repudiante y los del otro hermano estan en igual grado, suceden por su propio derecho como parientes mas inmediatos y no por el de sus padres, conceptuándose al repudiante en este caso como si no existiera, y á sus hijos como á los del otro hermano muerto (*b*).

34 Si muere alguno dexando un tio hermano de su padre ó de su madre, y asimismo hijos de un hermano suyo ya difunto, aunque parece que todos concurrirán igualmente por personas, porque estan en tercer grado, y los hijos del hermano no suceden por representacion sino quando concurren con otro hermano vivo del difunto; serán no obstante preferidos al tio los hijos del hermano del muerto, aun quando no sean enteros, ya porque la línea de los descendientes aun respecto de los colaterales se reputa siempre mas cercana, y por

(*a*) Greg. Lop. dich. ley 5 glos. 3. Matienz. en la 5 tit. 8 lib. 5 glos. 1 nn. 14 y 15. Molin. de Primog. lib. 3 cap. 7 nn. 21 y 22.
(*b*) Greg. Lop. dicha ley 5 glos. 2. Covar. in Epitome success. vers. Decima conclusio.

lo mismo debe ser preferida á la superior de ellos; y ya porque el hijo del hermano representa indistintamente á su padre difunto, y para heredar es lo propio que si este viviera, porque ocupa su lugar, concurra con otro hermano vivo del difunto ó con los hijos de otro hermano muerto de éste siendo así que en los ascendientes no hay nunca representacion (a).

35 Si dexa un tio hermano tambien de su padre ó madre, y primos suyos hijos de otro hermano tambien de su padre ó madre, que son sobrinos carnales del tio vivo, no heredarán estos sino tan solo el tio, porque está en grado mas cercano, que es el tercero, y los sobrinos estan en el quarto (b).

36 Concurriendo á heredar á alguno sobrinos hijos de un hermano y un hermano de su abuelo ó abuela paterno ó materno, será excluido este y heredarán aquellos por la representacion de su padre, y por hallarse en grado mas inmediato, aunque no sean enteros (c).

37 Dexando el difunto solamente hermano ó hermanos consanguíneos ó uterinos, le heredarán en el todo indistintamente, aunque tambien dexe tio hermano de su padre ó madre por cuya línea poseia los bienes; pues los medios hermanos como parientes mas inmediatos se prefieren al tio que está mas distante, y así sucederán en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, sin diferencia de títulos ni líneas (d).

38 Si dexa sobrinos hijos de hermano entero, aunque tenga un medio hermano, le excluirán no obstante estar en grado mas cercano que ellos, y percibirán toda la herencia; porque si su padre viviera, le excluiria por la mayor conjuncion de parentesco con el difunto; y puesto que los sobrinos representan la persona de su padre, deben excluir tambien á su medio tio por la propia razon (e).

(a) Gom. ley 8 de Toro n. 14 vers. Sed his non obstantibus. Matienz. lug. cit. n. 10. (b) Parlador. lib. 2 Rer. quot. cap. 25. (c) Gom. ley 8 cit. n. 14. Matienz. lug. cit. (d) Matienz. dich. ley 5 y glos. 1 n. 9. (e) Dicha ley 5 al fin. Gom. en la 8 de Toro n. 7 vers. Imo quod magis est. Mier. de Mayorat. part. 2 q. 7 n. 8. Matienz. n. 7.

39 Y si dexa solamente medios hermanos, unos por una línea y otros por otra, heredarán los de la consanguinea ó paterna los bienes que poseia por ella el difunto, y los de la materna ó uterina los que gozaba por esta, y si tenia algunos mas adquiridos por arte, oficio, ú otro título, los partirán igualmente (*a*). En quanto á las deudas pagará cada uno las que contraxo el difunto por razon de sus respectivos bienes, y si no consta por quáles las causó, las satisfarán todos á prorata de los que hereden (*b*).

40 Del mismo modo sucederán á su difunto tio los hijos de los hermanos uterinos y consanguineos, representando las personas de sus padres, concurran entre sí solos, ó con algun medio tio suyo; con la diferencia de que concurriendo entre sí heredarán por personas, y concurriendo con su medio tio, por estírpes, porque versa la propia razon que quando son enteros, y ninguna ley ordena otra cosa en este caso; pero en los nietos de los hermanos no tiene lugar esta distincion ni separacion de bienes, ni en los tios hermanos de padre ó madre, ó de otros ascendientes, quando concurren á heredar á sus sobrinos: de suerte que todos se dividirán con igualdad entre los que esten en un propio grado, qualquiera que sea el título de su adquisicion, porque no se halla mandado lo contrario, ni respecto de ellos se hace distincion de bienes, considerándose solo la proximidad de grado (*b*): en cuya atencion los medios hermanos del difunto excluirán al tio hermano del padre ó madre de este como mas propinquos, haya heredado de su padre ó madre hermanos de su tio, ó de otra parte los bienes que dexó.

41 En órden á la parte de bienes que los herederos abintestato deben distribuir por el alma del difunto, es indispensable distinguir de herederos y de casos, esto es, si aquellos son de la línea recta ó de la transversal,

(*a*) Así lo dispone clara y expresamente la ley 6 tit. 13 P. 6. (*b*) Gregr. Lop. ley 6 citada glosa. 2. (*c*) Gom. ley 8 de Toro n. 8. Gregr. Lop. en la 6 tit. 13 P. 4 glosa 1. Matienz. en la 5 tit. 8 lib. 5 glos. 1 n. 12. Covar. in Epitom. succession. n. 8.

y si el difunto murió absolutamente intestado, ó baxo de poder para testar, y no hizo su testamento el comisario. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, tienen obligacion de hacerle las exéquias y sufragios que se acostumbren en el pais con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias, y no á distribuir todo el quinto por su alma, ni en ello ha de mezclarse Juez alguno (a); y si falleció baxo 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 hacer lo propio sin otra obligacion (b), porque ninguna ley se la impone.

42 Si son transversales, y murió sin testamento, no tendrán mayor obligacion que la de los ascendientes y descendientes, pues todos sus bienes les pertenecen abintestato (c), la citada pragmática habla indistintamente, y ninguna ley les precisa á mas (d). Si dió poder para testar, y el comisario por alguna de las causas expuestas no hizo su testamento, en este único caso estarán obligados á la distribucion de todo el quinto dentro del año, segun lo ordena la ley 10 tit. 4 lib. 5 R. cuyo contenido es este: „Quando el comisario no fizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque murió sin facerlo, los tales bienes vengan derechamente á los parientes del que le dió el poder que hubiesen de heredar sus bienes abintestato: los quales, en caso que no sean fijos, ni descendientes, ó ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador, lo qual si dentro del año contado dende la muerte del testador, no lo cumplieren, mandamos que nuestras Justicias les compelan á ello, ante las quales los pueden demandar, y sea parte para ello qualquier del Pueblo.„ La razon es que en el presente

(a) Pragmática inserta en la I. P. cap. 2 n. 10 que es la ley fin. t. 4 lib. 5 de la Novis. R. (b) Gom. Castill. y otros ley 36 de Toro. (c) Ley 6 tit. 13 P. 6. (d) Gom. y Castill. lug. cit.

caso presume la ley que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario quiso que fuese preferida su alma á sus parientes en el quinto, y así su disposicion no debe extenderse á otros casos.

43 Con la sucesion abintestato parece se deberá conformar la sucesion por testamento, en cuya atencion si el testador instituye genérica y simplemente herederos á sus hermanos, ó les lega alguna cosa, y unos son enteros y otros medios, se admitirán solamente los enteros á la herencia ó legado (a); ya porque es visto haber querido disponer el testador con arreglo ó derecho, segun el qual son preferidos los hermanos enteros; y ya porque se presume tener mayor afecto á los hermanos enteros que á los medios (1). Pero se exceptua el caso en que el difunto no tenga mas que un hermano entero, pues por el hecho de instituir á sus hermanos en plural y no convenir la pluralidad á uno solo, se conceptuan tambien instituidos los medios hermanos; y lo propio milita, quando se trata de conservar la agnacion en la familia (b).

44 Si instituyó simplemente á un hermano vivo y colectivamente á los hijos de otro hermano muerto, ó á un extraño y á los de otro extraño, sin especificar sus nombres, estando nacidos los hijos al tiempo de la institucion, se entienden instituidos por estírpes, de suerte que el hermano ó extraño percibirá la mitad de la herencia, y los hijos la otra mitad, porque los conjuntos colectivamente se estiman por uno: excepto que aparezca ser otra la voluntad del testador, como si mandó que sucediesen igualmente, en cuyo caso todos sucederán por personas (c). Y lo mismo procede en qual-

(a) Gom. ley 8 de Toro n. 9. Avendañ. en ella glos. 2.

(1) Por otra parte parece que en el presente caso deben suceder á un tiempo todos los hermanos, pues es de presumir que así lo quiso el testador por el hecho de llamarlos á un tiempo mismo y con palabras generales sin indicar ninguna preferencia. Si hubiera querido que sólo á falta de hermanos enteros sucediesen los consanguíneos ó uterinos, es muy regular que lo hubiese expresado nombrando estos por substitutos de aquellos.

(b) Morquech. de Divis. lib. 4 cap. 7 n. 12. (c) Ley 13 ff. de Hæredib. instituend.

quier substituto y en el legado, por lo que si manda algo á Pedro y á sus hijos ó á los de otro, llevará Pedro la mitad del legado y los hijos la otra mitad (*a*).

45 Pero si los hijos eran póstumos, como si instituye á Pedro y á los hijos que nazcan de su hermana Juana, ó de otra muger que nombra, y nacen dos ó mas, deben heredar todos por personas, á causa de presumirse que si el testador hubiese podido nombrar á cada uno, lo hubiera hecho (*b*); bien que esto ha de entenderse, quando los llama en primer lugar; pues si los llama en segundo ó por substitucion diciendo: v. gr. *Instituyo á Pedro y le mando que restituya la herencia á Juan y Francisco, y muerto alguno de estos, á sus hijos nacidos ó póstumos*; entónces si uno de estos herederos fideicomisarios fallece ántes que el fiduciario, percibirán únicamente sus hijos nacidos ó póstumos la parte que su padre heredaria, si viviera (*c*).

46 Y si instituye herederos á un hermano suyo y á los hijos de otro hermano muerto mencionándolos por sus propios nombres, sucederán por personas é igualmente con su tio; pues en toda materia es principio y regla de derecho, que quando muchos son nombrados no colectiva sino copulativamente en alguna disposicion, se admiten con igualdad (*d*).

47 Instituyendo el testador por sus herederos á sus hermanos ó haciéndoles algun legado, no serán admitidos los sobrinos: ya porque no hizo mencion de ellos, ya porque en la disposicion del testador se debe atender á la proximidad de grado, y ya porque en el nombre apelativo de hermanos solamente se comprehenden los que se hallan en segundo grado, y no los ulteriores (*e*). Lo propio debe observarse, quando instituye á dos ó mas hermanos suyos que tiene vivos, y al tiempo de fallecer ha muerto alguno de ellos dexando hijos, pues estos nada llevarán por las razones expuestas en la I. P. cap. 2 núm. 5.

(*a*) Ley 7 ff. de Usufruct. acresc. (*b*) Ley 7 vers. Sin autem ff. de Rebus dubiis. (*c*) Gom. ley 8 de Toro n. 15 vers. Quod tamen singulariter. (*d*) Gom. n. 16. (*e*) Gom. n. 17. Cov. pract. cap. 38 n. 4.

CAPÍTULO VIII.

Quiénes se llaman herederos extraños: de quántas maneras los puede instituir el testador; y si siendo muchos los instituidos le heredarán todos igualmente y á un propio tiempo ó por el órden sucesivo.

§. UNICO.

1 Llámanse herederos extraños no solo los que no tienen con el testador ningun parentesco de consanguinidad, sino tambien los que le tienen y estan en la línea transversal, como hermanos, primos, tios, sobrinos y demas colaterales, porque aquel no está obligado civilmente á instituirlos herederos, ni por excluirlos de su sucesion con razon ó sin ella, pueden impugnar su testamento (*a*), sino es que tenga hermanos é instituya herederos á sugetos de mala vida, ó infames de hecho ó de derecho, como son mugeres mundanas, ladrones, falsarios, hijos espurios (*b*), usureros manifiestos, Clérigos pública y continuamente amancebados, y otros cuya asignacion se dexa al prudente arbitrio del Juez; porque entónces no vale la institucion, probándose el defecto del instituido (*c*): excepto que los hermanos hayan maquinado contra la vida del testador ó acusádole de crimen, por el qual incurriese en pena de muerte ó perdimiento de miembro, ó héchole perder la mayor parte de sus bienes ó quanto estuvo de su parte para que los perdiese; pues por qualquiera de estas tres causas justificadas no solo no pueden quejarse de la disposicion, aunque el hermano haya instituido heredero á algun infame, sino que si murió abintestato, nada podrán heredar de él (*d*).

(*a*) Leyes 2 verb. E todos los otros, y 12 verb. E decimos tit. 7 P. 6. (*b*) Véase en la I. P. la nota del n. 55 cap. 1. (*c*) Dich ley 2 verb. Fueras ende tit. 7 y ley 2 verb. Fueras ende tit. 8 P. 6. (*d*) Dich. ley 12 verb. Pero tres razones, y ley 2 cit. verb. Pero si este hermano. Véase á Castillo lib. 2 controv. cap. 19.

2 Careciendo de herederos forzosos el testador puede instituir por tales á uno ó á muchos extraños, sean ó no parientes suyos, con tal que por derecho no tengan prohibicion de heredar; é imponer á todos ó á algunos de ellos las condiciones posibles y honestas que le parezcan, las quales deben cumplir para entrar en la herencia, ó no haciéndolo han de dar caucion y seguridad de que las cumplirán, ó practicar para ello las competentes diligencias (*a*). Pero los religiosos profesos del órden de S. Juan, aunque durante su vida les dexa la religion el uso moderado de sus bienes y su retencion á nombre de ella, no puede sin la debida licencia disponer en vida de los bienes patrimoniales, y sí con ella de los estables, la que se les conceden segun los estatutos 1 y 2 de las prohibiciones; y en virtud de otra licencia especial podrán testar tan solo de la quinta parte de todos los bienes que se hallen por su muerte, y queden líquidos; mas despues de su muerte todos tocan á la religion, la qual se considera no como su heredera sino como sucesora, porque el Religioso los poseyó en su nombre y con su permiso. En estos términos se ha de entender lo expuesto en la I. P. cap. 1 n. 22.

3 El testador puede dividir la herencia en quantas partes quisiere, é instituir á sus herederos de tres maneras; á saber: señalando á todos las que han de percibir de sus bienes, ó á unos sí y á otros no, ó á ninguno (*b*); y de cada uno trataré exponiendo varios casos para la mayor instruccion del partidor.

4 Quando el testador señala á todos sus herederos las partes ó porciones que ha de percibir de su herencia, se debe repartir enteramente entre ellos con arreglo á su voluntad; y si dividió parte de ella y dexó algo sin repartir, se ha de aplicar esto á los herederos instituido á proporcion de la que les señaló en la que distribuyó (*c*).

5 Instituyendo el testador á uno por su heredero

(*a*) Leyes 7 y 14 tit. 4 P. 6. (*b*) Leyes 16 y 18 tit. 3 P. 6 Guerr. de Divis. lib. 5 cap. fin. nn. 2, 3 y 4. (*c*) Ley 12 §. 2 ff. de hæred. instituend. y §. 5 Inst. del mismo tit.

en cosa señalada y no disponiendo del resto de sus bienes en aquel testamento, ni, aunque despues haga otro; nombrando heredero en él debe llevarlos todos dicho instituido sin embargo de serlo solamente en cosa señalada, porque se entiende universal; como asimismo cumplir los legados y pagar sus deudas; pues de no heredarlos todos se verificaria que el testado moria en parte testado y en parte intestado, lo qual es un absurdo y repugna (1). Pero si en testamento posterior nombra nuevo heredero, llevará solamente el nombrado en el primero la cosa en que fué instituido, y el del segundo el resto de la herencia, con tal que este último no contenga revocacion del precedente, porque si la contiene, ó el testador manda otra cosa, nada llevará el del primero (*b*)

6 Repartiendo el testador su herencia entre tres, y dexando al uno la mitad, al otro la tercera y al otro la quarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por la regla de proporcion ó de *tres*, para que ninguno sea perjudicado: v. gr. importa la herencia doce mil reales, cuya mitad parece son seis, la tercera parte quatro y la quarta tres; pero como seis, quatro y tres componen trece, se debe girar la cuenta de esta suerte: si trece me dan doce mil, ¿quántos darán seis, quántos quatro y quántos tres? Entónces se verá que ni la mitad son seis mil cabales, ni la tercera parte quatro mil, ni la quarta tres mil en el caso propuesto, y asi ninguno resultará agraviado en su legítimo haber. Lo mismo se practicará en otras instituciones semejantes de distintas porciones ó quotas. Sobre cómo se ha de hacer la division, quando el testador dexa alimentos á una muger preñada, diciendo: *que si pare hijo, lleve ocho partes de los frutos de sus bienes, y su madre quatro; y que si pare hija, lleve esta quatro y la madre ocho*; y luego nacen de aquel parto hijo é hija; véase á Escobar (*c*) que ci-

(*a*) Ley 14 tit. 3 P. 6.

(1) Esto es conforme al derecho romano, no al nuestro, sobre lo qual pueden verse las notas de los nn. 142 y sig. cap. 1 P. I.

(*b*) Leyes 14 cit. y 21 tit. 1 P. 6. (*c*) Comput. 11.

tando y siguiendo á Moya en su Arismética (*a*), y la regla de compañía sin tiempo, explica como se ha de girar la cuenta sin causar perjuicio á los tres interesados; cuya regla se deberá observar tambien en otros casos y quotas diversas que la ley no ha resuelto y deben resolverse por arismética.

7 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 quál ha de deducirse primero, aunque 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 quisiere, segun se practica, quando testa entre descendientes, como tienen creido algunos, por no haber visto dicha ley; no debe practicarse en estos términos, ni tampoco baxarse ántes el tercio á pretexto de atender al órden de las palabras, excepto que lo mande expresamente el testador: en primer lugar, porque testando entre extraños no se deducen del quinto los gastos de su funeral, misas, ni legados, como quando testa entre descendientes, á menos que así lo mande, sino del cuerpo de su caudal (*b*); pues como la del Estilo habla solamente de hijos, segun se echa de ver de sus palabras (*c*), y aquí no hay que atender á legítima alguna, por poder el testador disponer á su arbitrio de todos sus bienes, cesan las razones que militan, quando dexa descendientes legítimos, y de consiguiente no debe ampliarse á este caso la misma disposicion legal; y en segundo lugar porque con baxarse qualquiera de ellos primero y del resíduo el otro, sale perjudicado el interesado en este, pues no le lleva entónces entero de todos los bienes del testador, como este lo quiso, guardada proporcion. Tampoco debe deducirse el uno de ellos del todo del caudal líquido, y luego el otro tambien del mismo total, como si nada se hubiera deducido de él, pues se cometeria mayor absurdo é injusticia, por

(*a*) Lib. 3 cap. 3. (*b*) Véase el cap. 1 de este lib. nn. 19 y 20.
(*c*) Estan insertas en el cap. 2 de este lib. n. 38.

de lucirse este de caudal imaginario que ya no habia y perjudicarse á los que no son mejorados. Así pues, para proceder 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 quota que le corresponde en todos los bienes del testador, y luego entren ámbos á partir igualmente con los que no lo fueron, el resíduo de la herencia despues de sacado el total de la mejora. Y lo mismo creo se debe practicar, aunque el testador omita en la mejora la palabra *todos*, 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.

8 La segunda manera de instituir herederos el testador y de dividir su herencia entre ellos es quando nombra varios, señalando á unos las partes que han de percibir, y á otros no, en cuyo caso percibirán aquellos las que les señaló, y estos el resto de la herencia, importe mas ó menos que lo que toque á los otros (*a*).

9 Y la tercera manera de instituir el testador herederos y de dividir su herencia entre ellos es, quando instituye sin señalarles las porciones que han de percibir de ella. En este caso todos la deben partir igualmente, porque así se conceptúan instituidos, y en duda se presume que lo mismo amó á unos que á otros, y que quiso observar igualdad entre ellos (*b*).

10 El tercero y último punto de este párrafo que es bastante obscuro y delicado, porque muchas veces es forzoso recurrir á conjeturas, y los AA. suelen discordar por esta razon, se reduce á si los herederos instituidos sucederán al testador igualmente y á un propio tiempo ó por el órden sucesivo, y si por personas ó por estirpes. En órden al primer particular debo decir, que aunque nombre á muchos de grados distintos; v. gr. *Si instituye á Pedro su amigo, y al hijo y nieto de este*; deberán sucederle igualmente y á un mismo tiempo, pues por el he-

(*a*) Ley 17 verb. E si acaesciesse tit. 3 P. 6. (*b*) Ley 17 cit.

cho de instituirlos de esta suerte se conceptúa que lo mismo amó á unos que á otros (*a*).

11 Lo expuesto se amplia á los casos siguientes. El primero es, quando los instituidos son parientes del testador, á quien si hubiese muerto intestado, heredarian; pues sin embargo de tener lugar en ellos el órden de caridad, aficion y sucesion abintestato, si llama copulativamente á todos sin hacer distincion de las partes que cada uno ha de heredar, y quando, le sucederán á un tiempo y con igualdad sin diferencia (*b*). El segundo caso es, quando instituyó, v. gr. á su hermano y á algunos hijos de este llamándoles por sus propios nombres, pues sucederán tambien igualmente y al mismo tiempo (*c*), porque por el hecho de llamar á estos por sus nombres y no á los otros es visto haberlos amado mas por algun motivo. El tercero es, quando instituyó á su hermano, y con nombre apelativo y cierta limitacion á sus hijos: v. gr. si nombra solamente á los nacidos, sin embargo de que su madre estaba preñada, ó aunque no lo estuviese, se podia esperar que pariese mas; ó quando nombra á los emancipados, no obstante que el padre tenia otros en su poder, porque heredarán con su padre igualmente y no por el órden sucesivo (*d*).

12 El quarto caso es, quando instituyó á un tio suyo hermano de su padre, y á un primo hijo de otro hermano de este, pues aunque el tio es mas próximo en grado que el primo y abintestato le excluye de la herencia, entónces serán admitidos igualmente á ella, y no segun la prerogativa del grado (*e*). Y el quinto caso es, quando instituyó á uno individualmente ó por su nombre y á muchos colectivamente: v. gr. diciendo: *instituyo á Francisco y á qualesquiera hijos suyos por mis herederos*; pues es lo mismo que si nombrara y llamara singularmente á la herencia á cada uno de estos, por lo que se dividirá igualmente entre todos (*f*).

(*a*) Gom. lib. 1 Var. cap. 2 n. 4 vers. Sexto & finaliter. Guerr. de Divis. lib. 5 cap. fin. n. 7. (*b*) Guerreir. n. 8. (*c*) Guerreir. n. 11. (*d*) Guerreir. n. 12. (*e*) Guerreir. n. 23. (*f*) Guerreir. nn. 28, 29 y 30.

13 Y por el contrario lo expuesto en el n. 10 se limita en ciertos casos. El primero es, quando el testador instituyó, v. gr. á su hermano y á sus hijos, y esperaba que tuviese otros; pues le heredarán por el órden sucesivo, porque se conceptúan llamados así á la herencia, y se presume que no solo quiso llamar á los que estaban nacidos entónces, sino tambien á los que habian de nacer, para que ninguna diferencia hubiese entre todos (*a*). El segundo es quando llamó á su hermano y á sus hijos, no teniendo ningunos nacidos al tiempo del testamento, porque se contemplan llamados tambien por el órden sucesivo, á causa de que como no los conocia, no es creible les profesase el amor que á su padre, ni de consiguiente que quisiese igualarlos á este, para que le heredasen á un propio tiempo (*b*). El tercero es, quando instituyó á su hermano, y á los hijos nacidos y que habian de nacer de él (*c*), ó á sus hijos y descendientes, ó á sus hermanos y á los suyos, cuyo nombre comprehende lo mismo que el de hijos, y así en estos tres casos heredarán todos por el órden sucesivo (*d*). Y el quarto caso es, quando varias personas, entre las quales tiene lugar el órden de caridad, son llamadas alternativamente á la sucesion (*e*): ó son llamados muchos, el uno por su propio nombre y sus descendientes por una diccion ó palabra colectiva de muchos grados, como *Instituyo á Pedro y á sus hijos y descendientes*: ó quando se hace la institucion con un nombre colectivo que comprehende diversas personas y grados: v. gr. si el testador instituye á la familia, y á los agnados, hijos y descendientes: en cuyos casos serán admitidas por el órden sucesivo segun la prerogativa del grado (*f*).

14 Sobre si los herederos han de suceder por personas ó por estirpes (*g*), debo decir que si el testador instituye muchos herederos, al uno simplemente por su propio nombre, y á los demas colectivamente incluyendo mu-

(*a*) Morquech. de Divis. lib. 4 cap. 1 n. 36. (*b*) Morquech. n 37. (*c*) Morquech. n. 38. (*d*) Morquech. n. 39 al fin. (*e*) Guerreir. lug. cit. n. 34. (*f*) Guerreir. nn. 35 y 36. (*g*) Acerca de este punto dixe algo en el cap. 7 de este lib. nn. 44, &c. y 47.

chas personas que no descienden de él, no heredarán todos por personas ó con igualdad; pues el primero percibirá la mitad de la herencia, y todos los demas juntos la otra mitad que dividirán entre sí igualmente, como si dice: *Instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis herederos: ó Pedro sea mi heredero, y Juan y Francisco sean mis herederos*: porque todos los conjuntos se reputan una persona y no ocupan mas que un lugar, y otro el disyunto por sí solo (*a*).

15 Mas esto se limita, quando el testador añade á la institucion alguna palabra, por la qual se vé que quiso heredasen todos igualmente; v. gr. si dice: *Instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis herederos en partes iguales*: en cuyo caso heredarán todos con igualdad; bien que si son instituidos en diversas oraciones, como si dice: *Instituyo por mi heredero á Pedro, é instituyo tambien á los hijos de Juan por mis herederos en partes iguales, ó igualmente por estirpes*; percibirá Pedro la mitad de la herencia y los otros la otra mitad, porque la diccion por *partes iguales* apela sobre los hijos de Juan y los une entre sí, y no á Pedro con ellos (*b*) (1).

(*a*) Morquech. de Divis. lib. 4 cap. 1 nn. 19 y 28. (*b*) Morquech. nn. 22, 23, 24 y 25.

(1) En algunos de los últimos exemplos propuestos en este §. ha de inspeccionarse atentamente la voluntad del testador, pues me parece que en ellos no se conforma mucho el autor con esta.

En otro §. de este cap. trataba el autor del derecho de acrecer entre los herederos; esto es, del derecho en cuya virtud el que acepta su parte de herencia, adquiere la que el coheredero no quiso ó no pudo adquirir por algun motivo; pero no hay ninguna necesidad de hablar de semejante materia, ya porque como dice el mismo Febrero, el derecho de acrecer se usa hoy poco en estos reynos de Castilla á causa de ocurrir rara vez motivo para ello por el modo de ordenar las instituciones de herederos; y ya porque no apoyándose al presente dicho derecho en el axioma, *nadie puede morir en parte testado y en parte abintestato*; ni en otros principios de la Jurisprudencia Romana que ha derogado la nuestra, sino en la voluntad del testador, hasta decir que solo tendrá lugar siendo conforme á aquella, y que para conocer esto deben reflexionarse las palabras del difunto y atenderse las circunstancias de las personas, &c. Pueden verse en la I. P. c. 1 las notas de los nn. 41, 89, 128, 142 y 143.

CAPÍTULO IX.

Por qué causas se pueden recindir las particiones, y quándo habrá lugar á la eviccion de los bienes de la herencia ó legado.

§. I.

Por qué causas se pueden recindir ó anular las particiones de bienes de difunto.

1 Hecha la particion judicialmente, sea por los peritos que hubiesen elegido las partes, ó por los partidores nombrados públicamente en donde los hay, y presentada al Juez de la testamentaría del difunto, debe darles traslado de ella, para que estando arreglada la aprueben, y si no lo está, deduzcan los errores y agravios que contengan, aunque juntos no importen la sexta parte del total de su respectivo haber. Tambien se les debe comunicar al mismo fin siendo mayores, quando la hacen los partidores que nombra el testador para ello, y siendo menores, á sus tutores ó curadores; si bien aunque estos la consientan en sus nombres, podrán aquellos decir de agravios de ella dentro de los quatro años siguientes á los 25 de su edad, de suerte que lo mismo es que la aprueben que no, si los contiene; pues ni la permision concedida 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 iniquo, y solo sirve para libertarlos de gastos inútiles y perjuicios que se les causarian procediéndose judicialmente. Si la consienten, ha de proceder el Juez á su aprobacion; pero si alguna dice de agravios, debe comunicarlos á las otras, para que expongan lo que les convenga, y consistiendo aquellos 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 hallarse resuelto en este lo que se ha de determinar. De la sentencia que profiera, puede apelar el agraviado dentro de los cinco dias de la

ley en la forma regular, y hasta que se executoria y deshace el agravio, no se expide ni debe expedir á los interesados el testimonio de su adjudicacion.

2 Por varias causas se pueden impugnar y rescindir las particiones. La primera es por haberse hecho ante Juez del todo incompetente (*a*), y esta nulidad se puede alegar en todo tiempo, pues es tan grande que impide la execucion, aunque sea de tres sentencias conformes (*b*). Ademas no solo se anula la sentencia sino todo lo obrado ante él (*c*).

3 La segunda causa porque se pueden impugnar las particiones y alegar su nulidad, es por defecto de citacion de los interesados, como que esta es de derecho natural.

4 La tercera es por razon de lesion en la sexta parte de lo que tocó al perjudicado, y no basta que lo sea en la de una cosa sola, sino que precisamente ha de serlo en la de todo su legítimo haber, porque la lesion en una cosa sola, podrá compensarse con la mayor estimacion de otra, si se tasó en efecto por ménos de lo que valia (*d*): lo qual procede, ya prevenga la lesion de error substancial sin dolo, ya se omita por dolo ó ignorancia colacionar alguna cosa, ya los partidores causen agravio en el modo de liquidar y deducir, ya se origine de otro motivo, pues la ley no distingue, excepto que sobre el error y agravio haya recaido transaccion ó sentencia exequible dada en juicio contradictorio con pleno conocimiento de causa (*e*): y tambien procede, ya la particion se haga por el Juez, ya por un Arbitro, ya con el que en realidad no es heredero (*f*). Y para que solo tenga lugar la lesion en mas de la mitad, es necesario que se haya hecho la particion por convenio de los interesados (*g*),

(*a*) Ley 1 y todo el tit. Cod. Si à non competent. judic. (*b*) Felin. in cap. Ea quæ col. 2 de Re judicat. (*c*) Bald. in leg. Secundum col. 2 vers. Item nota, Cod. de Donat. (*d*) Leyes 79 y 80 ff. Pro socio. (*e*) Ayor. part. 3 q. 7. Valenz. consil. 129 n. 80. (*f*) Leyes 36 ff. Famil. erciscunde y 4 Cod. de Juris, & facti ignorant. (*g*) Leyes 2 Cod. de Rescindend. vendition. y 1 Cod. Communia utriusq. judic.

pues quando lo es por partidores, basta que sea en la sexta parte (*a*).

5 La quarta causa es por lesion enormísima, pues habiendo esta se presume que hubo dolo, el qual en todo acto y disposicion se entiende exceptuado, por ser contra derecho (*b*); y entónces será oido el leso, aunque sea mayor y hubiese jurado no contravenir á las particiones (*c*), porque dicha lesion no se comprehende en la renuncia general (*d*), y así se deben volver á hacer, si los errores y lesion son substanciales y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar, pues pudiéndose hacer, se deben reformar y permitir al demandado la eleccion de que se deshagan, ó se supla el engaño (*e*); y aunque algunos no asienten al suplemento, es lo mas equitativo para evitar nuevos dispendios y dilaciones á los interesados. Si la lesion proviene de mero error de cálculo, como que entónces no es substancial, ni perjudica á las partes en sus derechos, sino puramente material en quanto á la quota, no se deben deshacer las particiones sino las equivocaciones padecidas en la suma ó cantidad, por medio de notas ó prevenciones, expresándolo en la sentencia de aprobacion, para que no se dude que se tuvieron presentes, é insertándolas en cada testimonio de adjudicacion ó hijuela. Pero si las particiones son nulas por derecho, se deben hacer de nuevo, porque lo que ipso jure es nulo, se tiene por no hecho y ningun efecto surte, y así no se puede recindir ni enmendar (*f*). Y sobre quál se llame lesion enormísima, hay variedad de opiniones, por lo que se debe dexar al arbitrio del Juez (*g*).

6 Lo expuesto tiene lugar, aunque las partes aprueben el cálculo y la particion, porque con el mismo error con que se hicieron el cálculo y divi-

(*a*) Ayor. dich. part. 3 q. 6. (*b*) Morquech. de Divis. lib. 1 c. 11 nn. 22, 23 y 24. (*c*) Cov. in cap. Quamvis pactum, part. 2 §. 4 n. 5. (*d*) Gutier. in Repet. cap. Quamvis pactum, n. 92. (*e*) Guzman de Eviction. q. 116 n. 18. Ayor. part. 3 q. 10. (*f*) Leyes 5 vers. Post defectum ff. de Injusto, rupto testamento, y 4 Cod. de Legitim. hæred. lib. (*g*) Vease en la I. P. cap. 9 la nota del n. 36.

sion, se entiende hecha su aprobacion (*a*).

7 La quinta causa es, quando por error, olvido, engaño, ú ocultacion se dexó de colacionar y dividir alguna cosa de la herencia, en cuyo caso el que debió traerla á colacion, podrá ser compelido á ello de oficio y se dividirá (*b*), pues en este juicio nada debe dexar pro indiviso el Juez (*c*): bien que por esto no se deben recindir las particiones hechas, sino tan solo dividirse lo que no se dividió (*d*), porque lo útil no se vicia por lo inútil.

8 Y esto procede, aunque la particion se haya hecho por Arbitro y en el compromiso impuesto pena al que la impugnase (*e*); pues no obstante puede el interesado sin temor de incurrir en ella pretender que se dividan las cosas omitidas, porque con este hecho no impugna la particion, y únicamente intenta que lo omitido se parta, y el juicio se perfeccione ó concluya, lo qual es muy diverso: así como quando el Juez dexa de declarar ó determinar en la sentencia algunas de las pretensiones de los partidores, se le pide declare y determine lo que omitió (*f*). Y 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: fuera de que en todo negocio y contrato, aunque se celebre con las expresiones mas ámplias, siempre se entiende exceptuando el dolo malo (*g*).

9 Y la sexta causa porque se pueden impugnar y recindir las particiones, es por haberse hecho con el que por ningun título era heredero (*h*), aunque se imponga pena al que contravenga á ellas, pues no obstante esta quedará impune y no podrá ser compelido á pasar por ellas; mas si se hicieron con el heredero putativo y se

(*a*) Ley única. Cod. de Errore calculi. Morquech. cap. 11 cit. nn. 25 y 26. (*b*) Leyes 8 Cod. de Collationib. y 1 y 3. Cod. Familiæ erciscund. (*c*) Ley 25 §§. 19 y 20 ff. Familiæ erciscund. (*d*) Valasc. lug. cit. nn. 58 y 59. (*e*) Leyes 8 cit. al fin. y 122 §. 6 ff. de Verb. obligation. (*f*) Valasc. nn. 60, 61 y 62. (*g*) Gom. ley 77 de Toro n. 5. Valasc. nn. 63 y 64. (*h*) Leyes 4 Cod. de Juris, & facti ignorant. y 22. Cod. Familiæ erciscund.

confirmaron por sentencia, no pueden impugnarse por esta causa, porque entónces la division impide la repeticion de lo pagado como no debido (*a*).

10 Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones apelando de la sentencia; pues no hay duda que tiene lugar la apelacion así de las particiones que hizo el Juez Ordinario, como de las que hicieron los partidores nombrados por las partes (*b*); bien que de las formalizadas por estos me parece no puede haber apelacion, por no ser Jueces ni dar sentencia sino solo su parecer como peritos, excepto que estén nombrados en los términos y con las facultades que expuse en el lib. 1. cap. 2 n. 26.

11 Tambien se pueden deshacer en virtud de la restitucion por entero habiendo lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, y siendo menor de 25 años el leso (*c*); y aunque está prohibida al menor la division de la herencia ó cosa comun, sin que intervengan el decreto del Juez y la autoridad de su tutor ó curador, porque es especie de enagenacion (*d*), esto se entiende, quando todos los interesados son menores, porque á ninguno se permite provocar al otro al juicio por sí solo (*e*); psro si el menor es provocado á la division por el sócio ó partícipe mayor de 25 años, valdrá esta con solo la autoridad de su tutor ó curador (*f*), sin ser necesaria la intervencion de Juez, como ni tampoco quando el testador dexa nombradas personas que la hagan (*g*).

12 Este remedio tiene lugar, aunque sea pequeña la lesion, excepto que por la restitucion de cosa ó cantidad mínima se cause perjuicio al mayor, pues entónces se le deniega (*h*); y para llamarse pequeña ó grande se debe considerar en sí la cosa ó cantidad que pretende el menor se le restituya, y no comparativamente á otra co-

(*a*) Valasc. cap. 39 cit. nn. 67, 68, 69 y 75. (*b*) Valasc. lug. cit. n. 30. (*c*) Leyes ult. Cod. Communi dividundo y fin. ff. Famil. ercisc. (*d*) Narbona de ætate ann. 25 q. 52 n. 6. (*e*) Leyes 17. Cod. de prædiis & aliis rebus minorum y 7 ff. de rebus eorum. (*f*) Narbona lug. cit. q. 51 n. 1. (*g*) Vease en el lib. 1 c. 1 la nota del núm. 16. (*h*) Valasc. nn. 38, &c. y 41.

sa ó cantidad mayor: v. gr. la lesion de 1⅁ respecto de 100⅁ es pequeña, y en sí misma no lo es (*a*). Ademas este remedio dura hasta los 29 años del menor perjudicado (*b*), é impide la execucion de la sentencia, ó de las particiones hechas y aprobadas por esta, sino es que se intente maliciosamente para impedirla ó retardarla: y no se ha de innovar nada hasta que el pleyto se termine; si bien miéntras dura este, no se revoca lo executado (*c*).

13 No será restituido el menor, si le tocó por suerte la parte ó cosa en que fue leso, sin haber fraude, ni colusion, ya por la incertidumbre de á quien tocaria, que hace se admitan muchas cosas que de otra suerte no se admitirian (*d*), y ya porque hizo lo que el mas cuerdo y sagaz haria (*e*). Lo propio milita, quando todos los interesados fueron lesos en la estimacion de los bienes que se les adjudicaron, pues guardando igualdad ninguno puede quejarse de lesion, sea mayor ó menor (*f*).

14 La particion que se hizo entre los hermanos, no se ha de deshacer, quando se dió al uno mas que lo que se le debia dar, y solamente se ha de resarcir el daño ó lesion á arbitrio del Juez (*g*).

15 Los coherederos que en virtud de una division nula y pendiente el pleyto sobre la nulidad de ella recibieron sus partes en bienes que sin su culpa perecieron ántes de concluirse aquel, no tendrán obligacion de colacionar su valor al tiempo que se haga aquella de nuevo; pues por la division y contrato nulo no se transfiere el dominio, y qualquiera cosa perece para su dueño, á cuya conseqüencia los bienes perecerán para la herencia en comun, no para los coherederos á quienes se aplicaron, y estos recibirán nuevamente sus partes, como si la division no se hubiera hecho; aunque si enagenaron al-

(*a*) Covar. lib. 1. Var. cap. 3 n. 11. (*b*) Valasc. n. 42. (*c*) Valasc. nn. 43, 44, 48 y 49. (*d*) Gom. lib. 2. Var. cap. 14 n. 4. (*e*) Ley 6 al fin tit. 19 P. 6. Olea de Ces. jur. tit. 6 q. 10. Hermosill. ley 56 tit. 5 P. 5 glos. 11 y 12. (*f*) Ayor. part. 1 cap 3 nn. 31 y 32 Morquech. de Divis. lib. 1 cap. 11 n. 37 vers. Item intellige. (*g*) Morquech. lug. cit. n. 28.

guna cosa y recibieron su precio, han de colacionarle (*a*). Tampoco tendrán obligacion de colacionar los frutos percibidos de ellos, porque fueron poseedores de buena fe en virtud de título que se tenia por válido, qual es el de la division, y semejantes poseedores no estan obligados regularmente á la restitucion de frutos.

§. II.

Quándo habrá lugar á la eviccion de los bienes quitados en juicio á alguno de los herederos á quienes se adjudicaron, ó al legatario.

16 Sucede á veces que despues de hechas judicial ó extrajudicialmente las particiones, y dada á cada heredero la posesion de lo que le tocó, le quita á alguno de ellos en juicio un tercero alguna de las cosas que se le adjudicaron: en cuyo caso aquel, si luego que este le mueve pleyto sobre ella, hace que se cite de eviccion á los coherederos, para que salgan á su defensa, defiende á mas de esto diligentemente la causa sin dolo ni calumnia, apela siendo condenado en primera instancia y prosigue la apelacion, y dada executoria contra él entrega en su virtud la cosa demandada, podrá reconvenir á los coherederos, quienes, háyanse obligado ó no á la eviccion, deberán reintegrarle de lo que satisfizo por ellos (*b*); porque la division se considera como una permuta y compra tácita de la porcion que competia al coheredero en cada una de las cosas que habia pro indiviso: cada interesado tiene derecho á qualquiera mínima parte de la cosa ó cosas que estan sin dividir, y el contrato de permuta es tal, que si la cosa recibida en trueque falta, ó se quita por eviccion al cambiador, tiene recurso para recuperar la que dió ó dimitió (*d*).

17 No obsta alegar que en las últimas voluntades no debe tener lugar la eviccion, porque en virtud de ellas se adquiere por título lucrativo, y porque seria gravosa

(*a*) Hermosill. ley 56 cit. glos. 10 n. 6. (*b*) Guerreir. de divis. lib. 8 cap. 17 n. 5. (*c*) Gom. lib. 2. Var. cap. 2 n. 33 vers. Sexto infertur. (*d*) Roxas de incomp. disp. 3 q. 6 n. 17.

y nociva al donante su liberalidad (*a*); pues esto se entiende quando la donacion empieza por tradicion hecha de cosa agena, sea con cierta ciencia ó con ignorancia de que lo es, y no por promesa (*b*); y en las dexadas en testamento mas parece haber empezado por esta que por aquella (*c*). Ademas, el estar el coheredero obligado á su eviccion no es porque el testador lo estuviese por lo que dexó, ó legó liberalmente, sino porque quiso que cada heredero llevase su porcion entera; y por lo tanto si otro extraño se la quita, se debe hacer de modo que la voluntad del difunto se cumpla, mayormente si la cosa quitada se dió al hijo en pago de su legítima (*d*), 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 (*e*). 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 (*f*).

18 Ha lugar á la eviccion en la division que hagan los hermanos, por lo que si el uno se quita en juicio alguna cosa de las que se le aplicaron, están obligados los demas á prorata á saneársela, de modo que queden iguales (*g*); si bien por el contrario, quando el padre dividió sus bienes entre sus hijos, aunque al uno quite un tercero alguna cosa de las que su padre le dió, no tiene lugar su eviccion (*h*).

19 Mas sin embargo, quando se pierde la misma cosa por su naturaleza, como si á un hermano se adjudicó algun feudo, y habiendo dexado una hija que no podia obtenerle, se le quitó un tio suyo, no puede la hija usar de la eviccion contra él. Y lo propio milita en los bienes sujetos á fideicomiso, si por razon de este se quitan al que los tiene (*i*): lo qual procede, quando se estimaron en ménos de lo que valian por el peligro y gravámen, mediante á que este disminuye el valor y es parte de pre-

(*a*) Leyes 18 §. fin. ff. de Donat. y 62 ff. de Ædilitio edict. (*b*) Gom. lug. cit. n. 35. (*c*) Ley 23 ff. de Adquirend. posses. (*d*) Valasc. de Partit. c. 37 nn. 1, &c. y 6. (*e*) Valasc. n. 6 cit. (*f*) Valasc. n. 7 (*g*) Ley 14 Cod. Familiæ erciscund. (*h*) Ley 9 tit. 15 P. 6. (*i*) Menoch. lib. 1 consil. 87 n. 78.

cio (*a*); pues si no se tuvo consideracion al gravámen, y se apreció por todo lo que valia, como si no le tuviera, habrá lugar á la eviccion (*b*).

20 Ademas, quando la misma cosa ó fundo que se dudaba perteneciese á la herencia, se dividió igualmente entre todos los hermanos, aunque se quite al uno su parte, no habrá lugar á la eviccion, porque como estan todos en el mismo peligro, es visto haberse guardado igualdad entre ellos en dicha division. Y lo mismo procede, aunque no se dudase que era del difunto, si al principio del juicio amenaza el mismo riesgo á todos (*c*).

21 Pero lo dicho se limita, quando el hijo á quien se quitó su parte, fue gravado por esta razon en su legítima, en cuyo caso deben completársela los coherederos (*d*); y quando conste que quiso el testador se observase igualdad entre todos, como si dixo que cada uno llevase todo lo que le correspondia (*e*). Tambien se limita en la cosa que poseia el mismo testador (*f*).

22 Sobre si competirá al legatario la accion de eviccion contra los herederos del testador por el legado que se le quitó en juicio, se han de distinguir tres casos. El primero es, quando el legado fue específico de cierta cosa que el testador poseia como suya, en cuyo caso no le compete, porque 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 (*g*). Pero si sabiendo que era agena la legó, podrá el legatario pedirla, no por razon de eviccion sino como legado de estimacion en que se convierte, mayormente si aquel es persona conjunta como un hijo (*h*). El segundo caso es, quando el legado es genérico, en el qual le compete la accion de eviccion (*i*). Y el tercero es, quando el testador lega á persona conjunta la cosa agena creyendo que es suya, en cuyo caso vale el legado, y así el heredero está obligado

(*a*) Morquech. de Divis. lib. 1 cap. 8 nn. 6 y 7. (*b*) Ayor. part. 3 q. 9 n. 19. Morquech. n. 8. (*c*) Morquech. n. 12. Hermosill. ley 32 tit. 5 P. 5 glos. 1 n. 114. (*d*) Ley 36 Cod. de Inoffic. testam. (*e*) Morquech. n. 15. (*f*) Greg. Lop. ley 9 tit. 15 P. 6 glos. 2. (*g*) Ley 67 §. 8 ff. de Leg. 2. Morquech n. 20. (*h*) Gom. lib. 2. Var. cap. 2 n. 36. Valasc. de part. c. 37 nn. 8, &c. y 13. (*i*) Gom. dich. cap. 2. n. 5.

á eviccion, si en juicio se quita al legatario, porque se presume que aunque hubiese sabido que era agena, se la hubiera mandado dar ú otro tanto de sus bienes (*a*).

23 Pero no ha lugar á la eviccion en la cosa que el padre teniéndola por suya dexó con título de mejora ó fideicomiso á algun hijo suyo (*b*). Y lo mismo procede, quando lega alguna cosa en que solamente le compete el derecho de prenda, porque es visto legar esta y no la misma cosa (*c*): ó quando lega aquella que esperaba adquirir, porque se presume legar esta esperanza y no la cosa misma (*d*): ó quando lega á persona conjunta la cosa agena, creyendo ser suya por alguna causa nula; v. gr. porque la habia comprado á pupilo sin la solemnidad legal, pues no vale el legado, ni por consiguiente ha lugar á la eviccion, aunque lo contrario sucede, quando simple y absolutamente creia ser suya: ó si lega alguna cosa, juzgando tambien serlo por alguna causa que espiraba con su muerte, y él lo ignoraba; pero no, si lo sabia (*e*).

CAPÍTULO X Y ÚLTIMO.

Se extienden dos particiones para instruccion del partidor y dos escrituras de ellas.

§. UNICO.

EXEMPLAR PRIMERO.

Particion de los bienes que dexó un marido, entre su viuda é hijos de ámbos con mejora y colacion.

1 El Licenciado D. F. Abogado de los Reales Consejos, vecino de esta villa de tal, partidor nombrado unánimemente por Doña Clara de Vargas, viuda de D. Felipe Ximénez, por D. Josef Ximénez y Doña Ana Ximénez mayores de 25 años, y esta viuda de D. Santiago Lopez, y por Antonio de Sierra, curador de pleyto de D. Juan Ximénez, pupilo, todos tres hijos de am-

(*a*) Valase. cap. 37 cit. nn. 9 y 13. Véase en el cap. 6 de este lib. el n. 6 y su nota. (*b*) Ley 77 §. 8 ff. de Legat. 2. (*c*) Cov. n. 3 de Testam. cap. Filius. (*d*) Morquech. de Divis. lib. 1 cap. 8 n. 21. (*e*) Morquech. nn. 22 y 23. Quien quiera mas instruccion acerca de la eviccion de los bienes de la herencia, esté ó no errada la particion, vea á Hermosill. ley 32 tit. 5 P. 5 glos. 1.

bos, 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, baxo del que falleció; hago liquidacion, cuenta y particion de todos los bienes y créditos que dexó 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 debo hacer las suposiciones siguientes.

I.

Sobre la dote de Doña Clara de Várgas.

2 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 traxo á su matrimonio, y ascendieron á cincuenta mil reales segun sus tasaciones, inclusos diez mil que llevó en dinero efectivo, por lo qual se obligó á devolverla los quarenta mil 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 ducados que confesó cabian en la décima parte de los bienes libres con que se hallaba; y caso que no cupiesen, se los consignó en los que adquiriese en lo sucesivo á su eleccion; y mediante haber cabido entónces y caber tambien ahora en ella, se le bonificáran íntegramente, con la calidad de reservarlos para sus hijos si se volviere á casar, como asimismo el importe de su dote; pero respecto no constar haber llevado bienes parafernales que haya entregado á su marido, ni heredado despues cosa alguna, nada mas se le abonará como patrimonio suyo puesto en la sociedad conyugal; ni tampoco vestido ordinario, por no haberse inventariado.

II.

Sobre el capital y herencia de Don Felipe Ximénez.

3 El mencionado D. Felipe despues de haber con-

traído su matrimonio, y en el dia tantos de tal mes y año hizo ante tal Escribano capital de todos los bienes que habia llevado á él, y ascendieron á ciento y veinte mil reales, de los quales los ochenta mil fueron en bienes raices libres de todo gravámen, y los quarenta mil en muebles; y de todos otorgó á su favor la expresada Doña Clara el resguardo correspondiente para que siempre constase. Despues heredó de D. Pedro Ximénez, su tio treinta mil reales líquidos, baxada su parte de gastos judiciales, de cuya cantidad se le aplicaron en bienes tambien raices los veinte y cinco mil y los cinco mil restantes en alhajas de plata, segun acredita la adjudicacion que se le formó en la division hecha por su fallecimiento con otros sobrinos coherederos, y aprobada judicialmente por sentencia que dió en tal dia el Señor D. F. Corregidor de esta villa ante tal Escribano de su Número: de modo que el dicho D. Felipe Ximénez llevó al matrimonio que contraxo con la referida Doña Clara, la cantidad de ciento y cincuenta mil reales efectivos, los ciento y veinte mil al tiempo de su celebracion y los treinta mil restantes, miéntras duró. Y respecto haber caudal suficiente para satisfacer las deudas de la sociedad conyugal, y no constar que tuviese contra sí responsabilidades algunas, no hay motivo para minorar su capital, y así se estimarán por fondo suyo líquido puesto en ella, y se le abonarán íntegramente: previniendo que los bienes raices y alhajas de plata que llevó y existen, se aplicarán á sus hijos como patrimonio de su padre y no á su viuda, por haber otros con que reintegrarla así de su total haber con arreglo á lo estipulado en el contrato dotal como de luto, lecho, gananciales y demas que le corresponden por derecho, y segun la disposicion y obligacion que hizo su difunto marido.

III.

Sobre la dote dada á Doña Ana Ximénez por sus padres quando se casó.

4 La citada Doña Ana Ximénez contraxo matrimonio en tal dia de tal año con el referido Don Santiago Lopez, y llevó á él en dote por cuenta de ambas legíti-

mas treinta mil reales que le dieron sus padres en diferentes bienes muebles, dinero y alhajas de plata, como acredita el instrumento dotal que otorgó su marido en tal parte, tal dia de dicho mes y año; y mediante á que por ley se deben deducir de los gananciales las dotes y capitales, aunque solo el padre los dé ú ofrezca, y á que en el caudal inventariado los hay, se le imputarán en cuenta de su haber paterno los quince mil, mitad de los treinta mil, y retendrá en su poder otros quince mil para colacionarlos, quando se trate de dividir la herencia materna, como el derecho lo ordena; y los de la paterna se separarán para no detraer de su importe mejora ni legado de quota, especie, ni cantidad, para cumplir de esta suerte con la ley que prohibe se saquen mejoras de las dotes y donaciones que se colacionan, y para no perjudicar á la Doña Ana ni coherederos en cosa alguna de su legítimo haber. Despues, deducida de lo líquido del caudal paterno la mejora de tercio y quinto, se unirán los expresados quince mil reales al residuo para la division igual de legítimas entre todos tres herederos aplicándolos en vacio ó entrada por salida á la Doña Ana como recibidos, y lo que le falte para completar la suya, en bienes efectivos. Y sin embargo de que su carta dotal asciende á quarenta mil reales, no se le cargarán ahora, ni quando su madre muera, los diez mil restantes, á causa de no haber salido del patrimonio de sus padres, y sí proceder de dádivas y regalos que varias personas por afecto y no por mera contemplacion de aquellos le hicieron, como en ella se refiere, de suerte que en ningun tiempo los deberá colacionar con sus hermanos.

IV.

Sobre el testamento de Don Felipe Ximénez.

5 Don Felipe falleció en esta villa en tal dia baxo del testamento que habia otorgado en tal de tal mes y año ante tal Escribano, en el qual mandó se sepultase de secreto su cadáver sin ninguna pompa ni aparato fúnebre ni en su casa ni en la iglesia: que por su alma se celebrase misa de cuerpo presente con Diácono, Subdiácono, vigilia y responso en el dia de su entierro, y si no

pudiese ser, en el siguiente; y por la misma, las de sus padres y demas de su obligacion doscientas misas rezadas con limosna de á quatro reales cada una, dexando al arbitrio de sus testamentarios la celebracion de las ciento y cincuenta en las iglesias y altares que eligiesen, por tocar las cincuenta restantes como quarta parte á la Parroquia. Legó á su muger quinientos ducados en dinero, y otros quinientos á su hija Doña Ana, consignando los de esta en tales bienes raices, y mandando que si su valor excediese á ellos, se le aplicase el exceso en parte de legítima, y no completando su valor se le supliese en dinero. A Juan de tal su criado legó cincuenta ducados en dinero, dos vestidos de paño de tal y tal color casi nuevos, dos mudas enteras de ropa blanca interior, dos camisolas, dos corbatines de los de su uso, todo nuevo, y asimismo la cama completa en que dormia incluyendo en ella la armazon de madera, los dos colchones, quatro sabanas, quatro almohadas con dos fundas, y la manta y colcha que usaba, y á María su criada legó asimismo cien ducados en dinero y su cama en igual forma. Declaró el capital y la dote que él y su muger llevaron á su matrimonio, lo que queda dicho heredó de su tio, como tambien la dote que habia dado á dicha Doña Ana su hija en cuenta de ambas legítimas. Mandó se cobrase lo que se le debia, y pagase lo que estuviese debiendo, expresando que todo ello resultaria de sus papeles y asientos. Mejoró en el remanente del quinto de sus bienes á su hijo D. Josef y en el tercio al D. Juan, consignando á este para pago de su mejora tal y tal finca raiz, y previniendo que si no la completasen, se le aplicase el resto en otros bienes de su herencia. Nombró por sus testamentarios con facultad de insolidum y prorogacion del término legal á D. Pedro, Sancho y Diego de tal, y por tutora y curadora del D. Juan su hijo pupilo á su madre, relevada de fianzas. Instituyó por sus herederos universales á sus tres hijos únicos D. Josef, D. Juan y Doña Ana Ximénez. Y finalmente revocó y anuló todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hechas; que es quanto substancialmente resulta del dicho tes-

tamento que á este efecto he tenido presente. Con arreglo á él y á derecho se separará previamente el quinto de lo que le corresponda de los bienes inventariados y no de los colacionables: de él se baxarán los gastos de su funeral y misas, y los legados específicos y genéricos que hizo, aplicándose á Doña Clara el suyo con la obligacion en caso de pasar á segundas nupcias, de reservarle al D. Josef, á quien corresponde por su mejora: el residuo que quede de él, se adjudicará á este: luego del resto de los propios bienes inventariados se deducirá el tercio para aplicarle al D. Juan; y el sobrante despues de deducidos quinto y tercio se unirá á los quince mil reales que en parte de legítima paterna y como recibidos debe colacionar la Doña Ana: todo lo qual se hará un cuerpo y dividirá con igualdad entre los tres, aplicando á esta en vacío ó entrada por salida los mencionados quince mil reales, y en bienes efectivos lo que le falte para completar su legítima diminuta, y legado que le hizo su padre, como en la anterior suposicion se ha advertido.

V.

Sobre el inventario formalizado, liquidacion, y division del caudal inventariado y colacionado.

6 Habiendo fallecido el expresado D. Felipe, acudieron la Doña Clara de Várgas su viuda y sus dos hijos mayores en tal dia ante el Señor D. F. Corregidor de esta villa y por la escribanía numeraria de F. con la solicitud de que se hiciese inventario, tasacion y particion de sus bienes entre todos los interesados; y por un otrosí, con la de que se proveyese de curador de pleyto al menor, á la que defirió dicho Juez eligiendo por tal al referido Sierra, á quien precedida la solemnidad discernió el cargo, y con asistencia de todos se formalizaron el inventario y tasacion de quantos se hallaron pertenecerle que ascendieron á quatrocientos veintinueve mil reales en esta forma: en tierras de pan llevar treinta mil reales, en viñas veinte mil, en olivares sesenta mil, en casas quarenta mil, en trastos de madera ocho mil, en pinturas y dorado seis mil, en ropa blanca usada

y en piezas catorce mil, en vestidos de lana y seda diez mil, en colchones, mantas y fundas mil ochocientos, en cobre, peltre y azofar quatro mil, en plata labrada sin hechuras veinte mil, en diamantes por el tercio de su tasa, segun se refiere en el inventario, diez y ocho mil, en trigo de su cosecha doce mil, en cebada seis mil, en garbanzos mil y quinientos, en centeno y avena quinientos, en algarroba ochocientos, en vino nueve mil, en aceyte diez y ocho mil, en aperos de labor quatro mil, en bueyes y bacas quatro mil, en mulas yeguas y un caballo con sus aperos diez y nueve mil, en paja dos mil, en ganado lanar treinta y quatro mil, en barbechos sin sembrar seis mil, en deudas cobrables veinte mil, y en dinero efectivo sesenta mil y quatrocientos: las quales veintisiete partidas suman (salvo error) los mencionados quatrocientos veinte y nueve mil reales, importe total del caudal inventariado por muerte de D. Felipe Ximénez. De estos se harán con arreglo á la ley, á lo que resulta de los documentos mencionados y á la última disposicion de D. Felipe, las deducciones generales y particulares, y la distribucion y aplicacion correspondientes á los interesados en ellos: en primer lugar y como privilegiada la de la dote de Doña Clara importante cincuenta mil reales: en segundo, la de los diez mil que D. Felipe estaba debiendo á sus criados y otras personas quando falleció, segun se acredita por extenso en la última diligencia y declaracion del inventario, y por estar satisfechos no se formará hijuela de deudas; y en tercero, la de los ciento y cincuenta mil que llevó como capital á su matrimonio, cuyas tres partidas componen doscientos y diez mil reales; y baxadas del total resultan de gananciales doscientos y diez-nueve mil, de los quales se deducen mil y trescientos que suman los bienes de que se compone el lecho quotidiano que ambos usaban, y se ha de aplicar á la Doña Clara, mediante permanecer viuda, y quedan de gananciales líquidos partibles con igualdad doscientos diez y siete mil setecientos reales, cuya mitad son ciento ocho mil ochocientos y cincuenta. Unida la mitad de gananciales al capital de D. Felipe, es su total haber el de

doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos y cincuenta reales; y baxados de ellos cinco mil y quinientos por las arras que ofreció á su muger, y mil por el luto ordinario que segun costumbre deben darle sus herederos, queda reducido á doscientos cincuenta y dos mil quatrocientos y cincuenta, cuyo quinto son cincuenta mil quatrocientos y setenta, baxado este, resultan de caudal doscientos un mil ochocientos y ochenta reales, de los quales el tercio son sesenta y siete mil doscientos noventa y tres y once maravedis; por manera que hecha esta deduccion quedan para legítimas ciento treinta y quatro mil quinientos ochenta y seis, y veintitres maravedis, á los que se aumentan los quince mil, mitad de los treinta mil que Doña Ana Ximénez tiene recibidos y debe colacionar en cuenta de su legítima paterna, como se ha prevenido en la suposicion tercera y al fin de la quarta, y con ellos asciende el total de legítimas á ciento quarenta y nueve mil quinientos ochenta y seis reales, y veintitres maravedis, de cuya cantidad tocan á cada hijo quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales, y siete maravedis. Por lo respectivo á la liquidacion del quinto importante los dichos cincuenta mil quatrocientos y setenta reales, se deben baxar de ellos diez y siete mil seiscientos setenta y un reales, y ventiseis maravedis que importan el funeral y misas de D. Felipe, los legados que hizo, y los derechos de visitar su testamento, y queda reducido á treinta y dos mil setecientos noventa y ocho reales, y ocho maravedis, los quales se aplicarán á su hijo Don Josef como mejorado en su residuo con el importe de su legítima. Segun esta liquidacion el haber de Doña Clara por todos sus derechos asciende á ciento setenta y dos mil ciento y cincuenta reales en esta forma: cincuenta mil por su dote, ciento y ocho mil ochocientos y cincuenta por su mitad de gananciales, cinco mil y quinientos por sus arras, mil por el luto, mil y trescientos por el lecho, y cinco mil y quinientos por el legado que le hizo su marido: el de D. Josef á ochenta y dos mil seiscientos y sesenta reales, y quince maravedis; los quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos,

y siete maravedis por su legítima, y los treinta y dos mil seiscientos noventa y ocho maravedis por el residuo del quinto: el de D. Juan á ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco reales, y diez y ocho maravedis, los quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos, y siete maravedis por su legítima, y los sesenta y siete mil doscientos noventa y tres, y once maravedis por su mejora del tercio; y el de Doña Ana á cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales, y siete maravedis, los quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos, y siete maravedis por su legítima, y los cinco mil y quinientos por el legado que su padre le hizo. Unidos estos haberes con los diez mil reales de las deudas comunes y y con el importe de las misas, entierro, legados de criados y derechos de visita del testamento, y agregados á estas partidas dos maravedis, de que por tener muy incómoda division y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados no se hizo mérito, componen quatrocientos quarenta y quatro mil reales, total caudal inventariado y colacionado; y baxados los quince mil traidos á colacion queda reducido á los quatrocientos veintinueve mil inventariados. Y es de tener presente que nada se abona á la viuda por razon de alimentos ni intereses de dote retardada á causa de haber estado viviendo con sus hijos y gastado todos de una masa desde la muerte de su marido, sin haber resultado incremento en el caudal en el corto tiempo que ha estado pro indiviso, segun se me ha informado. Con arreglo á todo lo expuesto procedo á formar el cuerpo de hacienda, liquidacion y deducciones de él en la forma siguiente.

Cuerpo de hacienda.

7 Se ponen por caudal treinta mil reales en que se han valuado las tierras de pan llevar inventariadas por muerte de D. Felipe Ximénez. . . . . 300.

Mas, veinte mil reales á que ascienden las

300.

30ᴅ.

viñas que dexó. . . . . 20ᴅ.
Mas, sesenta mil reales en que se han apreciado los olivares que le pertenecian. 60ᴅ.
Mas, quarenta mil reales, precio total y líquido de dos casas que poseia en tal y tal calle. . . . . 40ᴅ.
Mas, ocho mil reales, importe de los trastos de madera y menage de su casa. . 8ᴅ.
Mas, seis mil reales en que se han tasado las pinturas y dorado. . . . . 6ᴅ.
Mas, catorce mil reales que importan la ropa blanca usada y en piezas. . . . . 14ᴅ.
Mas, diez mil reales á que han ascendido los vestidos de lana y seda. . . . . 10ᴅ.
Mas, mil y ochocientos reales en colchones, mantas y fundas para almohadas. 1ᴅ800.
Mas, quatro mil reales en cobre, peltre y azofar. . . . . 4ᴅ.
Mas, veinte mil reales en plata labrada sin hechuras. . . . . 20ᴅ.
Mas, diez y ocho mil reales en diamantes por el tercio. . . . . 18ᴅ.
Mas, doce mil reales en tantas fanegas de trigo. . . . . 12ᴅ.
Mas, seis mil reales en tanta cebada. . 6ᴅ.
Mas, mil y quinientos reales en tantas arrobas de garbanzos. . . . . 1ᴅ500.
Mas, quinientos reales en tantas fanegas de centeno y tantas de avena. . . . . ᴅ500.
Mas, ochocientos reales en tantas fanegas de algarroba. . . . . ᴅ800.
Mas, nueve mil reales en tantas arrobas de vino. . . . . 9ᴅ.
Mas, diez ocho mil reales en tantas de aceyte. . . . . 18ᴅ.

279ᴅ600.

279600.

Mas, quatro mil reales en aperos para la labor. . . . . 4000.
Mas, otros quatro mil reales en tantos bueyes y bacas. . . . . 4000.
Mas, diez y nueve mil reales en tantas mulas, tantas yeguas y un caballo con sus guarniciones. . . . . 19000.
Mas, treinta y quatro mil reales en tantas cabezas de ganado lanar. . . . . 34000.
Mas, dos mil reales en tantas arrobas de paja. . . . . 2000.
Mas, seis mil reales en que se han estimado los barbechos sin sembrar. . . . 6000.
Mas, veinte mil reales en deudas á su favor cobrables. . . . . 20000.
Mas, sesenta mil y quatrocientos reales en dinero. 60400

Total importe del caudal inventariado. 429000

Asciende el caudal inventariado por fallecimiento de D. Felipe Ximénez (salvo error) á quatrocientos veinte y nueve mil reales, segun aparece de la suma general de las veintisiete partidas anteriores, y de ello se hacen las deducciones siguientes:

Baxas comunes ó generales.

8 Se baxan del cuerpo del caudal inventariado cincuenta mil reales que consta haber llevado en dote á su matrimonio Doña Clara de Vargas, segun se ha sentado en la primera suposicion. . . . 50000.
Mas, diez mil reales, importe de las deudas contraidas durante su matrimonio con

50000.

50@.

su difunto marido, segun consta de la última declaracion del inventario, y que por estar ya satisfechas no se individualizan. . . 10@.

Mas, ciento y cincuenta mil reales á que ascienden los bienes que D. Felipe Ximénez llevó á su matrimonio, y heredó durante él de su tio D. Pedro Ximénez. . . . 150@.

Total de baxas comunes. . . . . 210@.

Resultan de gananciales. . . . . 219@.

Importan las baxas comunes hechas del caudal inventariado doscientos y diez mil reales, y cotejados estos con los quatrocientos veintinueve mil inventariados resultan de gananciales doscientos y diez y nueve mil reales, de los quales se hace la siguiente deduccion.

Baxa de los gananciales.

9 Se deducen de los gananciales mil y trescientos reales que valen los colchones y demas cosas de que se compone el lecho que usaban diariamente Don Felipe y su viuda, y corresponde á esta por permanecer sin casarse. . . . . 1@300.

Quedan de gananciales líquidos partibles con igualdad. . . . . 217@700.

Cuya mitad son. . . . . 108@850.

De los doscientos diez y nueve mil reales á que ascienden los gananciales adquiridos por D. Felipe y su muger durante su matrimonio, baxando mil y trescientos que importan los bienes de que se compone el lecho quotidiano, quedan líquidos y partibles entre ambos con

igualdad doscientos diez y siete mil y setecientos: cuya mitad perteneciente á cada uno son ciento ocho mil ochocientos y cincuenta, por lo que se procede á liquidar el haber de D. Felipe y á hacer de él las deducciones correspondientes.

Haber de Don Felipe Ximénez.

10 A Don Felipe Ximénez y por su representacion á sus hijos tocan por el capital llevado al matrimonio y herencia de su tio habida durante él.	150@.
Mas, por su mitad líquida de gananciales ciento ocho mil ochocientos y cincuenta reales.	108@850.
Total haber suyo.	258@850.

Baxas de este haber.

11 Por las arras que ofreció á su muger al tiempo de su matrimonio, cinco mil y quinientos reales.	5@500.
Por el luto ordinario que sus herederos deben darle segun costumbre, se le regulan mil reales.	1@.
Importan estas dos deducciones. .	6@500.
Queda reducido su haber á.	252@350.

Distribucion del caudal líquido de Don Felipe Ximénez entre sus hijos.

12 El caudal líquido de Don Felipe son doscientos cincuenta y dos mil trescientos cincuenta reales.	252@350.
Importa el quinto de estos.	50@470.
Quedan de caudal para sacar el tercio de mejora.	201@880.
El tercio de estos son.	67@293...11.
Quedan para legítimas.	134@586...23.

Aumento por via de colacion á las legítimas.

Se aumentan al caudal que queda para legítimas paternas, por lo que Doña Ana Ximénez tiene recibido á cuenta de la suya, quince mil reales.	15@.
Total de legítimas.	149@586...23.
Tocan á cada uno de los tres hijos de D. Felipe Ximénez por su legítima paterna.	49@862... 7.

Asciende el total haber de D. Felipe Ximénez á doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos y cincuenta reales, y baxados de ellos los seis mil y quinientos importe de las arras y luto de su viuda quedan líquidos doscientos cincuenta y dos mil trescientos y cincuenta, de los quales el quinto son cincuenta mil quatrocientos y setenta, y el tercio sesenta y siete mil doscientos noventa y tres reales y once maravedis: de suerte que hay para distribuir ciento treinta y quatro mil quinientos ochen-

ta y seis reales y veintitres maravedís, y agregando á estos los quince mil que debe colacionar Doña Ana Ximénez, compone el total de legítimas ciento quarenta y nueve mil quinientos ochenta reales, y veintitres maravedís, y de ellos tocan á cada uno de sus tres hijos quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales, y siete maravedís.

Liquidacion y distribucion del quinto.

13 El quinto de los bienes de Don Felipe Ximénez asciende á cincuenta mil quatrocientos setenta reales. . . . . 50@470.

Baxas de él.

Se baxan mil y ochocientos reales, importe del funeral, segun consta de recibos. . . . . 1@800.

Mas, doscientos once reales y veinti seis maravedis, limosna de las cincuenta misas de la quarta parroquial á quatro reales, y ocho maravedis de cera y oblata. . @211...26.

Mas, seiscientos reales por las ciento y cincuenta restantes á quatro reales. . . @600.

Mas, veinte reales legados á las mandas forzosas. . . . . @020.

Mas, otros veinte á los Reales hospitales. . . . . @020.

Mas, cinco mil y quinientos que legó á su muger. . . . . 5@500.

Mas, otros tantos que legó á sus hijas. 5@500.

Mas, dos mil y doscientos, importe del legado que en dinero efectivo y otros bienes hizo á su criado. . . . . 2@200.

Mas, mil y ochocientos por el que hizo á su criada en dinero y cama. . . . 1@800.

17@651...26.

	17@651...26.
Mas, veinte reales, importe de los derechos de visitar el testamento.	@020.
Importan estas deducciones.	17@671...26.
Total del quinto.	50@470.
Líquido sobrante del quinto.	32@798... 8.

El quinto de los bienes propios de D. Felipe Ximénez suma cincuenta mil quatrocientos y setenta reales, y deducidos diez y siete mil seiscientos setenta y uno, y veintiseis maravedis, á que ascienden los gastos de su funeral, entierro y legados que hizo, quedan sobrantes treinta y dos mil setecientos noventa y ocho reales y ocho maravedis, los que se han de aplicar á su hijo D. Josef como mejorado en su remanente, á mas de su legítima.

Resúmen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion por todos sus derechos.

Haber de Doña Clara de Várgas.

14 Doña Clara de Várgas debe haber por su dote.	50@.
Mas, por su mitad de gananciales. .	108@850.
Mas, por sus arras.	5@500.
Mas, por el luto ordinario.	1@.
Mas, por el lecho quotidiano. . . .	1@300.
Mas, por el legado que su marido le hizo.	5@500.
Total haber de Doña Clara.	172@150.

Haber de Don Josef Ximénez.

Don Josef Ximénez debe haber por su legítima.	49@862.....7.
Mas, por el residuo del quinto. . . .	32@798.....8.
Total haber de Don Josef.	82@660...15.

Haber de Don Juan Ximénez.

Don Juan Ximénez debe haber por su legítima.	49@862.....7.
Mas, por su mejora del tercio. . . .	67@293...11.
Total haber de Don Juan.	117@155...18.

Haber de Doña Ana Ximenez.

Doña Ana Ximénez debe haber por su legítima.	49@862.....7.
Mas, por el legado de quinientos ducados que le hizo su padre.	50;00.
Total haber de Doña Ana.	55@362.....7.

De la liquidacion y deducciones precedentes resulta que el haber de Doña Clara por todos sus derechos son ciento setenta y dos mil ciento y cincuenta reales, el de Don Josef ochenta y dos mil seiscientos y sesenta con quince maravedis, el de D. Juan ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco con diez y ocho maravedis, y el de Doña Ana cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos, y siete maravedis; y con arreglo á ellas y á lo prevenido en las suposiciones procederé á formar las adjudicaciones á los interesados.

Comprobacion de esta cuenta.

15 Por el importe de las deudas contra el caudal. . . . . 10ℳ.
Por el haber de Doña Clara de Várgas. 172ℳ150.
Por el haber de Don Josef Ximénez. 82ℳ660...15.
Por el de Don Juan Ximénez. . . . . 117ℳ155...18.
Por el de Doña Ana Ximénez. . . . 55ℳ362.....7.
Por el funeral. . . . . 1ℳ800.
Por la limosna de las doscientas misas. ℳ811...26.
Por el legado hecho á las mandas forzosas. . . . . ℳ020.
Por el de los Reales hospitales. . . . . ℳ020.
Por el legado de su criado. . . . . 2ℳ200.
Por el de su criada. . . . . 1ℳ800.
De dos maravedis que faltan para completar todo el caudal, por ser muy incómoda su division entre los tres herederos y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados, no se hizo mérito. ℳ. 2.

Total caudal incluso el colacionado. 444ℳ.

Báxanse como colacionados. . . 15ℳ.

Quedan de caudal. . . . . 429ℳ.

Importa el inventario los mismos. . . 429ℳ.

Igual. . . . . ℳ.

Haber de Doña Clara de Várgas.

16 Doña Clara de Várgas viuda de Don Felipe Ximénez debe haber por su dote cincuenta mil reales. . . . . 50@.

Mas, por su mitad de gananciales ciento y ocho mil ochocientos y cincuenta reales. . 108@850.

Mas, por las arras que su marido le ofreció al casarse, cinco mil y quinientos reales. 5@500.

Mas, por el luto ordinario mil reales. . . 1@.

Mas, por el lecho quotidiano mil y trescientos reales. . . . . 1@300.

Mas, por el legado que su marido le hizo, cinco mil y quinientos reales. . . . . 5@500.

Total haber de Doña Clara de Várgas. 172@150.

Asciende el haber de Doña Clara de Várgas por todos sus derechos á ciento setenta y dos mil ciento y cincuenta reales, de los quales se le hará pago con los bienes siguientes.

Adjudicacion y pago.

17 Se aplican á Doña Clara de Várgas quatro tierras de pan llevar sitas en término de esta villa y pago llamado N. que estan unidas, componen tantas fanegas de sembradura, y lindan por el oriente con el arroyo nombrado M, por Poniente con la senda que desde esta villa va á la de tal, por el Septentrion con tierras del vínculo de F, y por el Mediodia con otras de G; cuyas tierras adquirieron Doña Clara y su marido durante su matrimonio por venta que en precio de tres mil reales formalizó á su favor F. de tal vecino de esta villa á tantos del tal mes y año ante F. Escribano de su Número; las quales para esta particion se valuaron en la

misma cantidad.	30.
Mas se le adjudican, &c.	0.
Total de bienes aplicados.	172@150.
Total haber suyo.	172@150.
Queda paga enteramente.	0.

Importan los bienes aplicados á Doña Clara de Várgas ciento setenta y dos mil, ciento y cincuenta reales, y lo que debe percibir por todos sus derechos, la misma cantidad, por lo que queda satisfecha enteramente de ellos.

Hijuela para Doña Ana Ximénez.

18 Doña Ana Ximénez una de los tres hijos y herederos que dexó D. Felipe Ximénez, debe haber por su legítima paterna quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales, y siete marevedis.	49@862...7.
Mas, por el legado que su padre le hizo, cinco mil y quinientos reales.	5@500.
Total haber de Doña Ana Ximénez. .	55@362...7.

Importa el total haber de Doña Ana Ximénez cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales con siete maravedís que se han de completar con los bienes siguientes:

Adjudicacion y pago.

19 Se dan en pago á Doña Ana Ximénez quince mil reales que en cuenta de su legítima paterna percibió al casarse, segun se

ha sentado en la suposicion tercera, por lo que se le aplican en vacío como recibidos. . 150.
Mas, se le aplican, &c. . . . . 0.

Total de bienes aplicados á Doña Ana. 55362...7.

Total haber suyo. . . . . 55362...7.

Queda sasisfecha enteramente. . . . . 0.

Ascienden los bienes aplicados á Doña Ana Ximénez á cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales con siete maravedis, y lo que debe haber por sus derechos la propia cantidad, por lo que queda pagada enteramente de ellos.

20 En las adjudicaciones lo mismo es anteponer que posponer los bienes, con tal que los de cada clase vayan unidos, y hasta completar la suma que deba aplicarse de una, no se empieze con otra para evitar confusion, y que se sepa, si se guardó la posible analogía ó proporcion en todas. De los bienes raices se mencionarán, si se quisiese, los títulos de propiedad en cada partida, si cada finca las tiene diversos, y sino, en cada dos ó mas que comprehendan. Y si alguna interesada es muger casada, se le ha de hacer la adjudicacion nombrándola primero en ella, y diciendo luego: *y en su nombre y como su marido á F.*; y si hay menor, fatuo ó loco, se le ha de nombrar tambien, y por su representacion á su tutor ó curador que deben percibir por ellos la herencia, y se han de mencionar tambien en el exôrdio de la particion. Concluidas todas las adjudicaciones se harán las declaraciones siguientes ú otras que convengan.

Declaraciones.

I. Se declara que siempre que aparezcan algunos otros bienes y créditos pertenecientes á este caudal, se deberán tener por incremento de él y dividirse en la

forma que los inventariados entre todos los partícipes; y lo mismo deberá practicarse con los débitos, cargas y responsabilidades que resulten contra él, y por no haberse tenido presentes, no se han deducido: de suerte que todos los interesados quedan obligados proporcionalmente á la solucion de las segundas, como con igual derecho al percibo de los primeros.

II. Igualmente se declara que si alguna ó algunas de las fincas raices inventariadas y aplicadas en el concepto de libres resultaren estar vinculadas, ó pertenecer en todo ó en parte á tercero, y por consiguiente no ser de esta testamentaría; el importe principal de ellas, las expensas que se originen á la persona á quien se han adjudicado, ó á la que en lo sucesivo la represente, caso que se le mueva litigio sobre su reivindicacion, y los daños que experimente, deberán tenerse por ménos caudal, y bonificarle los otros partícipes sin excusa su respectiva parte, de modo que quede enteramente saneada del valor de lo adjudicado y de los perjuicios; pero deberá seguir y defender el pleyto que se suscite, citando de eviccion conforme á derecho y no de otra suerte á los demas interesados, y hasta que se executorie, no tendrá derecho á dicha repeticion.

III. Asimismo se declara no se ha formado hijuela de deudas, por estar satisfechas no solo las comunes que quedan deducidas, sino tambien las del quinto, con el dinero inventariado, por lo que solo se ha distribuido lo líquido que ha correspondido á cada interesado.

IV. Tambien se declara que de las escrituras, y demas documentos y papeles de propiedad de las fincas raices inventariadas se deben entregar á cada interesado los correspondientes á los que se las adjudicaron, para acreditar su legitimidad, y para que con el testimonio de su adjudicacion le sirvan de resguardo y título de pertenencia en todo tiempo.

V. Ultimamente se declara que los derechos de inventario, tasacion, particion, su aprobacion, testimonio de las adjudicaciones que con insercion de las suposiciones, de la sentencia y de estas declaraciones se han de

dar á los interesados, de papel gastado y demas diligencias que ocurran hasta la evacuacion de todo, y los del curador del pleyto del menor no se han de deducido, y así deberá tasarlos la persona que elija el Señor Juez de esta testamentaría, con separacion de los que corresponden á cada uno de los que intervinieron en ello, especificándose en la tasacion lo que toca á cada partícipe satisfacer por su parte; y á mas de los derechos comunes á todos habrá de satisfacer el menor á su curador los suyos. Con estas declaraciones concluyo esta particion que con arreglo á los documentos que se me manifestaron, y devolví á quien me los entregó, y baxo del juramento que hice, he hecho bien y fielmente segun mi inteligencia, sin causar agravio á los interesados, por lo que la firmo en esta villa de tal á tantos de tal mes y año, &c.

21 Si quedare algo sin dividir por estar en litigio ó por otra causa, se declara, y si hubiere motivos para hacer mas declaraciones, se harán.

22 Las hijuelas de deudas se han de formar en cabeza del viudo, viuda, ó hijo mayor; y mas seguro y puntual para su pago, poniéndose primero los acreedores con individualidad, y luego los bienes que se le apliquen para su satisfaccion, como se advertirá en el exemplar siguiente.

23 El papel que corresponde á las particiones es el del sello quarto mayor, á las hijuelas el del sello tercero, y en el intermedio comun. Si fueren tan voluminosas que no quepan en quaderno, se pondrá en el primero un pliego del mismo sello tercero y otro en el último, y el papel de los intermedios de estos dos quadernos y el de los demas será sin sello, que es lo que se practica en esta corte.

EXEMPLAR SEGUNDO.

Particion de los bienes del marido entre su viuda é hijos de dos matrimonios con mejora, reserva y colacion.

24 Don F. vecino de esta villa, partidor nombrado por Doña Juana Velázquez, viuda en segundas nupcias de Don Jorge Sarmiento, por Don Josef y Don Juan Sarmiento y Céspedes mayores de 25 años, sus hijos habidos en su primer matrimonio con Doña Lucía de Céspedes, y por Antonio del Rio, curador de pleyto de Don Isidro y Doña Ignacia Sarmiento y Velázquez menores, tambien sus hijos tenidos en su segundo matrimonio con la expresada Doña Juana Velázquez, todos quatro instituidos por únicos y universales herederos del citado Don Jorge en el testamento que formalizó en esta villa á tantos del tal mes y año ante tal Escribano, baxo del que falleció; hago liquidacion y division de todos los bienes y créditos que dexó el referido Don Jorge con vista y reconocimiento exâcto de su testamento, inventarios formalizados por su muerte y por la de su primera muger, cartas de dote de ámbas, capitales del difunto llevados á sus dos matrimonios, y de otros papeles concernientes á su mas perfecto desempeño, y para la debida claridad debo hacer las suposiciones siguientes.

Suposiciones acerca del primer matrimonio.

I.

Sobre la dote de Doña Lucía de Céspedes, muger primera de Don Jorge.

25 En tal dia de tal mes y año el expresado Don Jorge hallándose próximo á contraer matrimonio

con la referida Doña Lucía de Céspedes, otorgó á su favor ante tal Escribano carta de pago y recibo de los bienes y efectos que llevó á él por dote y caudal propio, y ascendieron á treinta mil reales segun su tasacion, veintiquatro mil en tierras y viñas, sitas en tales parages, término de tal pueblo, y seis mil en ropas y otros muebles, obligándose á devolverle la expresada cantidad en esta forma: los veintiquatro mil en los propios bienes raices, y los seis mil en muebles á justa tasacion, siempre que el matrimonio se disolviese por qualquiera de las causas prescriptas por derecho. En el mismo contrato dotal le ofreció en arras, ó como mas hubiese lugar, doscientos ducados que confesó cabian en la décima parte de los bienes libres con que se hallaba á la sazon; y para el caso de no caber se los consignó en los que adquiriese en lo sucesivo á su eleccion; y respecto haber cabido entónces y al tiempo que falleció, se le abonarán. Pero mediante á que los bienes raices se pusieron por el total de su tasa, sin deducir los gravámenes á que eran responsables, por ignorarlo el D. Jorge y no haberlo expresado la Doña Lucía, y que tenian contra sí un censo de doscientos ducados de principal al quitar á favor de tal capellanía, se baxarán estos del importe dotal para hacer del resíduo como líquido la distribucion y aplicacion, y quedará reducido á veinteisiete mil y ochocientos reales, los que se tendrán por dote efectiva de la citada Doña Lucía para su abono; y en atencion á no constar haber heredado cosa alguna despues de casada, ni llevado bienes parafernales que haya entregado á su marido, nada habrá que abonarle por esta razon.

II.

Sobre el capital que Don Jorge llevó á su primer matrimonio.

26 Habiendo contraido su matrimonio el mencionado Don Jorge Sarmiento, formalizó en tal dia,

mes y año ante tal Escribano capital de todos los bienes que habia llevado á él, y Doña Lucía su muger otorgó á su favor el correspondiente resguardo. Dichos bienes consistieron en plata, dinero y otras cosas muebles y ascendieron á quarenta mil reales, los que se obligó á tener la referida por caudal de su marido, para que se deduxese su importe despues de su dote y deudas de su matrimonio, si las hubiese, y ántes que los gananciales; lo qual se practicará así, mediante haber sido efectivos, y declarado con juramento Don Jorge no tener contra sí deuda ni responsabilidad alguna, ni haber resultado despues; pero no se le abonará otra cosa, por no constar que la hubiese llevado al matrimonio ni heredado en su intermedio.

III.

Sobre el testamento de Doña Lucía de Céspedes, primera muger de Don Jorge Sarmiento.

27 Hallándose gravemente enferma Doña Lucía, otorgó su testamento en tal dia, mes y año ante tal Escribano, en el qual ordenó, que se amortajase su cadáver con tal hábito y sepultase en público en su parroquia con tal aparato fúnebre: que el dia de su entierro siendo hora, y si no, en el siguiente, se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente, con Diácono, Subdiácono, vigilia y responso: que lo mas breve que fuese posible, se le dixesen cien misas rezadas, dando por la limosna de cada una tres reales, de que sacada la quarta parroquial, mandasen celebrar sus testamentarios las restantes en donde les pareciese. Legó á su marido quinientos ducados por una vez: mejoró en el tercio y remanente del quinto de sus bienes á Doña Micaela Sarmiento y Céspedes su hija de edad de quatro años, en atencion á estar sin criar y ser muger, consignándole la mejora en bienes raices de los que habia llevado en dote quando se casó, y en los demas rai-

ees que por razon de gananciales pudiesen corresponderle. Nombró por sus testamentarios con facultad insolidum á dicho su marido, y á D. F. y F. instituyó por sus únicos y universales herederos á los expresados D. Josef, Don Juan y Doña Micaela Sarmiento y Céspedes sus tres hijos, habidos en su matrimonio con D. Jorge Sarmiento su marido; y finalmente revocó y dió por nulas todas sus disposiciones testamentarias anteriores, segun resulta todo mas difusamente del mencionado testamento, con arreglo al qual y á derecho se harán las deducciones y aplicaciones correspondientes, como se advertirá en la siguiente suposicion.

IV.

Sobre el inventario y distribucion de los bienes que dexó Doña Lucía de Céspedes.

28 Habiendo fallecido Doña Lucía baxo del expresado testamento, solicitó Don Jorge su marido se hiciese inventario de todos los bienes que habian quedado, para que nunca fuesen perjudicados sus hijos; y con efecto por auto que proveyó el Señor D. F. Teniente Corregidor de este villa en tantos de tal mes y año ante tal Escribano de su Número, defirió á su solicitud; á cuya conseqüencia se formalizó ante tal Escribano en diferentes dias, y los bienes inventariados ascendieron á ciento cincuenta y dos mil y doscientos reales en esta forma: en tierras tanto, en olivares tanto, &c. (*Se pondrán por clases y por mayor los bienes como en la última suposicion del primer exemplar.*) En este estado se quedó el inventario, y los bienes permanecieron en poder de Don Jorge, quien declaró á su final no haber deudas algunas contra el caudal, por lo que se baxarán solamente de ellos los doscientos ducados que deben considerarse por ménos dote, á causa de no haberse rebaxado quando se hizo el inventario, sino ántes bien puesto por el total de sus tasas los bienes

hipotecados á ellos, de suerte que quedará reducido el caudal inventariado por fallecimiento de Doña Lucía á ciento y cincuenta mil reales, de los quales se deducen sesenta y siete mil y ochocientos, los veintisiete mil y ochocientos por su dote líquida, y quarenta mil por el capital de su marido; y restados del cuerpo efectivo del caudal resultan de utilidades en su matrimonio ochenta y dos mil y doscientos, cuya mitad son quarenta y un mil y ciento. Segun esta liquidacion asciende el haber de D. Jorge á ochenta y seis mil y seiscientos reales, quarenta mil por su capital, quarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, y cinco mil y quinientos del legado que le hizo su difunta muger; pero como de dicha cantidad deben baxarse dos mil y doscientos reales por las arras que ofreció á su muger, y el importe de dicho legado por deber reservarle á sus hijos, como adelante se dirá, son el líquido y propio haber de Don Jorge sin gravámen de restitucion ni reserva setenta y ocho mil y novecientos reales. No se le abona luto, por no acostumbrarse darle á los viudos de los bienes de sus mugeres ni de otra parte, y sí únicamente á estas siendo viudas; ni tampoco lecho quotidiano mediante deber volverle á la masa comun para su division con los herederos con arreglo á la ley, por haberse vuelto á casar. El haber de Doña Lucía importa setenta y un mil y cien reales: veintisiete mil y ochocientos por su dote líquida, quarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, y dos mil y doscientos por las arras que le ofreció su marido. De estos setenta y un mil y cien reales el quinto son catorce mil doscientos y veinte, y el tercio deducido con arreglo á la ley diez y ocho mil novecientos y sesenta; de modo que hay para legítimas treinta y siete mil novecientos y veinte, á cada uno de sus tres hijos tocan por esta razon doce mil seiscientos y quarenta, y á la Doña Micaela por su legítima y mejora corresponden quarenta y cinco mil ochocientos y veinte; pero baxando de ellos seis mil setecientos veinticinco y treinta maravedis, novecientos por el funeral de su madre, trescientos y cinco con treinta maravedis por la

limosna de las doscientas misas rezadas que mandó celebrar: ocho que legó á las mandas forzosas y hospitales, doce que conste haberse pagado por visitar su testamento, y cinco mil y quinientos restantes por el legado que hizo á su marido; queda deducido el haber líquido de Doña Micaela á treinta y nueve mil noventa y quatro reales con treinta maravedis; á que agregados veinticinco mil doscientos y ochenta, importe de las legítimas de sus dos hermanos, componen el total que tocó á los tres hijos de Doña Lucía de Céspedes por su herencia materna, la cantidad de sesenta y quatro mil trescientos setenta y quatro reales con quatro maravedis, de los quales era responsable su padre, por haber entrado en su poder, debiendo al mismo tiempo reservarles no solo lo que tocó á la Doña Micaela y recayó en él por su muerte abintestato sin sucesion, sino igualmente los quinientos ducados que le legó su muger, pues en pena de haberse vuelto á casar perdió la propiedad de todo; en cuya atencion deberá responder á sus dos hijos D. Josef y D. Juan de sesenta y nueve mil ochocientos setenta y quatro reales y quatro maravedis, y quedarán reducidos los ciento y ochenta mil reales que D. Jorge llevó á su segundo matrimonio, á ciento diez mil ciento y veinticinco reales con treinta maravedis líquidos: setenta y ocho mil y novecientos por su capital y mitad de gananciales, deducidas las arras ofrecidas á su muger, y treinta y un mil doscientos veinticinco con treinta maravedis que aparece haber heredado durante su viudedad de su tio D. Alexandro Sarmiento; y se tendrá por capital suyo efectivo la cantidad referida, como se dirá en la siguiente suposicion.

Suposiciones acerca del segundo matrimonio.

V.

Sobre la dote de Doña Juana Velázquez, segunda muger de Don Jorge Sarmiento, el capital que este llevó á su segundo matrimonio, y las arras que le ofreció.

29 Estando viudo Don Jorge trató de contraer segundas nupcias con Doña Juana Velázquez de estado doncella, y habiendo traido esta á su poder por dote y caudal suyo veinte mil reales en bienes muebles y dinero, formalizó á su favor en tal dia mes y año ante tal Escribano el competente recibo y resguardo, obligándose á su restitucion en qualquiera de los casos prevenidos por derecho. Ademas, en consideracion á sus loables prendas le ofreció en arras, ó como mas útil le fuese, la décima parte de los bienes líquidos y efectivos que tenia entónces; y posteriormente hallándose ya casados hizo su capital de los que así suyos como de sus tres hijos llevó á su matrimonio, y ascendieron á ciento y ochenta mil reales, inclusos treinta y un mil doscientos veinticinco con treinta maravedis que durante su viudedad parece heredó de Don Alexandro Sarmiento su tio, de los quales sesenta y quatro mil trescientos sesenta y quatro con quatro maravedis pertenecian á sus tres hijos, y cinco mil y quinientos procedian del legado que su primera muger le habia hecho, y por haberse vuelto á casar, debia reservar á la mejorada en el quinto, del que se habian deducido; por manera que segun se ha especificado en la anterior suposicion, solo eran propios de Don Jorge ciente diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedis, cuya décima son once mil y doce reales con veinte maravedis: y de todos otorgó á su favor dicha Doña Juana el competente instrumento, obligándose á tenerlos por capital y fondo puesto por su marido en la sociedad conyugal, y á que des-

pues de separadas su dote y deudas de su matrimonio, si las hubiese, se baxaria su importe ántes que el de los gananciales. Con arreglo á estos contratos matrimoniales y á lo que dispone el derecho, se practicará la respectiva liquidacion y deduccion, segun se mostrará en la suposicion última, y se estimarán por capital líquido, y efectivo y único de Don Jorge los ciento diez mil ciento veinteticinco reales con treinta maravedis, como llevados realmente á su segundo matrimonio, para no perjudicar á su viuda en su mitad de gananciales, mediante á que el resto hasta los ciento ochenta mil, aunque le llevó á él, quando se casó, le extraxo despues como deuda que tenia contra sí y satisfizo. Por razon de arras con responsabilidad de reservar su importe. Doña Juana á los quatro hijos de su marido, si se volviere á casar, se le abonarán únicamente once mil y doce reales con veinte maravedis, décima parte de los bienes que este tenia quando se casó con ella; y nada de los que adquirió despues, por haberse limitado á ellos su oferta, y no ampliado á los que posteriormente adquiriese, ni dexado á su arbitrio la eleccion de los dos tiempos.

VI.

Sobre el fallecimiento de Doña Micaela en su menor edad y distribucion entre sus hermanos de lo que heredó de su madre.

30 Despues de haber contraido matrimonio D. Jorge Sarmiento con Doña Juana Velázquez, y en tal dia de tal mes y año falleció en la edad pupilar Doña Micaela Sarmiento y Céspedes su hija habida en su primera muger Doña Lucía de Céspedes, y todos los bienes que les correspondian por la herencia materna, recayeron en su padre que los estuvo usufructuando; pero mediante á que por haberse vuelto á casar perdió su dominio, se dividirán con igualdad entre los otros dos hijos de su primer matrimonio D. Josef y Don Juan como hermanos enteros de la Doña Micaela, por ha-

berlos instituido en esta forma su madre; y en su conseqüencia percibirán los treinta y nueve mil noventa y quatro reales con quatro maravedis que por su legítima y mejora le debian tocar: por manera que ni de los raices que exîsten, y llevó en dote Doña Lucía á su matrimonio, ni de los demas adquiridos en él que le debian corresponder, y en que consignó la mejora, nada tocará ni se aplicará á la actual viuda ni á sus hijos, respecto de que no se hallan entre los inventariados, por habérselos dado su padre en el concepto de ser suyos, y porque aun quando se hallaran, deberian volver á ellos como dueños, sin embargo de que podia usufructuar los reservables miéntras viviese. Tampoco llevarán cosa alguna del legado de quinientos ducados que su madre hizo á su padre, por haberse baxado del quinto, y tocarles por la misma razon que el tercio y legítima de la mejorada, á la qual habrian de volver, si viviera, como se ha sentado en la quarta suposicion.

VII.

Sobre lo que dió Don Jorge á los dos hijos de su primer matrimonio durante el segundo.

31 Con motivo de haber tomado estado de matrimonio D. Josef y D. Juan Sarmiento y Céspedes, hijos de D. Jorge y de su primera muger Doña Lucía, se pactó habia de dar quarenta mil reales á cada uno para ayudar á sostener sus cargas en cuenta de ambas legítimas; y con efecto por escritura que otorgaron á su favor en tales dias de tales meses y años ante tal Escribano, confesaron haber recibido de su padre ochenta mil reales por mitad, quarenta mil cada uno en los bienes raices que su madre llevó en dote, en otros tambien raices de los que le podian tocar por mitad de gananciales, y asimismo en muebles y dinero, dándole de ellos el correspondiente resguardo, obligándose á co-

lacionarlos por su muerte en la forma y concepto en que se los habia entregado, y previniendo que respecto no haber hecho particion por muerte de su madre, é ignorarse por lo mismo si les cabria ó no todo por los derechos de esta; si excediesen á lo que les podia tocar por ella, se les imputaria como recibido en parte de la legítima paterna, y si faltase para completarles la materna, se les habia de suplir hasta cubrirla. Y habiéndose practicado ahora la correspondiente liquidacion, ha resultado que lo que ámbos debian haber por la materna, eran veinticinco mil doscientos y ochenta reales, doce mil seiscientos y quarenta cada uno; á que agregados treinta y nueve mil noventa y quatro con quatro maravedis, importe del haber de su hermana Doña Micaela, y cinco mil y quinientos del legado que su madre hizo á su padre, cuyas dos últimas partidas debió reservarles este, componen todas las de sesenta y nueve mil ochocientos setenta y quatro con quatro maravedis, de modo que restados estos de los ochenta mil asciende lo que percibieron á cuenta de la paterna á diez mil ciento y veinticinco reales con treinta maravedis, los quales se estimarán como lucrados en el segundo matrimonio, porque se extraxeron del fondo de las utilidades de él, y á no haberlos dado á sus hijos esto mas habria de caudal y para que la segunda muger no sea perjudicada en su mitad, se unirán al inventariado, como se expresará en la última suposicion, pues no está obligada á dotar ni hacer donacion á sus entenados, como si fuera su madre.

VIII.

Sobre el testamento de Don Jorge Sarmiento.

32 Don Jorge Sarmiento falleció en tal dia de tal mes y año baxo del testamento que habia hecho y queda mencionado en el exôrdio de esta particion, y por él ordenó se amortajase su cadaver con tal hábito, y sepultase con tal aparato y acompañamiento: que el dia

de su entierro, siendo á hora, y si no, en el siguiente, se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente con Diácono, Subdiácono, vigilia y responso; y se dixesen por su intencion quanto ántes fuese posible, doscientas misas rezadas por la limosna de quatro reales, en tales iglesias y altares á excepcion de cincuenta, quarta parte correspondiente á la parroquia. Dexó el usufructo del remanente del quinto de sus bienes á Doña Juana Velázquez su segunda muger, consignándosele en raices con la expresa calidad y prohibicion de que jamas habia de poder disponer de ellos, gravarlos, hipotecarlos, ni enagenarlos, mediante á que por su muerte habian de percibirlos con igualdad sus hijos habidos en sus dos matrimonios, y si alguno hubiese fallecido sin dexar sucesion legítima, se habian de repartir entre los que le sobreviniesen, y dexándola, habia esta de llevar la parte que tocaria á su ascendiente á no haber muerto. Legó á su criada María Lopez cincuenta ducados en dinero por una vez. Mejoró en el tercio de sus bienes por mitad á D. Isidro y Doña Ignacia Sarmiento y Velázquez sus dos hijos menores, y de Doña Juana Velázquez su segunda muger. Declaró quanto habia dado á los hijos de su primer matrimonio en cuenta de sus legítimas, y haber fallecido sin testamento ni sucesion la Doña Micaela, por cuya muerte habian recaido en él todos los derechos maternos que le competian. Declaró asimismo estaba debiendo varias cantidades á diferentes personas, y mandó se pagasen, como tambien que se cobrasen las que tenia á su favor, pues todas constaban de sus papeles y asientos. Nombró por sus testamentarios con facultad insolidum á D. F. y D. F. á quienes prorogó el término legal para cumplir lo que dexaba dispuesto. Instituyó por sus universales herederos á sus quatro hijos D. Josef, D. Juan, D. Isidro y Doña Ignacia Sarmiento, habidos en sus dos matrimonios con Doña Lucía de Céspedes, y Doña Juana Velázquez. Y finalmente revocó todas las disposiciones testamentarias anteriores. Esto es lo substancial y concerniente á esta particion que resulta del citado testamen-

to, con arreglo al qual, á los inventarios y demas documentos que se han tenido presentes, y á las disposiciones legales se harán con separacion, distincion y claridad las liquidaciones, deducciones y repartimiento del caudal de ámbos matrimonios entre la viuda actual y los expresados quatro hijos.

I X.

Sobre el inventario hecho por muerte de Don Jorge Sarmiento, y la liquidacion y distribucion de su caudal.

33 Todo el caudal que dexó D. Jorge Sarmiento y se inventarió por su muerte, ascendió á trescientos y setenta mil reales en esta forma: en tierras tanto, en viñas tanto, en casas tanto, en ropa blanca tanto, &c. (*Se expresarán las clases de bienes y su importe como en el primer exemplar*) cuyas tantas partidas suman los referidos trescientos y setenta mil reales, á que unidos diez mil ciento veinticinco con treinta maravedis que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio en cuenta de su legítima paterna, miéntras estuvo casado segunda vez, por lo que salieron del fondo del segundo, y se deben estimar por incremento de él, como se ha sentado en la suposicion séptima, compone todo el caudal del referido matrimonio perteneciente á entrambos cónyuges trescientos setenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedis; de los quales en observancia de las leyes, con arreglo al testamento de Don Jorge se harán las liquidaciones y division correspondientes entre los interesados. En primer lugar se baxan veinte mil reales, importe de la dote de Doña Juana Velázquez: en segundo, treinta mil á que ascienden las deudas de su matrimonio; y en tercero, ciento diez mil ciento y veinticinco con treinta maravedis, total capital líquido y efectivo que como suyo llevó á él D. Jorge. Estas tres partidas hacen la de ciento y sesenta mil ciento y veinticinco reales con treinta maravedis, y resta

dos de los trescientos setenta mil ciento y veinticinco reales, resultan de utilidades aumentadas en el segundo matrimonio doscientos y diez mil; de los quales, deducidos novecientos por el lecho quotidiano, quedan de gananciales partibles con igualdad entre Don Jorge y su viuda doscientos nueve mil y cien reales, cuya mitad son ciento quatro mil quinientos y cincuenta. Unida esta mitad al capital que Don Jorge llevó á su matrimonio, suma su total haber doscientos y catorce mil setecientos setenta y cinco reales con treinta maravedis, y baxando de ellos once mil seiscientos y doce con veinte maravedis por las arras que ofreció á su muger, y seiscientos por lo que costó el luto de esta, hay para distribuir entre sus quatro hijos doscientos treinta mil sesenta y tres reales con diez maravedis, de los quales para deducir la mejora sin violar la ley se separan los diez mil ciento y veinticinco reales con treinta maravedis que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio, y quedan ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete con catorce maravedis, cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete con diez y seis maravedis y dos quintos de otro, y el tercio baxado el quinto cincuenta y un mil quatrocientos quarenta y nueve reales con treinta y tres maravedis y un quinto, de manera que quedan para legítimas, agregando los diez mil ciento y veinticinco reales con treinta maravedis que anticipó á los referidos sus dos hijos, y se separaron para sacar la mejora, ciento y trece mil veinticinco reales con veintiocho maravedis y dos quintos, de los que, divididos entre los quatro, tocan á cada uno por su legítima veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis y tres quintos. Por lo que hace á la liquidacion del quinto, se baxan de su importe dos mil trescientos noventa y tres reales con veintiseis maravedis, mil por los derechos del funeral de D. Jorge: doscientos once y veintiseis maravedis por la limosna de las cincuenta misas de la quarta parroquial á quatro reales y ocho maravedis por derechos de cera

y oblata : seiscientos por la de las ciento y cincuenta restantes con igual limosna sin derechos, diez de las mandas forzosas, otros diez de los Reales hospitales, doce de visitar su testamento, y los quinientos y cincuenta restantes del legado que hizo á su criada ; de suerte que queda reducido el quinto á treinta y seis mil ciento noventa y tres reales con veintiquatro maravedis y dos quintos, los que se aplicarán en bienes raices á Doña Juana para que los usufructúe conforme á la disposicion de su difunto marido, y por su muerte se dividirán entre sus quatro hijos, ó quien los represente con arreglo á la voluntad de su padre. Segun esta liquidacion el haber de Doña Juana en propiedad y usufructo (sin contar lo que se le adjudicará como pagadora de deudas que se la ha de constituir) asciende á ciento setenta y tres mil doscientos cincuenta y seis reales con diez maravedis y dos quintos ; ciento treinta y siete mil y sesenta y dos con veinte maravedis en propiedad por estas razones : veinte mil por su dote, ciento quatro mil quinientos y cincuenta por la mitad de gananciales, novecientos por el lecho quotidiano, seiscientos por el luto, y once mil y doce con veinte maravedis por las arras que su marido le ofreció ; y treinta y seis mil ciento noventa y tres con veintiquatro maravedis y dos quintos en usufructo por remanente del quinto. El haber de D. Josef por su legítima paterna, fuera de lo que tiene tomado y se le debe descontar, es de veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis y tres quintos : el de D. Juan de otra igual cantidad : el de D. Isidro por su legítima y mejora de cincuenta y tres mil novecientos ochenta y uno con quince maravedis y un quinto : el de Doña Ignacia por los propios derechos de la misma cantidad ; y uniendo á estos haberes los treinta mil reales de las deudas, y los dos mil trescientos noventa y tres con veintiseis maravedis de los gastos deducidos del quinto, componen todas las partidas especificadas los trescientos setenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedis del caudal inventariado por muerte de D. Jorge y colacionado

por los dos hijos de su primer matrimonio. Hechas estas suposiciones, y con la prevencion de que no se abonan alimento á su viuda: por haberse estado manteniendo con sus dos hijos del caudal comun el corto tiempo que há murió su marido; ni tampoco vestido ordinario por no haberse inventariado; procedo á evacuar las liquidaciones del caudal de ámbos matrimonios, y para ello á formar el siguiente cuerpo de hacienda.

Cuerpo del caudal inventariado por muerte de D. Jorge Sarmiento y de lo que quedó por la de su primera muger Doña Lucía de Céspedes.

Caudal del inventario de Doña Lucía de Céspedes.

34 Se ponen por caudal de esta particion sesenta y nueve mil ochocientos setenta y quatro reales con quatro maravedis que D. Jorge dió á los dos hijos de su primer matrimonio, y se hallaban en su poder por las razones expuestas en las suposiciones sexta y séptima. . . . . 69@874....4.

Mas, mil doscientos veinticinco reales y treinta maravedis, importe de los gastos del funeral y misas de Doña Lucía de Céspedes; y no se incluye el legado de quinientos ducados que hizo á su marido, por estarlo ya en la partida precedente. . . . . 1@225..30.

Mas, diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedis que resulta haber anticipado á los dichos dos hijos en cuenta de su legítima paterna, como se ha sentado en las suposiciones séptima y novena. . . . . 10@125..30.

Mas, en tierras inventariadas por muerte de D. Jorge treinta mil reales. . . . . 30@.

111@225..30.

111@225. 30.

Caudal inventariado por muerte de D. Jorge.

Mas, sesenta mil reales en viñas. . . . 60@.
Mas, ciento y cincuenta y cinco mil reales en casas. . . . . 155@.
Mas, diez mil reales en ropa blanca mojada y sin mojar. . . . . 10@.
Mas, en trastos de madera siete mil reales. . . . . 7@.
Mas, diez mil reales en pinturas y dorado. . . . . 10@.
Mas, trece mil reales en ropa de lana y seda. . . . . 13@.
Mas, dos mil reales en colchones, mantas y fundas. . . . . 2@.
Mas, mil reales en cobre, peltre y azofar. . . . . 1@.
Mas, veintiseis mil reales en plata labrada sin hechuras. . . . . 26@.
Mas, catorce mil reales en diamantes por el tercio de su tasa. . . . . 14@.
Mas, seis mil reales en deudas cobrables á favor del caudal. . . . . 6@.
Y últimamente se ponen por cuerpo de caudal veintiseis mil reales en dinero efectivo. . . . . 26@.

Cuerpo total del caudal. . . . . 441@225. 30.

BAXA.

35 Se baxan del total referido ciento y cincuenta mil reales que se han inventariado por muerte de Doña Lucía de Céspedes, primera muger de Don Jorge. . . . . 150@.

Quedan para el segundo matrimonio, sin incluir sesenta y ocho mil y novecientos reales sobrantes del primero que se unirán, quando se haga la liquidacion y division del caudal de aquel, doscientos noventa y un mil doscientos veinticinco reales con treinta maravedis. . . . 291@225...30.

36 Asciende el caudal de esta particion á quatrocientos quarenta y un mil doscientos veinticinco reales con treinta maravedis, y separados de ellos los ciento y cincuenta mil inventariados por muerte de Doña Lucía de Céspedes quedan para parte de lo que se inventarió por la de Don Jorge su marido, doscientos noventa y un mil doscientos veinticinco con treinta maravedis, á los quales se agregarán setenta y ocho mil y novecientos que debieron tocar á Don Jorge en la liquidacion del que quedó, quando falleció dicha Doña Lucía, y compondrán los trescientos y setenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedis, como se demostrará en su lugar: por lo que procedo á evacuar la del que dexó esta.

Liquidacion y distribucion del caudal inventariado por muerte de Doña Lucía de Céspedes,

37 El caudal inventariado por fallecimiento de Doña Lucía de Céspedes ascendió á ciento y cincuenta mil reales, como se ha expresado en la quarta suposicion. . . . . 150@.

Baxas comunes de él.

38 Se baxan de este caudal veintisiete mil y ochocientos reales líquidos, á que quedaron reducidos los treinta mil

que llevó en dote Doña Lucía por la razon expuesta en la primera suposicion. . 27@800.

Mas, quarenta mil reales que Don Jorge Sarmiento llevó como capital suyo á su matrimonio con Doña Lucía, segun se refiere en la segunda suposicion. . . 40@.

Total de baxas comunes. . . . . 67@800.

Resultan de gananciales. . . . . 82@200.

Cuya mitad son. . . . . 41@100.

39 Importan las deducciones hechas del caudal inventariado por muerte de Doña Lucía de Céspedes sesenta y siete mil y ochocientos reales, rebatidos de los ciento y cincuenta mil que suma su total, resultan de gananciales adquiridos en su matrimonio ochenta y dos mil y doscientos reales, cuya mitad son quarenta y un mil y ciento.

Haber de Doña Lucía de Céspedes.

40 Doña Lucía de Céspedes debe haber por su dote líquida veintisiete mil ochocientos reales. . . . . 27@800.

Mas, por su mitad de gananciales quarenta y un mil y ciento. . . . . 41@100.

Mas, por las arras que le ofreció su marido dos mil y doscientos. . . . . 2@200.

Total haber suyo setenta y un mil y cien reales. . . . . 71@100.

Importe el quinto de estos catorce mil doscientos y veinte reales. . . . . 14@220.

Quedan de caudal baxado el quin-

to para sacar el tercio, cincuenta y seis mil ochocientos y ochenta reales. . . . . 56@880.

El tercio de estos asciende á diez y ocho mil novecientos y sesenta. . . . . 18@960.

Y deducidos tercio y quinto quedan para las legítimas de sus tres hijos treinta y siete mil novecientos y veinte reales. . . . . 37@920.

De estos tocan á cada hijo doce mil seiscientos y quarenta. . . . . 12@640.

Liquidacion y distribucion del quinto de los bienes de Doña Lucía de Céspedes.

41 El quinto de los bienes de Doña Lucía de Céspedes asciende á catorce mil doscientos veinte reales. . . . . 14@220.

Baxas de él.

42 Por los gastos de funeral novecientos reales, como consta de recibos. . @900.

Por la limosna á tres reales cada una de las veinticinco misas de la quarta parroquial juntamente con los derechos de cera y oblata ochenta reales con treinta maravedís. . . . . @080. 30.

Por las setenta y cinco restantes á los mismos tres reales sin mas derechos doscientos veinticinco segun recibos. . . . . @225.

Por el legado que hizo á las mandas forzosas y hospitales ocho reales, quatro á unos y otros. . . . . @008.

1@213. 30.

	1@213. 30.
Por los derechos de visitar su testamento doce reales.	@012.
Por el legado que hizo á su marido cinco mil y quinientos reales.	5@500.
Importan estas baxas.	6@725. 30.
Total del quinto.	14@220.
Líquido sobrante de él.	7@494. 4.

Resumen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion.

43 Don Jorge Sarmiento debe haber por su capital quarenta mil reales. .	40@.
Mas, por su mitad de gananciales quarenta y un mil y cien reales.	41@100.
Mas, por el legado que le hizo su muger, cinco mil y quinientos reales. . . .	5@500.
Total haber de Don Jorge. . . .	86@600.
Se baxan por las arras que ofreció á su muger.	2@200.
Queda reducido su haber á. . . .	84@400.
Se baxan de este los cinco mil y quinientos reales del legado. .	5@500.
Es su líquido haber en propiedad.	78@900.

Haber de Don Josef Sarmiento.

Don Josef Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos y quarenta reales.	12@640.	

Haber de Don Juan Sarmiento.

Don Juan Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos y quarenta reales..	12@640.	

Haber de Doña Micaela Sarmiento.

Doña Micaela Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos y quarenta reales.	12@640.	
Mas, por el tercio diez y ocho mil novecientos y sesenta.	18@960.	
Mas, por el residuo del quinto siete mil quatrocientos noventa y quatro reales con quatro maravedís.	7@494	4.
Total haber suyo.	39@094.	4.

Comprobacion de esta liquidacion.

44 Por el haber líquido de Don Jorge Sarmiento en propiedad.	78@900.	
Por el legado que le hizo su muger. .	5@500.	
Por la legítima materna de Don Josef Sarmiento.	12@640.	
Por la de Don Juan Sarmiento. . . .	12@640.	
Por la legítima, y mejora del tercio y remate líquido del quinto perteneciente á Doña Micaela Sarmiento.	39@094.	4.
	148@774.	4.

148@774. 4.

Por los gastos del funeral, misas y visita del testamento de Doña Lucía de Céspedes, y mandas hechas á los Santos Lugares y Hospitales. . . . . 1@225. 30.

Suman estas seis partidas. . . . . 150@000.

Y el caudal inventariado los mismos. 150@000.

45 Por la liquidacion y deducciones precedentes se manifiesta: que el haber correspondiente á Doña Lucía de Céspedes muger primera de D. Jorge Sarmiento asciende á setenta y un mil y cien reales, veintisiete mil y ochocientos por su dote líquida, quarenta y un mil y ciento por su mitad de bienes gananciales, y dos mil doscientos por las arras que su marido le ofreció: que el quinto de ellos son catorce mil doscientos y veinte reales, y el tercio deducido aquel diez y ocho mil novecientos y sesenta, por lo que restan para legítimas treinta y siete mil novecientos y veinte reales, y tocan á cada uno de sus tres hijos por la suya doce mil seiscientos y quarenta: que deduciendo del quinto seis mil setecientos veinticinco reales con treinta maravedís por los gastos del funeral y misas de Doña Lucía, y legados que hizo, quedan siete mil quatrocientos noventa y quatro con quatro maravedís: que D. Jorge debe haber ochenta y seis mil y seiscientos reales: quarenta mil por su capital, quarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, y cinco mil y quinientos por el legado que le hizo su muger; y baxando de su total los dos mil y doscientos que ofreció á esta en arras, y los cinco mil y quinientos del legado que debió reservar á los hijos de su primer matrimonio, queda reducido su verdadero haber en propiedad á setenta y ocho mil y novecientos, los que se han de agregar al caudal del segundo matrimonio para su liquidacion y division; y en fin que D. Josef Sarmiento debe percibir por su legítima doce mil seiscientos y quarenta

reales, Don Juan otra cantidad igual por la suya, y Doña Micaela por la suya, y por su mejora del tercio y remanente del quinto treinta y nueve mil noventa y quatro reales con quatro maravedís. Y respecto estar evacuada la liquidacion del caudal del primer matrimonio procedo á hacer la del segundo.

46 Hecho cargo el partidor de que en esta particion hay dos inventarios y dos liquidaciones, y de que los caudales son diversos, y parte de el del primer matrimonio está incluso en el del segundo, y parte no; extrañará que habiendo salido durante este del cuerpo de su caudal la primera, segunda y tercera partidas puestas en el general que dexó formado de ámbos, la primera, porque la llevó el marido á él, la segunda, porque al tiempo del fallecimiento de la primera muger estaba embebido su importe en el que se inventarió, y la tercera, porque era parte de los gananciales adquiridos en el segundo matrimonio; las haya incluido en dicho cuerpo general; pero debe considerarse que si no se hubiesen puesto en él para complemento de ámbos caudales, faltaria el competente y seria imposible hacer la division. Extrañará asimismo tal vez que ponga por mayor las expresadas tres partidas, y no los bienes que las componen: á lo qual satisfago con decir que en el pre- nte caso seria abultar y gastar infructuosamente tiempo, trabajo y papel, ya porque los bienes no se hallan en el caudal inventariado, ya porque el padre dió á sus hijos los raices maternos que les correspondian, como queda sentado en la última suposicion, y nunca debian dividirse sino entre ellos; y ya porque aun quando no les tocaran por razon de dominio, una vez entregados no se les debian quitar, excepto que tuviesen que restituir; y así bastaba traer numéricamente su importe á esta particion. Pero al contrario será, quando se hallen entre los inventariados, y por no haber tomado estado los hijos ó por otra causa nada les dió su padre; pues entónces se deberán poner, y el partidor ha de formar una suposicion del importe de los raices y otros conocidos de la primera muger, especificándolos para que se sepa quáles son, y se apliquen á sus hijos, haciendo á

este efecto el correspondiente cotejo con su instrumento dotal y demas papeles que los acrediten: lo qual procede tambien en los de tres ó mas matrimonios, segun sea el caso. Mas sin embargo de que se hallen dichos bienes en el caudal inventariado, si su padre les dió otros equivalentes y se contentaron con ellos, es superfluo hacer el cotejo, porque es visto haberse celebrado entre hijos y padre contrato de permuta y subrogacion, en cuya virtud adquirió el padre los que correspondian á sus hijos por su madre.

Liquidacion y distribucion del caudal del segundo matrimonio.

47 Son caudal del segundo matrimonio de Don Jorge Sarmiento setenta y ocho mil y novecientos reales que quedaron sin aplicar en la liquidacion anterior, tocaron segun ella al Don Jorge, y los llevó á dicho matrimonio. . . . . 78@900.

Mas, doscientos noventa y un mil doscientos veinticinco reales con treinta maravedís que sobraron del cuerpo general del caudal de esta particion, segun se expresa á su final, en los que se incluye lo que Don Jorge heredó de su tio Don Alexandro y llevó tambien á su segundo matrimonio, y lo que durante este anticipó á sus dos hijos del primero en cuenta de la legítima paterna. . . . . 291@225. 30.

Total del caudal del segundo matrimonio. 370@125. 30.

48 El caudal inventariado por muerte de Don Jorge Sarmiento y correspondiente á su segundo matrimonio asciende á trescientos setenta mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís, como se ha sentado en la última suposicion, de cuyo total procedo á hacer las correspondientes deducciones.

Baxas comunes ó generales.

49 Se baxan de este caudal veinte mil reales que Doña Juana Velázquez llevó en dote á su matrimonio. . . . . 20ⓓ.

Mas, treinta mil reales que su marido estaba debiendo quando falleció, segun consta de la última declaracion del inventario hecho pos su muerte. . . . . 30ⓓ.

Mas, ciento y diez mil ciento veinticinco reales con treinta maravedis líquidos y efectivos que D. Jorge llevó por capital suyo sin responsabilidad alguna á su segundo matrimonio: setenta y ocho mil y novecientos que le tocaron en la particion de los bienes de su primera muger, y treinta y un mil doscientos veinticinco con treinta maravedis que miéntras estuvo viudo, parece haber heredado de su tio D. Alexandro Sarmiento, segun se ha referido en las suposicones quarta y quinta. . 110ⓓ125. 30.

Total de baxas comunes. . . . . 160ⓓ125. 30.

Hay de gananciales. . . . . 210ⓓ.

50 Las partidas deducidas del total del caudal inventariado y correspondiente al segundo matrimonio de D. Jorge importan ciento y sesenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedis, y baxados estos de los trescientos sesenta mil ciento veinticinco y treinta maravedis resultan de utilidades en él doscientos y diez mil, de los quales se hace la deduccion siguiente.

Baxas de los gananciales.

51 Se deducen del total de los gananciales novecientos reales que segun tasacion

importan los colchones, sábanas, mantas y demas cosas de que se compone el lecho quotidiano de D. Jorge y su viuda Doña Juana, á la que corresponde por permanecer en este estado. . . . . ℳ900.

Quedan de gananciales partibles con igualdad entre D. Jorge y Doña Juana. . .209ℳ100.

Cuya mitad son. . . . . .140ℳ550.

52 De los doscientos y diez mil reales que importan los bienes que D. Jorge y Doña Juana lucraron miéntras estuvieron casados, deduciendo novecientos por el lecho quotidiano, quedan líquidos y partibles entre ambos doscientos nueve mil y ciento, y tocan á cada uno ciento y quatro mil quinientos y cincuenta, por lo que procedo á liquidar el haber de D. Jorge, y hacer de él las deducciones que conforme á derecho y á su voluntad deben hacerse.

53 En el libro primero cap. 3 §. 1 nn. 21, &c. y 25 traté del modo de deducir la dote de la segunda muger, quando en su matrimonio hay gananciales y los acepta, y su marido tiene hijos del primero que no estan pagados de su haber materno, lleve ó no al segundo bienes equivalentes á cubrírsele, ó algunos mas suyos, ó ningunos; y á fin de no perjudicarla en su mitad, expliqué con la claridad posible los quatro modos que pueden ocurrir. En el quarto por incluir en sí dos, aunque me parece dixe lo suficiente, le remití á este lugar en que prometí formar la cuenta de los quatro modos que allí expuse; y para poder desempeñar mi oferta tengo por indispensable dividir las dos partes que incluye dicho caso, y hacer con separacion de cada una la explicacion correspondiente para su mejor inteligencia.

54 La primera parte es, quando el padre lleva al segundo matrimonio bienes suyos y de sus hijos habidos en el primero, y durante aquel les da el todo ó parte de lo que les toca por su madre y no mas. En este caso

se puéde hacer la cuenta de dos modos: el uno es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, deducir de él hecho todo un cuerpo la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital íntegro, conforme le llevó á él, y hechas estas tres deducciones será gananciales partibles entre la viuda y todos los hijos de su difunto marido el resíduo. Y el otro modo es no hacer mérito ni agregar al caudal inventariado lo entregado á los hijos, y deducir únicamente lo que hecha la entrega quedó de su capital, como si nada mas hubiera llevado á su matrimonio, y saldrá la misma quota y porcion de gananciales, como se demuestra en el siguiente exemplo.

Suposiciones para formar la cuenta.

55 El caudal inventariado importa treinta mil reales. . . . . 30ⓓ.

La dote de la segunda muger ocho mil reales. . . . . 8ⓓ.

Las deudas del segundo matrimonio mil reales. . . . . 1ⓓ.

El capital del marido diez mil reales, y con quatro mil que tocaban á sus hijos por su herencia materna, compone todo lo que llevó á su matrimonio catorce mil reales. . . . . 14ⓓ.

Y lo que dió á dichos hijos, fueron los quatro mil reales de su haber materno y no mas. . . . . 4ⓓ.

Modo primero de formarla.

Caudal inventariado.	30ⓓ.
Lo dado por el padre á sus hijos. .	4ⓓ.
Total.	34ⓓ.

Baxas.

Dote de la segunda muger.	8ℳ.
Deudas del segundo matrimonio. . . .	1ℳ.
Capital que el marido llevó á él, suyo y de sus hijos.	14ℳ.
Total de baxas.	23ℳ.
Quedan de utilidades.	11ℳ.
Cuya mitad son.	5ℳ500.

Modo segundo.

Caudal inventariado treinta mil reales..	30ℳ.

Baxas de este caudal.

Dote de la segunda muger.	8ℳ.
Deudas contraidas en el segundo matrimonio.	1ℳ.
Capital propio del marido.	10ℳ.
Total de baxas.	19ℳ.
Quedan de utilidades para ambos. . .	11ℳ.
Cuya mitad son.	5ℳ500.

56 La segunda parte del dicho quarto caso es, quando el padre no solo dió á sus hijos todo lo que tenia en su poder y les tocaba por su haber materno, sino que del caudal del segundo matrimonio les anticipó algo á cuenta del paterno. En este caso se puede hacer tambien la cuenta de dos modos: el primero, agregando numéricamente al caudal inventariado lo que per-

cibieron por su madre, y lo que les anticipó, y baxando de la suma de este total la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y el capital íntegro que su padre entró en él; pues lo que quede hechas estas deducciones, será la utilidad partible por mitad entre la viuda é hijos de su difunto marido; y el segundo, que es el que he observado en la presente particion ó exemplar, se reduce á agregar únicamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su legítima paterna, y baxar de lo que sumen estas dos partidas, la dote segunda, las deudas expresadas, y lo que el padre llevó como fondo suyo sin responsabilidad al segundo matrimonio, y no mas, porque hechos estos descuentos resulta la misma utilidad que del primer modo, segun se demuestra en las cuentas siguientes.

Suposiciones para formar la cuenta.

57 El caudal inventariado importa treinta mil reales.	30ⓓ.
La dote de la segunda muger ocho mil.	8ⓓ.
Las deudas de su matrimonio mil. . .	1ⓓ.
El capital que el marido llevó á él, diez mil reales que con lo de sus hijos componen catorce mil.	14ⓓ.
Y lo que dió á estos son ocho mil. . .	8ⓓ.

Modo primero de formarla.

Caudal inventariado.	30ⓓ.
Lo entregado por el padre á sus hijos.	8ⓓ.
Total del caudal.	38ⓓ.

Baxas.

Dote de la segunda muger.	8ℳ.
Deudas del segundo matrimonio. . . .	1ℳ.
Capital que el marido llevó á él, incluso lo que era de sus hijos.	14ℳ.
Total de baxas.	23ℳ.
Quedan de gananciales.	15ℳ.
Cuya mitad son.	7ℳ500.

Modo segunda.

Caudal inventariado.	30ℳ.
Lo anticipado por el padre á sus hijos en cuenta de legítima paterna.	4ℳ.
Total del caudal.	34ℳ.

Baxas.

Dote de la segunda muger.	8ℳ.
Deudas del segundo matrimonio. . . .	1ℳ.
Capital líquido y propio sin responsabilidad alguna.	10ℳ.
Total de baxas.	19ℳ.
Quedan de gananciales.	15ℳ.
Cuya mitad son.	7ℳ500.

58 Por las cuentas precedentes podrá formar el partidor en casos semejantes todas las que le ocurran de mayor ó menor caudal, entre hijos de dos, tres, ó mas ma-

trimonios para no perjudicar á las mugeres, ni á los hijos de las difuntas en su parte de gananciales, observando en quanto á la deduccion del lecho quotidiano lo explicado en el cap. 6 del lib. 1 nn. 49 y 50. Por lo concerniente á los tres casos explicados en dicho cap. 3 nn. 21, &c. y 24 le remito á ellos, por haberle ya dado bastantes luces, y así paso á continuar el presente exemplar.

Haber de Don Jorge.

59 Don Jorge Sarmiento debe haber por su capital ciento diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedis. . 110@125...30.

Mas, por su mitad de gananciales ciento y quatro mil quinientos y cincuenta reales. . . . . 104@550.

Total haber suyo. . . . . 214@675...30.

Baxas de este haber.

60 Por las arras que ofreció á su muger once mil y doce reales con veinte maravedis. . . . . 11@012...20.

Por el luto que se le debe, seiscientos reales. . . . . @600.

Total de baxas. . . . . 11@612...20.

Caudal líquido para distribuir. . . 203@063...10.

Baxas de este caudal líquido para sacar la mejora.

61 Por lo que anticipó á sus dos hijos en cuenta de su legítima paterna, diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedis. . . . . 10@125...30.

Quedan para deducir la mejora. . 192@937...14.

Distribucion del caudal de Don Jorge entre sus hijos.

62 El caudal líquido de D. Jorge para sacar la mejora son ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete reales con catorce maravedis. . . . . 192@937...14.

Importa el quinto de estos. . . . . 38@587...16.$\frac{2}{8}$

Quedan para sacar el tercio. . . . 154@349...31.$\frac{1}{8}$

El tercio de estos son. . . . . 51@449...33.$\frac{1}{8}$

Quedan para legítimas. . . . . 102@899...32.$\frac{2}{8}$

Aumento por vía de colacion al caudal de legítimas.

63 Se aumenta al caudal que queda para legítimas paternas lo que se baxó para deducir la mejora, que son. . . . 10@125...30.

Total de legítimas. . . . . 113@025...28.$\frac{2}{8}$

Tocan á cada uno de los quatro hijos que dexó D. Jorge, por su legítima paterna. . . . . 28@256...15.$\frac{2}{8}$

Y cada uno de los de su primer matrimonio, mediante lo que tiene tomado. 23@193...17.$\frac{2}{8}$

Liquidacion y repartimiento del quinto de los bienes de Don Jorge.

64 El quinto de los bienes que dexó Don Jorge Sarmiento, asciende á treinta y ocho mil quinientos treinta y siete reales con catorce maravedis y dos quintos de otro. . . . . 38@537...14.$\frac{2}{8}$

Baxas de él.

65 Se baxan mil reales, importe de su funeral. . . . . 1ⓓ.

Mas, doscientos once reales y veintiseis maravedis por la limosna de cincuenta misas de la quarta tocante á la parroquia, á quatro reales, con mas ocho maravedis por derechos de cera y oblata. . . . . ⓓ211.26.

Mas, seiscientos reales, limosna de las ciento y cincuenta restantes hasta las doscientas que mandó celebrar, á los mismos quatro reales. . . . . ⓓ600.

Mas, diez reales que legó á las mandas forzosas. . . . . ⓓ010.

Mas, otros diez á los Reales hospitales. ⓓ010.

Mas, doce reales por los derechos de visitar su testamento. . . . . ⓓ012.

Mas, quinientos y cincuenta reales que legó á su criada. . . . . ⓓ550.

Importan estas deducciones. . . . . 2ⓓ393.26.

Total del quinto . . . . . 38ⓓ587.16.$\frac{2}{3}$

Queda reducido á. . . . . 36ⓓ193.24.$\frac{2}{3}$

66 El total haber de D. Jorge Sarmiento por su capital y mitad de gananciales asciende á doscientos catorce mil seiscientos setenta y cinco reales con treinta maravedis, de que baxados once mil seiscientos doce con veinte maravedis por las arras y luto de su viuda, quedan líquidos doscientos tres mil y sesenta y tres con diez maravedis, y separando de estos para el único efecto de sacar la mejora diez mil ciento veinticinco con treinta maravedis que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio, restan asimismo ciento noventa y dos

mil novecientos treinta y siete con catorce maravedis; cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete con diez y seis maravedis y dos quintos de otro, y tercio cincuenta y un mil quatrocientos quarenta y nueve con treinta y tres maravedis y un quinto; por lo que hay para legítimas ciento dos mil ochocientos noventa y nueve reales con treinta y dos maravedis y dos quintos, y agregados los diez mil ciento veinticinco reales con treinta maravedis separados, ciento trece mil y veinticinco reales con veintiocho maravedis y dos quintos. De ellos tocan á cada uno de los quatro hijos que dexó D. Jorge, veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis, y tres quintos por su legítima paterna; y á cada uno de los dos de su primer matrimonio descontándole cinco mil y sesenta y dos reales con treinta y dos maravedis, mitad de los diez mil ciento veinticinco y treinta maravedis que su padre anticipó á entrámbos, y se les aplicaran en vacío, corresponden veintitres mil ciento noventa y tres con diez y siete maravedis y tres quintos. En quanto al quinto, baxando de su total dos mil trescientos noventa y tres reales con veintisois maravedis, importe de los gastos del funeral, misas y legados que hizo D. Jorge, quedan treinta y seis mil ciento noventa y tres con veintiquatro maravedis y dos quintos que se aplicaran en usufructo á Doña Juana Velázquez, como se ha dicho en la última suposicion.

Resúmen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta segunda division por todos sus derechos.

Haber de Doña Juana Velázquez.

67 Doña Juana Velázquez debe haber por su dote veinte mil reales. . . . 20⌀.
Mas, por su mitad de gananciales

20⌀.

	20@.
ciento quatro mil quinientos y cincuenta.	104@550.
Mas, por el lecho quotidiano novecientos reales.	@900.
Mas, por el luto ordinario seiscientos reales.	@600.
Mas, por las arras que le ofreció su marido, once mil y doce reales con veinte maravedis.	11@012.20.
Mas, en usufructo durante su vida por el remanente del quinto que su marido le legó, treinta y seis mil ciento noventa y tres reales con veintiquatro maravedis y dos quintos.	36@193.24.$\frac{2}{5}$
Total haber de Doña Juana.	173@256.10.$\frac{2}{5}$

Haber de D. Josef Sarmiento.

Don Josef Sarmiento debe haber por su legítima paterna veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis y tres quintos de otro.	28@256.15.$\frac{3}{5}$

Haber de Don Juan Sarmiento.

Don Juan Sarmiento debe haber por su legítima paterna veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis y tres quintos de otro.	28@256.15.$\frac{3}{5}$

Haber de Don Isidro Sarmiento.

Don Isidro Sarmiento debe haber por su legítima paterna veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis y tres quintos.	28@256.15.$\frac{3}{5}$
	28@256.15.$\frac{3}{5}$

	28@256. 15. $\frac{1}{5}$
Mas, por la mitad de su mejora del tercio veinticinco mil setecientos veintiquatro reales con treinta y tres maravedis y tres quintos.	25@724. 33. $\frac{3}{5}$
Total haber de Don Isidro.	53@981. 15. $\frac{1}{2}$

Haber de Doña Ignacia Sarmiento.

Doña Ignacia Sarmiento debe haber por su legítima veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis y tres quintos.	28@256. 15. $\frac{3}{5}$
Mas, por la mitad de su mejora del tercio veinticinco mil setecientos veintiquatro reales con treinta y tres maravedis y tres quintos.	25@724. 33. $\frac{3}{5}$
Total haber de Doña Ignacia. . . .	53@981. 15. $\frac{1}{2}$

Comprobacion de esta cuenta.

68 Por el haber de Doña Juana Velazquez.	173@256. 10. $\frac{3}{5}$
Por el de Don Josef Sarmiento. . . .	28@256. 15. $\frac{3}{10}$
Por el de Don Juan Sarmiento. . . .	28@256. 15. $\frac{3}{10}$
Por el de Don Isidro Sarmiento. . . .	53@981. 15. $\frac{1}{2}$
Por el de Doña Ignacia Sarmiento. . .	53@981. 15. $\frac{1}{2}$
Por las deudas contra el caudal. . . .	30@.
Por lo que importan las deducciones del quinto.	2@393. 26.
Total caudal del segundo matrimonio.	370@125. 30.
Importa el inventario los mismos. .	370@125. 30.
Igual.	@.

69 Este resúmen y liquidacion manifiesta que el haber de Doña Juana Velázquez por todos sus derechos asciende á ciento setenta y tres mil doscientos cincuenta y seis reales con diez maravedis y dos quintos de otro: el de D. Josef Sarmiento por su legítima á veintiocho mil doscientos cincuenta y seis con quince maravedis y tres quintos: el de Don Juan á otra igual cantidad; el de Don Isidro por su legítima y mitad de mejora á cincuenta y tres mil novecientos ochenta y un reales con quince maravedis y un quinto; y el de Doña Ignacia por iguales derechos á la misma cantidad: de suerte que agregando á estos haberes los treinta mil reales de las deudas contra el caudal, y los dos mil trescientos noventa y tres con veintiseis maravedis que se baxaron del quinto, componen todas las partidas los trescientos setenta mil ciento veintiçinco reales con treinta maravedis inventariados, por lo que procederé á hacer las adjudicaciones á los interesados.

70 Por el modo y órden que observé en el primer exemplar, podrá el partidor formar sus respectivas adjudicaciones á los interesados, aplicando en vacío ó entrada por salida lo que hubiesen tomado á cuenta, y poniéndolo por primera partida, como que debe preceder á todas, por ser anterior; y si los hijos del primer matrimonio no estuviesen pagados de su haber paterno ó materno, se les formará hijuela que comprehenda ámbas legítimas, pues en este exemplar, por estarlo ya, no se las formé. Despues de hechas las adjudicaciones á los interesados y la hijuela para el pago de las deudas que haya, en caso de formarse por no haberse pagado ántes de la particion, hará las declaraciones convenientes, segun ocurra, para lo que no le puedo dar regla fixa, por ignorar lo que puede ocurrir que declarar.

Hijuela para el pago de las deudas que tenia contra sí D. Jorge Sarmiento, quando falleció.

71 Doña Juana Velázquez viuda de D. Jorge Sarmiento debe haber como pagadora que se la constituye de las deudas que este tenia contra sí, quando murió, las partidas que se expresarán por menor en la forma y por las razones siguientes:

HABER.

72 Ha de haber diez mil reales que su difunto marido estaba debiendo á Santiago Delgado por escritura que otorgó á su favor tal dia, mes y año ante tal Escribano. 10ᵭ.

Mas, seis mil reales que de veinte mil, importe de la obra que en su casa de tal calle hizo Francisco Sánchez Alarife, le quedó debiendo, segun consta de la cuenta ajustada y recibos puestos á su continuacion de lo que le habia satisfecho. . . . . 6ᵭ.

Mas, quatro mil que tambien debia á Lorenzo López segun vale de tantos de tal mes y año. . . . . 4ᵭ.

Mas, novecientos reales que liquidadas cuentas con varios carreteros que traxeron materiales para dicha obra, resultó deberles. ᵭ900.

Mas, trescientos reales que debia á María de tal su criada por el salario de tanto tiempo á tanto cada mes. . . . . ᵭ300.

Mas, cinco mil reales, resto de una escritura de fianza de diez mil que otorgó á favor de Don Juan Rodriguez por Roque Alvárez su deudor, quien falleció sin dexar bienes con que pagárselos. . . . . 5ᵭ.

Y últimamente ha de haber tres mil y

26ᵭ200.

	26@200.
ochocientos reales que debia por alcance de la administracion de los bienes del tal concurso, como resulta de la cuenta y su aprobacion judicial.	3@800.
Total haber.	30@.

73 Las partidas que debe haber Doña Juana Velázquez como pagadora de las deudas de su marido, importan los treinta mil reales que se han deducido del cuerpo de caudal, para cuyo pago se le aplican los bienes siguientes.

PAGO.

74 Se dan en pago y adjudican á dicha Doña Juana Velázquez veintitres mil reales que despues de pagados el funeral y misas de su marido, legados que hizo, y otros gastos, sobraron de los veintiseis mil que habia en dinero efectivo, quando falleció, y se pusieron por cuerpo del caudal. . .	23@.
Mas, quatro mil reales en tales alhajas de plata por su peso sin hechuras, segun se pusieron por cuerpo del caudal. . . .	4@.
Mas, tres mil reales que está debiendo F. por tal razon, y debe entregar tal dia.	3@.
Total de bienes aplicados.	30@.
Total haber.	30@.
Queda pagada enteramente.	@.

75 Las partidas aplicadas á Doña Juana Velázquez ascienden á treinta mil reales, y los débitos que debe satisfacer con ellas, importan la misma cantidad, con

que queda pagada enteramente, á cuya consequencia se obliga á recoger de los acreedores las escrituras, vales, cuentas y papeles justificativos de sus créditos con los resguardos que deberán darle de habérselos pagado, y á entregarlos todos á los hijos de su marido para el suyo, y que nunca sean molestados por el todo ni parte de su importe; como tambien si para cobrar los tres mil reales del crédito que se le ha adjudicado, hiciere algunos gastos judiciales por morosidad del deudor, le deberán abonar los hijos de su marido la mitad de ellos á prorata, quedando de su cuenta la otra mitad, como que lleva de los gananciales enteramente.

76 Con arreglo á esta hijuela de deudas podrá hacer el partidor las que le ocurran de mayor ó menor suma; y si los interesados quieren, podrá incluir asimismo en ella no solo las que el testador tenia quando falleció, sino tambien las que ocurran despues de su muerte con motivo de su entierro, gastos de inventario y otros, aplicando al pagador de todo, como que ha de ser efectivo su desembolso, dinero ó bienes en que no tenga ninguna pérdida. Ademas, aunque nada esté satisfecho, se puede evitar el formarla separada; pues en aplicando al constituido pagador en su misma adjudicacion el importe de ellas en los bienes referidos, y expresando con la correspondiente distincion los acreedores, como se ha hecho, nada se varia la substancia y surte el mismo efecto. Las particiones entre hijos de tres ó mas matrimonios deben evacuarse por el propio órden y método que esta, añadiendo las precisas suposiciones, y haciendo separadamente las liquidaciones y aplicaciones, segun ocurran los casos, por lo que omito poner mas exemplares, mayormente quando bastante luz tiene el partidor con los dos propuestos y sus advertencias para gobernarse y no errar.

77 En la particion no es necesaria la presencia del Juez en tres casos. El primero es, quando el testador la dexa hecha, como puede hacerla (a). El segundo es, quan-

(a) Ley 6 tit. 5 P. 6.

do aunque alguno de sus hijos ó todos sean menores, nombra en su última disposicion tutor que no sea interesado en la herencia, ó diputa otras personas de su confianza que la hagan, confiriéndoles amplia y especial facultad para ello, y para inventariar los bienes, nombrar tasadores y evacuar su testamentaría sin acudir á la Justicia para otra cosa mas que para la aprobacion de la particion ó para nada; en cuyo caso podrán tambien practicarlo todo sin concurrencia del Juez, y no deberán pagarle mas derechos que los del auto de aprobacion, si el testador manda que la apruebe, y no en otra forma, con arreglo al Real arancel, y no como si hubiera concurrido á todo, segun algunos lo pretenden; y al Escribano no mas que los de dicho auto, los de protocolizar el inventario y particion, y los de los testimonios de las adjudicaciones, cuya práctica segun Colon (*a*) se observa en el reyno de Valencia con aprobacion de su Real Audiencia que ha despreciado los recursos introducidos en contrario como dictados por la codicia. Lo mismo sé que se practica en el distrito de la Real Chancillería de Granada á conseqüencia de Real órden que se le comunicó, en cuya virtud se libran á este efecto las provisiones que se piden, y aun se quita el conocimiento á las Justicias, soliendo multarlas si no obedecen, como tambien á los Escribanos si no quieren poner las facultades en los testamentos. Ademas, si el testador tiene facultad para dividir su hacienda entre sus herederos legítimos y extraños, y para señalar á sus hijos su legítima (*b*), sin que sea necesaria la intervencion ni aprobacion judicial: si varias leyes recopiladas (*c*) le permiten dar poder á las personas que quiera, para ordenar su testamento, nombrar tutores y evacuar todo lo que dexe de practicar por sí propio, ¿por qué no ha de poder conferírsele tambien para que sin dicha intervencion ni aprobacion haga el inventario, tasacion y particion extrajudicial de sus bie-

(*a*) Instruccion jurídica tom. 2 lib. 3 cap. 3 n. 7. (*b*) Cap. 1 de este lib. n. 3. (*c*) Las del tit. 4 lib. 5 de que se habló extensamente en la I. Part. cap. 1 nn. 207 y sig.

nes; y por qué ha de entremeterse el Juez de propia autoridad á conocer en este caso de su testamentaría y privar á los diputados por el testador del uso de su comision? No obsta decir que por la falta del Juez puede ocasionarse perjuicio á los menores: en primer lugar, porque les queda salvo su derecho hasta los 26 años de su edad para reclamar y hacer que se reforme la particion; y en segundo lugar: porque el Juez no suele hacerla, sino los partidores que las partes ó quien las representa, eligen, y en conformándose estas la aprueba, esté bien ó mal hecha; y su autoridad, por mas veces que la interponga, siempre es y se entiende *quanto ha lugar en derecho*, de suerte que si segun este se halla mal formada, de nada sirve su interposicion, porque no deshace los agravios, ni puede impedir á los agraviados el uso del suyo hasta la referida edad; y así vemos todos los dias pleytos de agravios hechos en particiones judiciales. En comprobacion de lo dicho no debo pasar en silencio que habiendo acudido al Consejo Don Josef Angel Villaroel y la Quadra, y otros vecinos de Talavera de la Reyna refiriendo los perjuicios que sufrian los interesados en las herencias, por excusarse los Escribanos á autorizar los testamentos con nombramiento de tutores, curadores, partidores, y personas que practicasen extrajudicialmente los inventarios y particiones de bienes de difunto entre los herederos menores; y solicitando se les mandara que los autorizasen, y que los nombrados por los testadores lo evacuasen todo extrajudicialmente: con anuencia del Señor Fiscal á quien se comunicó tan justa pretension, se libró Real provision en 15 de julio de 1779 por la escribanía de Don Francisco López Navamuel, defiriendo á ella y mandando al Alcalde mayor de Talavera compeliese á ello á los Escribanos: que esto se executase tambien con otros qualesquiera vecinos de la propia villa y su territorio que dispusiesen en lo sucesivo inventariar y partir extrajudicialmente sus bienes, con tal que despues de acabados el inventario y particion se protocolizasen ante uno de los Escribanos del Número que eligiesen las partes, para que

no se extraviasen; y que á este fin se pusiese copia de la provision en todas las escribanías numerarias de la citada villa. Pero es de advertir al Escribano en primer lugar: que todo ha de extenderse en el papel sellado correspondiente, como si fuera particion judicial, y que no estando extendido en él no debe admitirlo ni protocolizarlo: en segundo lugar, que en el exórdio ó principio de la particion han de entrar hablando como otorgantes los comisionados, especificando la comision que tienen con individualidad, lo qual ha de executarse tambien en el inventario extrajudicial: en tercer lugar, que estos comisionados no tienen que obligarse ni renunciar leyes, porque nada practican por su hecho propio, y sí únicamente declarar haberla formalizado fiel y legalmente segun su inteligencia sin agravio de los interesados en la herencia, á los que han de obligar á eviccion de lo que salga fallido, ó se quite en juicio á algun partícipe, como en la declaracion segunda del primer exemplar queda advertido; y en quarto lugar, que no debe llevar mas derechos que los de protocolizacion, y testimonios que dé segun Real arancel y el tiempo que se ocupe en ello: pues que no trabaja en otra cosa alguna. Y el caso tercero en que no se necesita la presencia del Juez, es quando todos los herederos que son mayores de 25 años, hacen por sí propios el inventario y particion por escritura, ó del modo que les parezca y se convengan. A vista de todo me parece se debe introducir en todos los reynos de Castilla y en los de Indias, donde son mucho mas crecidos los derechos judiciales y de consiguiente los perjuicios, dicha práctica como tan util, justa y ventajosa á los herederos.

Particion extrajudicial hecha por los mismos herdeeros y reducida á instrumento público.

78 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano de su Número y testigos Francisco, Diego y Juan Fernández, vecinos de ella, hijos de legítimo matrimonio de Pedro Fernández difunto, y mayores de veinticinco años, dixeron: Que en tantos de tal mes del

presente falleció en esta villa el expresado su padre baxo del testamento que habia otorgado en tal dia de tal mes y año ante F. Escribano del propio Número, en el qual los instituyó por sus universales herederos como únicos hijos suyos y de Andrea Pérez su difunta muger: que por su muerte aceptaron su herencia con beneficio de inventario que hicieron solemnemente dentro del término, y con la pureza y escrupulosidad legal en presencia de F. Escribano Real, á conseqüencia de auto proveido ante mí á su instancia en tantos de tal mes por el Señor D. F. Corregidor de esta villa, de todos los bienes y créditos que se encontraron pertenecerle, los quales se valuaron por los peritos que unánimes eligieron; y en fin que habiéndose concluido el inventario se pagaron las deudas que llegaron á su noticia tenia contra sí el referido su padre. Y considerando que de nombrar partidores judiciales para dividirlos se les ocasionarian crecidos gastos, deliberaron hacer por sí mismos la particion de ellos, y para que nunca se dudase de su verdad, reducirla á instrumento público, como con efecto lo han hecho segun su convenio, y me la entregan firmada por todos, para que se una á esta escritura é inserte en sus traslados lo correspondiente con la adjudicacion hecha á cada interesado. Su literal tenor es el siguiente.

Aquí se insertan las suposiciones y lo correspondiente á cada uno por su haber, quando se le da su copia, y luego prosigue la escritura.

Y para que la mencionada particion extrajudicial tenga la validacion que desean los interesados en ella, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete y de su libre voluntad: otorgan que aprueban, ratifican y dan por hecha perfectamente la expresada particion con sus suposiciones (*si las tuviere*) cuerpo del caudal, deducciones, adjudicaciones, declaraciones y todo lo demas que contiene, dándose por entregados mutuamente á su satisfaccion de los bienes aplicados á cada uno y de los títulos de pertenencia de los raices que le tocaron (*si no los hubiere, se omitirá esta expresion*) y por no

parecer de presente su entrega, mediante haber sido cierta y efectiva, como lo confiesan, renuncian la excepcion que podian oponer de no habérseles hecho, la ley nona del título primero Partida quinta que trata de ella, y los dos años que prefine para la prueba de su recibo, dándolos por pasados como si realmente lo estuvieran, y formalizando á su favor el recibo ó resguardo mas eficaz que conduzca á su seguridad: á cuya conseqüencia se desapoderan y apartan por sí, y sus herederos y sucesores del dominio, posesion y otro qualquier derecho que les corresponda indistintamente á los referidos bienes y cada cosa de la herencia, cediéndolo y traspasándolo todo entera y recíprocamente sin la menor reserva, puesto que con los que se le han aplicado, se hallan satisfechos y reintegrados de su total haber paterno. Asimismo se confieren el mas ámplio é irrevocable poder que necesiten, con facultad de substituirle, para que cada uno tome la posesion de los que se le adjudicaron, y los enagene y disponga de ellos á su arbitrio como de cosa suya adquirida con justo título, quales lo son la adjudicacion que se le formó y este instrumento, del que quieren se dé á cada uno copia autorizada con insercion de su hijuela, suposiciones, declaraciones y demas que corresponda, á fin de que le sirva de título legítimo de pertenencia de su haber, con la qual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberse transferidos á todos y á cada uno la posesion y dominio de quanto se les adjudicó. Ademas, declaran que en la valuacion de los bienes inventariados, y en la liquidacion, deducciones, qüota y calidad de los aplicados á todos tres no ha habido lesion, engaño, ni el mas leve perjuicio, por haberse practicado con rectitud y pureza, observando en su distribucion y repartimiento la proporcion correspondiente al haber de cada uno en todas sus clases sin causarles agravio; y en caso que se haya hecho, ya consista en error material de cálculo, ya en el modo y forma de liquidar, deducir, aplicar ó distribuir, ya en otra cosa que por olvido ó ignorancia no se haya tenido presente, se remiten la cantidad á que ascienda, sea mucha ó poca, haciéndose

donacion pura, perfecta é irrevocable de ella, y renunciando á mayor abundamiento la ley primera, título once, libro quinto de la Recopilacion que trata de lo que se vende y permuta, y de otros contratos en que hay lesion en mas ó ménos de la mitad de lo justo, y los quatro años que prescribe para pedir la recision de dichos contratos ó el suplemento al legítimo y verdadero valor de las cosas de que se habla en ellos. Tambien se obligan á que si en algun tiempo se descubrieren otros bienes y créditos pertenecientes á la testamentaría del mencionado su padre, los dividirán entre sí con la misma proporcion que los inventariados sin diferencia, y con la misma prorratearán y pagarán las deudas que aparecieren contra su caudal, habiendo de poder ser compelidos á todo esto por todo rigor de derecho y via executiva, como igualmente á la solucion de las costas, daños y perjuicios que el que se apoderare de los bienes que se descubran, ocasionare á los coherederos con resistirse á su manifestacion para dividirlos entre todos, ó diferirla maliciosamente; ó que causare alguno de los otorgantes, por ser moroso en pagar puntualmente la porcion que le toque de las deudas que aparecieren contra el caudal, deferido el importe de todo en su relacion jurada, ó de quien los represente, sin otra prueba ni averiguacion. Igualmente en cumplimiento de lo ordenado por la ley nona título décimoquinto de la Partida sexta se obligan á la eviccion y saneamiento de los bienes aplicados á cada uno, y á que si algunos de los raices ó redituables salieron fallidos, por pertenecer á tercero, ó estuvieren hipotecados y afectos á gravámen ó responsabilidad que por ignorarse ó por otra causa legal, aunque aquí no se especifique, no se reduxo, le reintegrarán de lo que les quepa y deban resarcirle; y si se le moviere pleyto sobre ellos ó qualquiera finca, por poco que valga, saldrán á su defensa, requiriéndoles conforme á derecho, y haciéndoselo saber en el término que este prefine, no de otra suerte; y le seguirán á sus expensas en todas instancias hasta executoriarle, y dexarle en su quieta y pacífica posesion, sin que tenga que lastar ni desembolsar de su caudal la mas leve can-

tidad: por manera que si requeridos y citados de eviccion en los términos propuestos, no le siguieren, le ha de continuar el demandado sin necesidad de interpelarlos mas en ningun estado del pleyto, pues la primera citacion ha de ser perentoria para todos los trámites del juicio en qualquiera instancia; y en este caso si obtuviese sentencia favorable, le bonificarán y pagarán todas las costas y daños que se exprese haber expendido y originádosele, sígale por sí, ó válgase de otro á quien satisfaga el trabajo de su solicitud; y si fuere condenado y despojado de la finca ó fincas litigiosas, le han de abonar enteramente los referidos gastos y perjuicios, el valor en que se le adjudicaron las fincas desmembradas y los frutos que en virtud de la sentencia haya restituido, baxo de la propia pena de execucion y costas, girándose la cuenta entre todos tres, pues si los bienes se hallaron pro indiviso, saldria todo de la masa comun, y tanto ménos percibiria cada uno; sin que para exîmirse de su abono les sufrague el querle imputar á culpa ó negligencia suya la perdida del pleyto, porque sobre ello no han de ser oidos en juicio, excepto que le abandone sin hacer defensa alguna, ó no apele de la decision condenatoria en tiempo y forma, ó que le comprometa sin expreso consentimiento por escrito de los coherederos, ú ocurra alguna de las otras causas, por las que segun derecho no hay obligacion á la eviccion y saneamiento, de que tratan las leyes treinta y seis y treinta y siete del título quinto Partida quinta, en cuyos casos y no en otro, sea el que fuere, no han de estar obligados á ella. A mas, se obligan á no reclamar esta escritura, ni en todo ni en parte, y para su mas exâcta y puntual observancia se imponen recíprocamente la pena de tantos reales, (*si así fuese*) que ha de exîgirse al infractor tantas quantas veces contraviniere y se retractare de cumplir lo pactado, queriendo que ya la pague, ya se le remita, se lleve no obstante á debido efecto esta escritura en todas sus partes sin alteracion, interpetracion, ni tergiversacion, y que se suplan todos los defectos substanciales de solemnidad y demas que contenga. Por tanto, á su cumplimiento obli-

gan finalmente sus personas, y bienes muebles y raices, derechos presentes y futuros, &c. *En seguida las cláusulas generales.*

79 Esta escritura se puede presentar al Juez de la testamentaría para que la apruebe, aunque no es necesaria su aprobacion, por ser mayores de 25 años los herederos y poder obligarse como quieran; pero si todos ó alguno de ellos fueren menores, se ha de impetrar licencia del Juez para otorgarla, con intervencion de su curador de bienes ó de pleyto que debe concurrir al otorgamiento, y de que le ha de proveer no teniendo edad para nombrarle; pues si la tiene, ha de obligarle á hacerle que le nombre, ó no queriendo hacerle, nombrársele de oficio por su contumacia. Ademas, ha de preceder informacion de si es ó no útil al menor, y despues de otorgada con las cláusulas y renuncias correspondientes á los contratos de menores y explicadas en los capítulos 9 y 18 de la I. P. se le presentará para su aprobacion, lo qual ha de practicarse tambien siendo algun heredero loco ó fatuo. En la escritura se han de relacionar y unir á su protocolo los autos originales que precedieren, insertándose tambien el de su aprobacion con el pedimento en que se pretenda, en cada una de las hijuelas; excepto que el testador dexe hecha la particion sin perjuicio de las legítimas de sus herederos, ó que dipute personas de su confianza para hacerla sin intervencion de Juez en la forma expresada n. 78.

80 Si hubiere habido pleyto sobre los derechos de alguno de los interesados y ántes de concluirse si transigieren acerca de ellos, se hará relacion de él y del convenio, poniéndose las cláusulas relativas á la estabilidad de las transacciones de que se trata en la I. P. cap. 22 n. 21. Si no hay bienes raices ni otros productivos, ó aunque los haya, si los interesados mayores estipulan que no han de quedar obligados al saneamiento de los que les salgan fallidos ó se les quiten en juicio, sino que ántes bien ha de ser de cuenta y riesgo del despojado su perdida y menoscabo, sin poder repetir por su importe contra los coherederos; se expresará así omitiendo la cláusula que

trata de él. Y si una finca raiz ó redituable se divide entre dos ó mas, como que en este caso cada uno debe tener título de la parte que le cupo en ella, se expresará en la escritura; pues á todos se han de entregar copias testimoniadas de dicho título, en las que y en este se pondrán las notas competentes que contengan substancialmente una misma cosa, quedándose el título original en poder del que lleve la mayor parte, ó sea mayor en edad, ó mas honrado, el qual se ha de obligar á manifestársele y permitirles saquen á su costa copias de él con inclusion de la nota que se le ponga, siempre que se les pierdan ó rompan las que se les entreguen, como lo mandan las leyes 7 y 8 tit. 15 P. 6.

Escritura de particion.

18 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano de su Número y testigos Pedro y Antonio López vecinos de tal villa y hermanos enteros de Francisco López difunto que lo fue de esta, y Lorenzo Fernandez de la propia vecindad sobrino de este y de aquellos, é hijo legítimo y único de Juan Fernández y de María López su muger, tambien difunto, y esta hermana igualmente entera de los tres, y todos los otorgantes mayores de veinticinco años, dixeron: que el expresado Francisco López hallándose viudo falleció en tal dia de tal mes y año sin haber hecho disposicion testamentaria ni dexado posteridad legítima, con cuyo motivo el Señor D. F. Corregidor de esta villa previno su abintestato, hizo recoger y custodiar sus bienes con toda formalidad, mandó llamar por edictos que se fixaron en ella y en la de los otorgantes, á todos los que pretendiesen tener derecho á ellos por razon de parentesco, y citar á estos por medio de su despacho emplazatorio, como se les citó en persona; á cuya conseqüencia acudieron á su juzgado por mi oficio, en donde pende el abintestato, á legitimar su inmediato parentesco con el difunto, y solicitaron los declarase por sus únicos y legítimos herederos como her-

manos y sobrinos enteros suyos, por no haber otros parientes en igual grado de consanguinidad, presentando á este fin los documentos justificativos que lo acreditaban, y aceptando su herencia con beneficio de inventario; y en vista de los documentos é informacion que produxeron, de que en el término prefinido en los edictos no compareció nadie mas pretendiendo derecho á su herencia, y de ser pasado el legal y mucho mas, defirió á su solicitud ante mí en tal dia declarándolos por únicos herederos abintestato con igualdad del mencionado Francisco López como tales hermanos y sobrinos carnales suyos, habiendo por admitida su herencia con dicho beneficio, mandando se les entregasen sus bienes baxo la obligacion de satisfacer su funeral y de hacer con la mayor prontitud por su alma los sufragios correspondientes á su calidad y haberes, de que inmediatamente deberian darle cuenta con justificacion; y dando por libre á F. depositario de ellos, hecha su entrega del depósito que habia constituido y de la responsabilidad á que estaba obligado; y en virtud de esta declaracion y entrega hicieron inventario solemne y formal con la correspondiente exâctitud de quantos bienes y créditos en pro y en contra se hallaron, los que por evitar dilaciones y mayores gastos, resolvieron dividir amigablemente por este instrumento: en cuya atencion para que tenga efecto su convenio, en la forma que mas haya lugar en derecho: otorgan que dividen entre sí todos los bienes y efectos inventariados por fallecimiento del expresado Francisco López, con arreglo á lo que por derecho y por la declaracion del auto referido les corresponden, en los términos y con las suposiciones siguientes. (*Aquí se pondrán las suposiciones, cuerpo del caudal, deducciones, liquidaciones y adjudicaciones por el órden y método que en los dos exemplares de particiones judiciales, y concluido todo proseguirá lo dispositivo de la escritura*).

Y mediante haber exâminado muy por extenso los otorgantes ántes de ahora esta escritura, y visto que

la particion que incluye, está conforme á su convenio, y á los derechos que les competen, sin contener el menor agravio en la quota ni calidad de bienes distribuidos, ni tampoco error de cálculo ni otro; la aprueban, dan por hecha bien y fielmente, y con la legalidad que se requiere, y de los aplicados á cada uno de los tres se dan por satisfechos y entregados recíprocamente á su voluntad; y aunque su entrega ha sido real y verdadera, como lo confiesan, por no parecer de presente, renuncian la excepcion, &c. (*Proseguirá como la anterior*).

82 Aunque escritura es diferente en su introduccion de la que precede, no se distingue en lo substancial para su firmeza, y así proseguirá como aquella haciendo las declaraciones y obligaciones que correspondan, y pacten los interesados, y quitando, mudando, ó añadiendo lo conveniente y preciso, segun lo que ocurra. Si el depositario de los bienes los tiene en su poder por convenio de los interesados hasta que se evacua la particion, han de otorgar estos en ella carta de pago á favor suyo, dándole por libre de su responsabilidad y depósito.

83 El papel que corresponde á estas escrituras, es el del sello quarto mayor para el protocolo, y para las copias ó testimonios de las adjudicaciones el del sello tercero, porque la ley no distingue entre las hechas por partidores ó por escritura; y mediante hablar indistintamente y surtir el propio efecto, háganse de un modo ó de otro, deben llevar el mismo papel las copias, y en el intermedio comun.

PARTE SEGUNDA.

LIBRO TERCERO.

De los juicios ordinario, executivo y de concurso de acreedores.

CAPÍTULO PRIMERO.

Del juicio civil ordinario en primera instancia hasta la sentencia.

§. I.

De las divisiones del juicio, de los dias en que puede hacerse, y de las personas que pueden ó no comparecer en él.

1 Hay dos clases de Jueces: unos son ordinarios y otros extraordinarios: se llaman ordinarios los que tienen jurisdiccion y facultad para conocer en causas civiles ó criminales por concesion de la ley, ó del Soberano, de universidad ó pueblo, ó por costumbre; y extraordinarios los Delegados, ó de comision, los Arbitros, los Executores, y todos los que se eligen y comisionan para ciertos negocios por la persona ó tribunal que tiene derecho para nombrarlos (*a*). El juicio es una contienda forense entre dos ó mas personas sobre alguna cosa. Se estableció para que ninguno osase hacerse justicia de propia autoridad por las fatales conseqüencias que podian resultar de ello.

(*a*) De ellos y sus diferencias trata latamente Paz tom. 1 de su Práctica part. y tiemp. 1, y de su jurisdiccion, de quándo se acaba, de si pueden ó no nombrar Tenientes y Escribanos, y de otras cosas anexas á esto la Curia Philip. part. 1 §. 4.

2 Para constituir el juicio, procédase por accion, acusacion, denuncia, inquisicion ó de oficio, se requieren forzosamente tres personas principales que son, actor ó acusador, verdadero ó ficto: reo ó demandado y Juez. Actor ó demandante es el que deduce la accion, ó el primero que provoca al juicio, pretendiendo conseguir alguna cosa, y este en las causas criminales se llama con propiedad acusador. Reo en las causas criminales es el que cometió delito, y en las civiles el demandado por el actor sobre alguna cosa, de manera que el oficio del actor es provocar, instar, objetar, y el del reo refutar ó repeler, negar y excepcionar. Y el Juez es una persona con jurisdiccion como mediadora entre actor y reo que declara y da á cada uno lo que le corresponde sobre su pretension segun derecho y los méritos del proceso. Tambien, como vemos, intervienen en el juicio otras personas ménos principales que son Abogado, Escribano, Procurador, testigos y otros.

3 El juicio se divide en ordinario, extraordinario y sumario. Llámase ordinario aquel en que se procede por accion ó acusacion, observando todos los requisitos y solemnidades que prescriben las leyes: extraordinario, quando el Juez procede no por accion ó acusacion verdadera sino de oficio sin guardar el órden y formalidades del derecho; y sumario, aquel en cuyo seguimiento procede el Juez brevemente, de plano, sin estrépito ni figura de juicio en los casos en que tiene lugar, atendiendo solo á la verdad del hecho; si bien aunque en este juicio se pueden omitir dichas solemnidades, no las necesarias para la decision legítima de la causa segun derecho natural, pues de lo contrario se ocultaria la verdad y seria iniqua la sentencia.

4 Pidiendo alguno al Soberano que mande oirle breve y sumariamente sobre su pretension, si este comete á cierto Juez el conocimiento, y solo dice en su reserípto, *que le oiga y haga justicia*; se entiende que no obstante su súplica debe oirle ordinariamente ob-

servando todos los trámites legales, miéntras no exprese ó diga que se haga como lo pide; y así lo he visto practicar.

5 El juicio, sea eclesiástico, ó secular, se divide tambien en civil, criminal y mixto. El civil es todo aquel en que no se trata de delito, y en que únicamente se ventila sobre algun interes pecuniario; aunque haya dado motivo á ello algun crímen, en cuyo caso la accion se llama *accion criminal intentada civilmente*. El criminal es, quando se trata principalmente del delito y de su castigo por el interes y escarmiento público, ó quando se ha de aplicar al fisco la pena pecuniaria en que el reo es condenado (*a*); por manera que del delito nacen regularmente dos acciones, una civil que mira solo al interes del injuriado, y otra criminal que se dirige al castigo del ofensor. Y el juicio mixto es, quando se trata á un tiempo de interes pecuniario y de delito, como sucede en la denuncia, ó quando la pena pecuniaria se ha de aplicar al fisco y á la parte (*b*).

6 Asimismo el juicio, omitiendo otras varias divisiones no necesarias que se hacen de él, se divide en petitorio y posesorio: petitorio es aquel en que los litigantes controvierten principalmente sobre la propiedad, dominio, ó quasi dominio de alguna cosa, ó del derecho que les compete en ella; y posesorio el que instauran, no sobre la propiedad ó dominio sino sobre obtener ó retener la posesion ó quasi posesion de la finca ó alhaja, ó recuperar la que tienen perdida, y de que estan despojados.

7 No deben los Jueces ordinarios ni delegados conocer de causas civiles en dias feriados, sagrados, ni profanos, aunque lo consientan los litigantes, sino que lo exija la necesidad pública ó privada, ú la pie-

(*a*) Ley 9 tit. 4 P. 3. Greg. Lop. en ella glos. 1. Paz in prax. anot. 1 de judic. n. 21. (*b*) Paz lug. cit. n. 26.

dad (*a*) (1). Lo mismo milita en los árbitros de derecho, por estarles prohibido actuar fuera de los dias y casos en que se permite á los Jueces ordinarios; mas no en los arbitradores, pues estos en todos lo pueden hacer (*b*).

8 Los dias feriados son *sagrados*, *rústicos y repentinos*: se llaman sagrados, ó de fiesta los que estan introducidos principalmente para tributar á Dios el culto y veneracion que como á Criador y causa primera de todo lo criado se le debe: los rústicos que tambien se llaman necesarios, son los que por necesitar los hombres trabajar en el campo, v. gr. en el agosto, vendimias, &c. ó por ley ó costumbre se han establecido, como los mercados, las vacaciones, &c.; y los repentinos son aquellos que se establecen por un extraordinario é impensado acontecimiento como la venida ó coronacion del Príncipe, la victoria conseguida de sus enemigos, el parto de la Príncesa ú otra causa semejante, cuyos dias solo puede señalar el Soberano, y no el Juez de propia autoridad (*c*).

9 Pueden comparecer en juicio y elegir árbitros todos los que no tienen prohibicion legal para hacerlo (*d*). El excomulgado vitando ó no tolerado no puede pre-

(*a*) Leyes 33, 34 y 35 tit. 2 P. 3.

(1) Para facilitar y abreviar el despacho de los negocios, y evitar en lo posible á los litigantes los perjuicios que les ocasionan las dilaciones, se reduxeron los dias feriados por un Real decreto inserto en la circular de 31 de Marzo de 1789 á las fiestas que la Iglesia celebra como de precepto, aunque solo sea de oir misa, á las de nuestra Señora del Cármen, de los Angeles y del Pilar, y á las vacaciones de Resurreccion desde el domingo de Ramos hasta el martes de pascua, de Navidad desde el 25 de diciembre hasta el primero de enero siguiente, y de Carnestolendas hasta el miercoles de Ceniza inclusive: exclyéndose todos los demas dias en que con nombre de feriados ó fiestas de Consejo cesaba el despacho de los negocios, sin exceptuar aquellos en que celebran los Consejos y tribunales alguna fiesta, porque deberán practicarlo despues de las horas de tribunal, aunque sea anticipando su entrada y salida.

(*b*) Ley 32 tit. 4 P. 3. (*c*) Leyes 33, &c. y 36 tit. 2 P. 3. (*d*) Leyes 4 y 14 tit. 2 P. 3.

sentarse en juicio como actor, aunque sí como reo para defenderse, porque la defensa es natural; ni tampoco ser Personero, Abogado, ni testigo, lo qual no milita en el tolerado ó de excomunion menor (*a*). Asimismo no pueden comparecer en juicio los Religiosos profesos sin licencia de sus Prelados (*b*).

10 El hijo de familia que está baxo de la patria potestad, no puede demandar en juicio á su padre legítimo ni adoptivo, aunque tenga 25 años, excepto que niegue ser tal hijo, ó por maltratarle, ú obligarle á conducirse mal, ó por razon de bienes castrenses ó casi castrenses, ó uso de oficio público, ó para que le alimente pudiendo, ó para quitarle la administracion de sus bienes adventicios, si se los disipa (*c*); bien que si está indigente, debe dexarle de sus frutos lo que hubiere menester (*d*).

11 Pero estando fuera de su dominio, aunque no puede demandarle criminalmente en causa de que le resulte muerte, mutilacion de miembro, ó infamia de hecho ó de derecho, á ménos que le cause grave daño en su persona y bienes, para resarcirle de los de su padre y no para otro efecto; sí civilmente, con tal que ante todo pida para ello al Juez la vénia y licencia que el derecho (*e*) previene, y que aquel debe dar sin citar al padre; pues si no la pide, sea en la misma demanda, como se estila, ó en otros términos, no se le ha de admitir esta. Tendrá presente esto el Escribano para no exponerse á un sonrojo del Juez, quando le ocurra el caso.

12 Y si hallándose baxo la patria potestad, quiere demandar á alguno, debe pedir para ello licencia á su padre; como tambien para responder á la demanda que le hayan puesto, á ménos que sea mayor de 25 años,

(*a*) Ley 6 al fin tit. 9 P. 1. Olea de Ces. jur. tit. 6 q. 11 n. 49. (*b*) Leyes 10 tit. 2 P. 3 y 10 tit. 9 P. 7. (*c*) Leyes 2 tit. 2, 4 y 5 tit. 7 P. 3, y 11 tit. 17. P. 4. Castill. de Alim. cap. 23. Olea de Ces. jur. tit. 2 q. 6 n. 37. (*d*) Ley 2 tit. 2 P. 3 y su glos. 14. (*e*) Ley 3 tit. 2 P. 3.

y su padre esté ausente de la provincia, ó que se trate de bienes castrenses ó quasi castrenses (a); y el Juez puede con justa causa compeler al padre á dar dicha licencia para pleyto sobre cosa en que no tenga el usufructo de los bienes de su hijo (b).

13 Deben pedir tambien la vénia en iguales términos que el hijo, el yerno á su suegro, el súbdito al superior, el vasallo á su señor, el discípulo á su maestro, el feligres á su Párroco, el ahijado á su padrino de bautismo y el entenado ó hijastros á su padrastro ó madrastra, si los demandan, y aunque sobre este hay variedad de opiniones, no dañará el pedirla (c).

14 Los hermanos consanguíneos no deben demandarse criminalmente en causa de que les resulte muerte, mutilacion de miembro, ó destierro, sino es que el uno haya maquinado contra el otro alguna de estas cosas, ó que sea por traycion contra su señor, no habiendo quien le acuse, ó contra el Rey ó su reyno (d).

15 Los criados ó sirvientes no pueden tampoco acusar á sus amos pasados ó presentes, no siendo por alguna de las causas referidas, ó por infamarlos ó hacerles perder sus bienes de modo que queden pobres (e).

16 Sin embargo de que á los pupilos se provee de tutor aun contra su voluntad, como expuse en el capítulo de inventarios, y á veces de curador, si hay peligro en la demora (f), no estan obligados los adultos á recibir curadores (g); y si son demandados, ó demandan criminalmente, tienen que elegir curador de pleyto que sea idóneo; porque no haciéndolo le nombrará de oficio el Juez por su contumacia, para que el juicio no sea nulo por falta de persona legítima, pues el menor no lo es para comparecer por sí solo en el (h), y debe hacerlo en nombre suyo su curador; de mo-

(a) Leyes 7 tit. 2 P. 3 y su glos. 1, y penult. y ult. tit. 17 P. 4. Salgad. Laber. part. 1 cap. 17 n. 27. (b) Cur. Philip. part. 1 §. 10 n. 7 al fin. (c) Paz in Prax. part. 1 temp. 2 ha. 8 y 9. Cur. Philip. lug. cit. num. 5. (d) Ley 4 tit. 2 P. 3. (e) Ley 6 tit. y P. cit. (f) Lara de Vit. hom. cap. 24 n. 1. (g) Ley 13 tit. 6 P. 6. (h) Ley 13 tit. 16 P. 6.

do que si comparece sin este, vale solamente lo que cede en su utilidad á ménos que su contrario se oponga, en cuyo caso ni aun esto vale (*a*); por lo que si el menor que no tiene curador, quiere demandar á alguno, no ha de poner por sí mismo la demanda, y por un otrosí nombrar al curador para que se le discierna el cargo y le defienda, sino que ha de nombrarle primero, y discernido el cargo pondrá en su nombre la demanda. Si le admite el Escribano en otros términos, será tenido por idiota y se deferirá solamente al discernimiento, si el Juez sabe lo que manda.

17 No milita lo expuesto en las causas espirituales y beneficiales, pues en estas puede el adulto comparecer por sí sin intervencion de su curador (*b*), como se ha sentado en la I. P. cap. 8 n. 6, y constituir Procurador en la forma expuesta en el capítulo de inventarios n. 64 y no en otra, lo qual no se permite al pupilo; bien que se le concederá el beneficio de la restitucion siendo perjudicado (*c*). Pero si el menor que no tiene curador, comparece en juicio y ratifica con juramento lo actuado, no puede pretender la restitucion, aunque sea leso, porque como esto es un casi contrato, se confirma con el juramento del mismo modo que el contrato (*d*).

28 El Juez debe nombrar curador de pleyto á los pupilos, á los mudos y sordos por naturaleza, á los pródigos, locos y mentecatos declarados, y así en estos casos como quando el adulto nombra el curador, debe este dar fianza, lega, llana y abonada de que cumplirá fiel y exâctamente su encargo, con la qual se le ha de discernir y confirmar el Juez (*e*). Y quando tenga que declarar el menor como parte, ha de asistir su cu-

(*a*) Leyes 11 tit. 2 y 1 al fin tit. 3 P. 3. Carl. de Judic. tit. 1 disp. 2 n. 1130. (*b*) Cap. fin. de Judic. in 6. Vela dis. 6 n. 61. Lara de Vit. hom. cap. 24 nn. 44 y 45. (*c*) Covar. lib. 1. Var. cap. 5 n. 8. Cancer. part. 2. Var. cap. 1 n. 295. (*d*) Leyes 16 tit. 11, 59 tit. 18 P. 3 y 6 tit. 16 P. 6. Gutierr. in Authent. Sacramenta puber. n. 127 y lib. 1 pract. q. 67. (*e*) Leyes 12 y 13 tit. 16 P. 6. Carlev. de Judic. tit. 1 disp. 2 n. 1130. Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 52.

rador al juramento, aunque no á la declaracion, y ha de firmarla por su asistencia, sea civil ó criminal el negocio, sea el menor actor ó reo, y así se observa.

19 Estando imposibilitado legitimamente el curador de comparecer en juicio por su menor, puede nombrar Procurador ó Apoderado para negocio determinado, especificando en el poder el impedimento que tiene (*a*); pero no estando impedido solamente se le permite hacerlo despues de contestada la demanda (*b*).

20 La muger casada no puede comparecer en juicio ni nombrar Procurador sin licencia de su marido, á ménos que esté ausente del pueblo donde se ha de litigar, y no se espere pronto su regreso, en cuyo caso puede el Juez concedérsela con conocimiento de causa: ó que el marido sea loco, furioso, mudo ó mentecato, ó que tenga que usar contra él de sus acciones civiles ó criminales, como sobre restitucion de su dote, porque se la disipa y viene á inopia, ó sobre divorcio, nulidad de matrimonio, excesiva rigidez en el trato, alimentos y otras cosas, para las quales no necesita licencia de su marido, ni del Juez, como se expuso en la I. P. cap. 18 nn. 51, 52 y 53. Y si es preciso recibirle alguna declaracion como parte ó testigo, ha de presenciar su marido el juramento y por lo mismo firmarla, si sabe; mas no ha de declarar en su presencia, segun se practica.

21 Ni el marido ni su heredero pueden constante el matrimonio acusar á la muger por delito de hurto ni otro de que se le pueda seguir infamia, ó por la que merezca pena aflictiva, excepto por adulterio, ó por traycion contra el Rey ó su reyno, ó contra su Señor temporal; y lo propio milita en la muger respecto de su marido (*c*).

22 Aunque para comparecer un Procurador en juicio por su litigante basta, regularmente hablando, un poder general para pleytos, no es así en muchos casos que suelen ser peculiares del mismo juicio; si el poder

(*a*) Leyes fin. tit. 10, 66 tit. 18 y 2 tit. 23 P. 3. (*b*) Leyes 3 tit. 5 y 96 tit. 18 P. 3. (*c*) Ley 5 tit. 2 P. 3.

no tiene las correspondientes especialidades ó particularidades; v. gr. para hacer el juramento de calumnia y otros, pedir restitucion, prorogar jurisdiccion, hacer cesiones, donaciones y liberaciones, apartarse de las apelaciones y súplicas, nombrar y presentar, hacer novacion, allanamientos, consentimientos y apartamientos del pleyto en qualquiera instancia, aceptar beneficio, tomar posesion de él, introducir el remedio de la tenuta; y los recursos de fuerza é injusticia notoria, suplicar segunda vez con la pena y fianza de las 10;00 doblas, y para otros casos semejantes, en los quales es indispensable que el poder tenga estas especialidades, y aun en algunos que sea especial para caso determinado, por no bastar la especialidad que contenga el general (*a*); en cuya atencion el Escribano tendrá cuidado de reconocer los poderes, y no admitir á los apoderados gestiones que exîjan especialidad, sino la contienen, porque se expone á ser multado, como he visto multar á uno en el Consejo, y tambien á un Abogado y Procurador, por haber firmado pedimento con un allanamiento sin poder especial, y no haber hecho que su parte le firmase, ó rehusado presentarle, si no queria hacerlo. Y es de tener presente en primer lugar, que los 20 dias prefinidos (*b*) para suplicar segunda vez corren desde que se notifica la sentencia de revista al Procurador, tenga ó no poder especial de la parte para introducir el recurso, de donde se infiere que aunque no le tenga, puede introducirle; como tambien que el término para acudir á la Real persona quejándose de las sentencias de revista dadas en las audiencias de Canarias y Mallorca, que ántes era de 40 dias, es al presente de 90 (*c*): en segundo lugar que el apoderado para un pleyto puede substituirle, y el substituto substituir tambien, con tal que el poder conceda á uno y otro esta facultad, no de otra suerte (*d*);

(*a*) Salg. Labr. part. 1 cap. 27 n. 63. Olea de Ces. t. 2 q. 6 n. 24. Vela diss. 38 n. 84. Cur. Philip. ilustr. part. 1 §. 10 n. 30 (*b*) Ley 1 t. 20 lib. 4 R. (*c*) Ley 16 del mismo tit. y lib. que es del año de 774. (*d*) Cur. Philip. p. 1 §. 10 n. final. Gom. lib. 2. Var. cap. 12 n. 20 vers. Tertia.

y aunque no falta quien diga que el substituto puede substituir del mismo modo habiendo contestado el pleyto, y no le admitiria, si el poder carecia de esta especialidad, por no haber ley que lo diga, y en tercer lugar es de tener presente que muerto el primer Procurador puede continuar el siguiente nombrado en el poder, ó el substituido si quisiere, pues para evitar nuevos poderes y substituciones, se nombran muchos; bien que hasta que le acepta, no puede ser compelido á la continuacion del pleyto (*a*).

§. II.

De la demanda y cláusulas que debe tener: si se puede mudar, ampliar y enmendar: qué debe mirar el actor para ponerla: ante qué Juez ha de acudir: qué juramentos se hacen en los juicios, y por dónde no deben empezar.

23 La demanda ó libelo es un escrito en que se expresa lo que el actor pretende en juicio. Esta demanda, sea civil, criminal, ó mixta, se ha de poner por escrito y firmar por Letrado conocido (*b*), sin embargo de que una ley recopilada (*c*) permite al Juez admitirla de otra forma, con tal que conste de ella por auto en el proceso; pues esto no se halla en uso, y se sigue lo que otra recopilada (*d*) prefine para las audiencias Reales.

24 El actor ó demandante puede poner por sí mismo ó por medio de Procurador con suficiente poder la demanda. Si la pone por Procurador, debe este legitimar su persona presentando copia íntegra del poder, y si despues comparece por sí en el juicio, se entiende revocado el poder, sino es que exprese lo contrario en

(*a*) Sobre los que pueden ser apoderados ó personeros, y sobre si muerto el poderdante podrá el Procurador continuar el pleyto, vease el cap. 23 P. I. (*b*) Leyes 40 y 41 tit. 2 P. 3 y 4 al fin tit. 16 lib. 2 R. (*c*) La 10. tit. 17 lib. 4. (*d*) La 1 tit. 2 lib. 4.

el pedimento que dé (*a*). Pero ántes de formalizarla debe mirar y tener presentes los requisitos prescriptos en el proemio del tit. 2 Partid. 3 que voy á explicar y se contienen en los versos siguientes.

Quis, quid, coram quò, quo jure petatur, & à quò recte compositus quisque libellus habet.

25 Primer requisito. *Quién es la persona á quien quiere demandar*: por si es abuelo, padre, hijo, amo, criado, marido, muger, hermano, religion, menor, loco, ú otra de las expresadas en los números precedentes, para saber en qué casos, ó como ha de poner la demanda (*b*), ó si es persona que deba responder á ella, porque no siéndolo formará artículo de no contestar y se declarará á su favor.

26 Segundo. *Qué cosa es la que pretende*; pues si es semoviente, debe expresar con claridad su color, sexô, naturaleza, edad y especie: si pieza de oro ú otro metal, su peso, qualidad y hechura: si dinero, la cantidad y especie: si trigo, cebada, vino, aceyte ú otra cosa semejante, su especie y medida: si vestido, el nombre, hechura y color de la tela ó paño: si arca, maleta, cofre, ó saco cerrado con llave, basta explicar de qué son, y lo que contienen por mayor, pues no está obligado á individualizarlo todo, así como quando demanda genéricamente la herencia de alguno, ó la cuenta de bienes de huerfano, compañía, mayordomía, daños hechos, ú otras cosas semejantes, es suficiente que ofrezca probarlo en el discurso del pleyto; y quando demanda castillo, villa, aldea ú otro lugar señalado, no es necesario mas que nombrarlos diciendo le corresponden con todas sus pertenencias: si es finca, ha de especificar su sitio, linderos y demas señales, por las que sea conocida, y si pretende su propiedad ó posesion: si intenta que se le restituya á esta, ha de expresar el año

(*a*) Olea de Ces. tit. 8 quæst. 1 n. 29. (*b*) Ley 2 tit. 2. P. 3 y en ella Greg. Lop.

y mes en que fue despojado: si le han injuriado de palabra ú obra, debe manifestar con claridad la ofensa, el ofensor, cómo y con qué le ofendió, en qué parage, dia, mes y año; y si es cosa de peso ó medida, basta afirmar con juramento que no se acuerda con certeza á quánto asciende, y protestar que en el progreso del pleyto lo declarará. Careciendo la demanda de dicha claridad y especificacion no debe ser admitida (*a*).

27 Tercer requisito. *A qué Juez ha de acudir.* El actor debe seguir regularmente el fuero del reo y demandarle ante el Juez de su domicilio como competente, porque no debe ser condenado ni absuelto sino por aquel á quien está subordinado, ó de quien es súbdito, y si le reconviene ante otro, puede oponer la excepcion de incompetencia ó declinatoria (*b*). Con este motivo convendrá dar al Escribano alguna instruccion acerca del fuero.

28 Esta palabra *fuero* tiene diversos significados: unas veces se entiende por el uso y costumbre de algun pueblo ó provincia: otras por la facultad de juzgar, y segun mi propósito por el tribunal del Juez á cuya jurisdiccion está sujeto el reo demandado (*c*). (1). Es de tres clases: *eclesiástico*, *secular y mixto*: el eclesiástico es el que toca al Juez Eclesiástico para conocer de las causas que por disposiciones canónicas y Reales le competen, sea contra seculares ó clérigos: el secular es el que pertenece al lego; y el mixto es aquel, á quien corresponden los negocios sobre que ámbos Jueces tienen jurisdiccion preventiva: de suerte, que el que primero empieza á conocer, es el que prosigue (*d*).

29 Aunque regularmente debe ser demandado el reo ante el Juez de su domicilio, hay autor que exceptua de

(*a*) Leyes 15, 25, 26 y 31 tit. 2 P. 3 y 4 tit. 2 lib. 4 R. (*b*) Ley 32 tit. 2 P. 3. (*c*) Ley 7 tit. 2 P. 1. Ferrar. Bibliot. verb. Forus, nn. 3, 5 y 58.

(1) Tambien se entiende por fuero ó fueros la compilacion de privilegios ó exênciones concedidas á alguna provincia, ciudad ó persona. Diccion. de la leng. Castell.

(*d*) Sobre el fuero vease la Curia Philip. p. 1 §. 5.

esta regla 52 casos, de los que no solo se explicarán los tres mas frecuentes que son *por razon de contrato con sumision*, *de delito cometido*, *y de finca sita dentro de la jurisdiccion*, sino tambien algunos mas de que tratan las leyes del reyno, en los quales surte el fuero de otro Juez, sin embargo de no ser súbdito suyo, y puede ser reconvenido ante él, observándose lo dispuesto por la ley 20 tit. 21 lib. 4 R. inserta en la I. P. cap. 18 n. 31. De estos casos el primero es por ser natural ú originario del pueblo en que se le demanda, hallándose en él: el segundo por casamiento, y así la muger está sujeta al Juez de su marido, aunque haya nacido en la jurisdiccion de otro: el tercero, por razon de bienes heredados, pues el heredero puede ser reconvenido sobre ellos en el pueblo donde se hallan: el quarto, por contrato con sumision especial, ó promesa de dar ó hacer paga, ú otra cosa en cierto lugar, aun quando se haya formalizado la obligacion en otro; y en este caso pudiendo el reo cumplir lo pactado tiene facultad el actor para demandarle en uno de tres lugares, que son: el en que habita, ó en que celebró el contrato, ó en que prometió él ó su causante hacer la paga ú otra cosa: lo qual procede, sea la accion real ó personal, sea el contrato válido ó nulo; y aun en el quasi contrato, mas no en el distracto ó disolucion del contrato (*a*): el quinto, por haber diez años que vive y está domiciliado en un pueblo: el sexto, por poseer allí la mayor parte de sus bienes, aunque no haya diez años que reside en él: el séptimo, por contestar llanamente la demanda sin usar de la excepcion llamada declinatoria, pues entónces debe seguir el pleyto ante el mismo Juez hasta su decision: el octavo, por razon de crimen, mediante á que el delinqüente puede ser demandado civil y criminalmente ante el Juez del pueblo donde le cometió: el nono, por ser vago, pues no teniendo do-

(*a*) Sobre el distracto y el efecto que causa la renuncia del propio fuero y domicilio con juramento, habla Covar. Pract. cap. 10 nn. 4, 5 y 6.

micilio fixo se le puede reconvenir donde se le halle: y aun quando no lo sea, si tiene muchos fueros, puede elegir el actor el que quiera: el décimo, por encontrarse en poder de alguno la cosa agena que se pide, en cuyo caso si es persona de buena fama y quiere dar fianza de estar á derecho, se le debe dexar en depósito, y no dándola se ha de depositar en otro; pero si tiene mala fama, debe ser y estar preso, aunque no la haya hurtado, hasta que pruebe el derecho que le compete á ella, y de dónde la hubo: el undécimo, por via de reconvencion, pues el actor está obligado á contestar á la que el reo le hace ante el propio Juez de este, sin embargo de que no sea súbdito suyo, excepto en los casos que explicaré en el §. 6: el duodécimo, por razon de cuentas de tutela; mayordomía, ú otras semejantes, ó uso de algun oficio público, pues se debe responder en el lugar en que se exerció este, ó se encargaron aquellas, y ante el Juez que hizo el encargo (*a*); y el décimotercio, por haber sido alguno citado legítimamente de órden de su Juez, aunque despues de la citacion vaya á domiciliarse á otro lugar, ó á estudios, romería, peregrinacion, ó comision del Rey ó de su Concejo, porque el Juez previno la jurisdiccion para conocer del negocio, y por eso debe contestar y seguir la demanda ante él (*b*).

30 Puede ser demandado tambien el reo en la corte, y en los pueblos de las chancillerías y audiencias siendo hallado en su distrito (*c*); y aunque no se halle; se le puede obligar á contestar en los casos de corte y por las personas que gozan de este privilegio. Son casos de corte las demandas sobre bienes vinculados, ó sobre vasallos, fortalezas, muerte ó heridas de caballero principal, ú otros semejantes y de grande importancia (*d*): las civiles y criminales que contra qualesquiera personas ó concejos deduzcan los Señores del Consejo, Oi-

(*a*) Leyes 32 tit. 2 P. 3, 15 tit. 1 P. 7, 7 tit. 3 lib. 4, y 1 y 3 tit. 16 lib. 8 R. (*b*) Ley 12 tit. 7 P. 3. (*c*) Ley 4 tit. 3 P. 3. (*d*) Leyes 4 tit. 1 lib. 3 y 9 tit. 3 lib. 4 R.

dores, Chanciller mayor, Mayordomo mayor de Rey: sus Contadores mayores (hoy se llaman Ministros del Tribunal de la Contaduría mayor) Tesoreros, Notarios y Oficiales de la Real Casa, Corte y Chancillerías, Alcaldes de Corte y de Hijosdalgo, Escribanos y demas Oficiales que gozan en aquellas sueldo del Rey, solamente miéntras exercen sus oficios; mas no sus Tenientes (*a*). Por lo que hace á los criados del Rey, la ley 66 tit. 4 lib. 2 Recop. cap. 4 dice al fin: „Y asimismo revocamos lo dispuesto en la ley 9 tit. 3 lib. 4, por la qual nuestros criados pueden poner demandas en esta corte, y mandamos las pongan en las partes donde conforme á derecho se debiere, para que con ocasion de los pleytos no desamparen sus estados, ni continúen la asistencia en esta corte.„

31 Asimismo son casos de corte los pleytos contra el Corregidor, Alcalde ordinario, Regidor ú otro Oficial del concejo del pueblo en que exercen sus oficios, sobre los casos en que segun derecho pueden ser reconvenidos durante ellos (*b*); y contra Grandes, Duques, Condes, Marqueses, Señores poderosos que nombran Jueces, y tambien contra Concejo, aunque el demandante sea otro, ó persona á quien competa el privilegio de caso de corte (*c*).

32 Gozan del privilegio de caso de corte los concejos de cabeza de partido, universidades (*d*), iglesias, monasterios, hospitales, cabildos, cofradías, y colegios de Frayles y Monjas de qualquiera órden (*e*), los pobres, los muy viejos ó enfermos, y personas miserables quando litigan con alguna poderosa (*f*), el menor de 25 años, huérfano de padre, la viuda honesta, y por consiguiente la soltera que vive recatadamente (*g*), la casada cuyo marido es inútil y pobre, ó está cautivo ó desterra-

(*a*) Dicha ley 9. (*b*) Leyes 21 tit. 5 lib. 2 y 8 tit. 3 lib. 4 R. (*c*) Curia Philip. Juicio civil §. 9 n. 10. (*d*) Ley 37 del Estilo. (*e*) Cov. Pract. cap. 7 n. 3. Cur. Philip. lug. cit. (*f*) Leyes 5 tit. 3 y 41 tit. 18 P. 3 y 5 tit. 3 lib. 4 R. (*g*) Ley 8 al fin tit. 3 lib. 4 R. Greg. Lop. en la 5 tit. 3 P. 3 glos. 2 vers. Sed an dicat vidua.

do, y no la viuda que mató á su marido (*a*): lo qual se entiende, aunque dichas personas miserables renuncien el citado fuero, pues no vale su renuncia (*b*), aunque sean contumaces (*c*), y sean actoras ó demandadas (*d*) (1).

33 Entre las personas miserables se comprehenden los que forman concurso de acreedores, y les ceden sus bienes, aunque sean mayores (*e*), pues miserable se llama y lo es el que ha decaido de su antiguo esplendor y fortuna. Tambien se tienen por personas miserables el que por sentencia está obligado á entregar sus bienes á otro, como sucede al que hace concurso, y el que no puede administrar sus propias cosas y hacienda (*f*).

34 No gozan del privilegio referido las personas expresadas sino en las causas de mas de 10ↀ maravedis (*g*) (2), ni en aquellas en que se interesa la Real Ha-

(*a*) Olea de Ces. jur. tit. 3 q. 7 n. 25. Cov. Pract. cap. 6 n. 7. Valasc. de Privileg. pauper. part. 3 q. 7. (*b*) Carlev. de Judic. tit. 1 disp. 2 sect. 7 nn. 598 y sig. (*c*) Carl. lug. cit. n. 600. (*d*) Castill. lib. 3 controv. cap. 25. Salgad. de Retent. part. 2 cap. 31.

(1) »La razon se expresa en las mismas leyes citadas, y se reduce á que estan expuestos á ser oprimidos y fatigados por violencia y engaño con riesgo de perder sus derechos; y comparando este perjuicio con el que pueden sufrir las demas personas que saliendo de su fuero vayan á litigar á los tribunales superiores, es incomparablemente mayor aquel, y mas digno de ser atendido, especialmente quando se compensa el mayor gasto que hagan en estos tribunales con la seguridad en la administracion de su justicia, conciliándose por estos medios en los casos referidos el interes de la causa pública que hace cesar el de la regla general y comun; pero no basta para su dispensacion en estos privilegios qualquiera daño ó perjuicio de las personas miserables, pues debe exceder en lo principal que se litiga de diez mil maravedis segun la ley 11 tit. 3 lib. 4 R.„ Sr. Conde de la Cañada Instit. Pract. de los juicios civiles part. 3 cap. 4 n. 18.

(*e*) Salgad. Labyr. part. 1 cap. 2 n. 28. (*f*) Leyes 5 tit. 3 y 20 tit. 23 P. 3. Salgad. cap. cit. nn. 37, &c. y 42. (*g*) Ley 11 tit. 3 lib. 4 R.

(2) Esta cantidad debiera ser en el dia bastante mayor, pues la ley cit. que la señala, es de los Emperadores D. Carlos y Doña Juana, y se estableció en Madrid en el año de 1534; esto es, ha 268 años: desde cuyo tiempo acá por el incesante aumento de la moneda ha perdido mucho de su valor: de suerte que para poner demanda por caso de corte en la actualidad deberia señalarse una cantidad equivalente á lo que valian 10ↀ maravedis en el reynado de dichos Empe-

cienda, ni en las executivas, feudales y criminales, ni quando contestan la demanda ante el Juez inferior (*a*): ni quando la persona miserable llega á serlo despues de contestado el pleyto ante el Juez ordinario (*b*), ni quando tienen que dar cuenta pública ó privada, pues deben darla en donde y ante el Juez que les encargó la administracion (*c*): ni tampoco unas contra otras, por lo que si una demanda en la corte á otra, y esta declina la jurisdiccion pretendiendo se remita la causa al Juez de su fuero, vencerá, por ser mejor su condicion: lo qual se limita en caso de que el actor sea mas mísero é infeliz que el reo, pues entónces aquel será atendido (*d*).

35 Si el negocio es individuo y comun á dos, á uno que goza del privilegio y á otro que no, gozará este tambien de él, como quando es mayor de 25 años y el otro huérfano menor, y ambos poseen por indiviso alguna cosa, les compete alguna accion, pues el mayor puede usar de ella en la corte al modo que el menor (*e*). Y no se debe dar carta de emplazamiento por caso de corte, sin que el que la pide, dexe Procurador conocido (*f*).

36 No pueden conocer en primera instancia los Oidores dentro de las cinco leguas de su distrito ni sacar á los reos de su fuero sino por caso de corte (*g*). Tampo-

radores. La misma ley 11 aumentó la cantidad para el expresado efecto desde 60 maravedis á los 100. »Porque somos informados, dice la ley, que á causa de llevar á las nuestras Audiencias por caso de corte muchos pleytos de pequeña cantidad, son vejados, i fatigados nuestros súbditos, faciendo en seguimiento dellos muchas costas, i gastos: por ende, por lo oviar en alguna manera, mandamos que como ántes de agora no podian ir á las dichas Audiencias pleytos de seis mil maravedis, i dende abaxo por nueva demanda, de aquí adelante no puedan ponerse demandas de diez mil maravedis, i dende abaxo, sino de diez mil maravedis arriba.„

(*a*) Cur. Philip. lug. cit. n. 15. Carlev. Sect. cit. (*b*) Leyes 7 y 30 ff. de jud. 19 ff. de Jurisdiction. omnium judic. y 28 ff. de Excus. tutor. (*c*) Leyes 1 y 2. Cod. Ubi de Ratiociniis agi oportet. (*d*) Greg. Lop. ley 5 tit. 3 P. 3 glos. 2 vers. Et quando privilegia invicem. Cur. Philip. § 9 cit. n. 16. (*e*) Leyes 10 ff. Quemadmodum servitutes amittuntur, y 1 ff. De Quibus rebus ad eumdem judicem eatur. (*f*) Leyes 1 y 2 tit. 2 lib. 4 R (*g*) Ley 21 tit. 5 lib. 2 R.

co pueden ser presos ni reconvenidos en esta los Procuradores de Cortes, miéntras exercen sus encargos, sino por derechos Reales, delitos, ó contratos que cometan ó hagan en ella, ó que contra alguno se haya dado sentencia en causa criminal (*a*). Asimismo los Procuradores que en nombre de sus concejos vienen á la corte, ó llamados del Rey ó del Consejo, no deben ser prendados en esta por las deudas de aquellos, aunque sí por las suyas propias (*b*). Y el privilegio de caso de corte no compete al no privilegiado contra el que lo es, si este rehusa usar de él, porque de lo contrario redundaria en su detrimento habiéndosele concedido por su beneficio (*c*).

37 Los casos de corte (cuyo nombre se les da, porque su conocimiento toca principalmente al Rey y por disposiciones legales (*d*) á su Consejo, Chancillerías y Audiencias) son de dos clases *civiles* y *criminales*. Los civiles, que ya se han referido, ó son notorios, ó no. Los notorios son los de un concejo contra otro, y los de cabildos, iglesias, monasterios, hospitales, cofradías, universidades, colegios, Grandes de España, Títulos de Castilla, Oficiales y criados del Rey; y para que se admita el recurso, basta alegarlos y pedir se tengan por notorios. Pero no siéndolo, como el pleyto del menor, huerfano, viuda y personas miserables, es preciso no solo que se aleguen, sino tambien que se justifiquen dentro de los nueve dias siguientes al último del emplazamiento (*e*), pues de lo contrario no se admitirán; y la justificacion puede hacerse sin citar á la parte contraria, porque en compareciendo puede alegar y probar dentro de los mismos nueve dias no ser el caso de corte, pretendiendo se declare así y devuelva el conocimiento al Juez que entendia en el negocio.

38 Los casos de corte criminales son: la traycion contra el Rey ó su reyno, el encubrimiento de malhe-

(*a*) Ley 10 tit. 7 lib. 6 R. (*b*) Ley 11 sig. (*c*) Cur. Philip. §. 9 cit. n. 16 al fin. (*d*) Leyes 4 y 5 tit. 3 P. 3, 11 tit. 5 lib. 2 y 8 y 9 tit. 3 lib. 4 R. (*e*) Ley 1 tit. 5 lib. 4 R.

chores ó deudores en castillo, fortaleza, ó casa fuerte, sin querer entregarlos á la Justicia, ó en lugar de señorío ó abadengo: el delito de prender á alguno ó tomar sus bienes por su propia autoridad, la perpetracion de muerte segura, la violencia ó robo de muger, la infraccion de tregua ó camino, el incendio de casa ú otro edificio, el duelo ó desafio, el ser ladron conocido, ó dado por encartado como prófugo por el delito que cometió, la falsificacion de sello ó moneda Real, y la resistencia de concejo ó persona poderosa á la execucion que en virtud de Real provision se hace por débitos Reales (*a*). Por estos delitos pueden emplazar á qualquiera fuera de las cinco leguas de la corte y chancillerías los Alcaldes y Jueces de ellas (*b*): no siendo de pasar en silencio que estos en aquellas en que lo fueron, no pueden tener por caso de corte pleytos suyos, ni de sus mugeres, ni hijos como actores ni reos en primera instancia (*c*).

39 El heredero debe ser demandado como tal en el lugar y fuero que el difunto debia serlo (*d*), aunque aquel sea privilegiado por gracia particular del Soberano, pues su privilegio personal y privativo no le exîme de responder en el fuero en que debia hacerlo su causante (*e*). Pero si el privilegio de que goza el heredero, no se ha concedido solo á su misma persona sino tambien á algun estado ó cuerpo, como al de Clérigos, Militares, viudas y pupilos, se le ha de demandar en su fuero y ante el Juez del territorio ó provincia en que vivia su causante (*f*): porque despues que el Clérigo, por exemplo, acepta la herencia, empieza esta á contemplarse patrimonio suyo y á gozar del privilegio que compete á aquel, del mismo modo que pierde el privilegio la que le tiene, luego que llega á poder del que no le goza. Es verdad

(*a*) Leyes 8 tit. 3, 5 y 6 tit. 13 lib. 4, 8 y 10 tit. 17 lib. 5, 2 tit. 16 lib. 8, y 4 y 9 tit. 8 lib. 9 R. (*b*) Ley 8 tit. 3 lib. 4 R. (*c*) Ley 10 tit. 3 lib. 4 cit. De la forma de seguir las causas por caso de corte trata Villadiego en su Política cap. 1. De la Instruccion n. 61, y de cómo se ha de poner la demanda, las leyes 1 y 2 tit. 2 lib. 4 R. (*d*) Ley 32 tit. 2 P. 3 verb. E la sexta. (*e*) Carlev. de Judic. tit. 1 disp. 2 q 5 n. 298. (*f*) Covar. Pract. cap. 8 n. 4. Greg. Lop. ley 57 tit. 6 P. 1 glos. 5. Carlev. lug. cit. nn. 299 y 301.

que la ley 57 tit. 6 P. 1 dice: „Otrosí quando el Clérigo hereda los bienes del ome lego, é otro alguno ha demanda contra aquel lego por razon de aquel aver, ó de daño que oviesse fecho, tenudo es el Clérigo de facer derecho ante aquel juzgador seglar, dó le faria aquel, de quien hereda el aver, si fuesse vivo.„ Mas esto se entiende, quando el pleyto se movió al difunto y se le citó, pues basta la citacion, aunque no hubiese contestado la demanda (*a*): en cuyo caso y no en otro la instancia principiada con él pasa á su heredero (*b*), así como por el contrario si el lego hereda al Clérigo con quien se habia empezado la instancia ante su Juez, debe el lego proseguirla ante él (*c*).

40 Estando yacente, ó sin aceptar la herencia, como que en este caso representa al difunto, sea ó no privilegiado su heredero, se la debe reconvenir en el propio lugar y ante el Juez ante quien el difunto podia serlo, ya sea el de su domicilio, ya sea el del pueblo en donde se halla la herencia ó la mayor parte de sus bienes: de modo que si se deduce en juicio accion real, debe demandársela ante el del pueblo en que está sita; y si accion personal, ante el en donde podia serlo el difunto, ó su heredero si la hubiese aceptado (*d*).

41 Quarto requisito que debe tenerse presente para formar la demanda. El actor *no ha de excederse en pedir mas de lo que se le debe*, lo qual puede suceder de las quatro maneras que expresa la ley 42 tit. 2 P. 3. Puede pedirse mas que lo que se debe, por razon de tiempo, de cosa ó cantidad, de lugar y de causa. Se pide mas de lo justo por razon de tiempo, quando se hace en el prohibido; pues como se ha dicho, no debe hacerse juicio en dias feriados sino en ciertos casos, v. gr. dar tutores á los pupilos, remover de la tutela á los sospechosos, conocer sobre alimentos si el que los pretende está indigente, dar á la viuda preñada la posesion de los bienes de su

(*a*) Greg. Lop. ley 57 inserta glos. 5. Carlev. lug. cit. nn. 308, &c. y 318. (*b*) Leyes 34 ff de Judic. y 34 ff. de Fidejusorib. y c. 11 ff. de Judic. (*c*) Carlev. disp. citat. nn. 310, 319, 320 y 321. (*d*) Carlev. nn. 322 y 325.

marido por representacion del póstumo, siendo pobre y careciendo de lo necesario para la conservacion de su vida y no de otra manera: la justificacion de menor edad, la apertura del testamento, la custodia de bienes del difunto para evitar su extravío y otros casos semejantes (*a*). Lo mismo procede, quando se demanda ántes que se cumpla el plazo ó condicion estipulados en el contrato, á ménos que haya causa justa, como si el marido empobrece, ó el padre disipa la legítima materna de su hijo, pues pueden pedirse esta y la dote; ó como si el sucesor del mayorazgo pide que se declare pertenecerle este despues de la muerte del poseedor que intenta transferir en otro su posesion. Tambien procede lo dicho, quando se pide en tiempo en que no es posible entregar lo que se pretende ni cumplirse el pacto, v. gr. el parto ó fruto que ha de nacer, hasta que nazca (*b*).

42 Pídese mas de lo justo por razon de cosa ó cantidad, si se pide cosa que el demandado no está obligado á dar, ó mas cantidad que la que realmente debe, aunque no obstante valdrá la sentencia en lo que se probare atendida la verdad; y si se pidieren tambien los frutos de la cosa sin deberse, no claudicará por esto la demanda, ni se considerará exceso, por ser cosa accesoria (*c*).

43 Se pide mas de lo que se debe por razon de lugar, quando el demandado no tiene obligacion de hacer la paga ó entrega en aquel en que se le demanda, si no es que nunca se le encuentre en el de su domicilio, pues entónces en qualquiera en que se halle, puede ser reconvenido, para que por su malicia no pierda el acreedor su deuda.

44 Finalmente pídese mas de lo que se debe por razon de causa ó manera: por exemplo si el demandado tuviese obligacion de dar al demandante de dos cosas la que aquel quisiese, y este eligiese, ó si el demandado hubiese prometido genéricamente dar ó hacer algo, y el demandante pretendiese específicamente cosa determinada (*d*).

(*a*) Ley 35 tit. 2 P. 3. Vease á Greg. Lop. en sus 15 glosas (*b*) Leyes 45 tit. 2 P. 3 y 35 ff. de Verbor. obligat. (*c*) Ley 43 t. 2 P. 3. Greg. Lop. en la 42 dich. tit. glos. 2. (*d*) Dicha ley 45 y §. 33 Inst. de Action.

45 Si el actor se excede en su pretension de qualquiera de los quatro modos expresados, no por error sino por dolo, y no modifica su demanda segun lo justo ántes de la contestacion, ó no se aparta de lo que pidió de mas, ni es menor, el qual ha de gozar del beneficio de la restitucion, deberá ser condenado en costas y perderá la deuda principal (*a*).

46 Quinto requisito. El actor ha de mirar *por qué derecho y razon pretende la cosa que pide, y qué documentos tiene para obtenerla en juicio*; pues sino le compete ninguna accion á ella, y el reo forma artículo de no contestar, se declarará que no es parte para pedir; y aunque la tenga, sino la justifica, y el reo la niega, será reputado litigante de mala fé, como que no tuvo causa justa para litigar, y se le condenará en costas (*b*), aun quando el reo tome en sí el cargo de probar que no debe lo que se le pide (*c*); pero si la probare plenamente, aunque luego sean reprobados los testigos y tachados no por razon de delito sino de sus personas, no deberá ser condenado en las costas (*d*).

47 Sexto y último requisito que debe tener presente el actor es, *cómo ha de ordenar la demanda*. Esta segun la ley debe contener el nombre del Juez (1), el del actor, el del demandado (2), la cosa, cantidad ó hecho que la motiva, y la causa ó razon porque pide. Esto último debe expresarse con especialidad en la accion personal (*e*), y aunque en la accion real no es necesario que se mencione, y basta decir que le pertenece el dominio ó propiedad de la cosa, señalándola de modo que pueda ser conocida; es útil, pues si por la razon que propone, no se sentencia el pleyto á su favor, puede pretenderla por otra que no se haya expresado en la demanda, de lo qual se imposibilitará omitiéndola, porque es visto haberla pretendido por todas aquellas, porque le competia

(*a*) §. 43 cit. y ley 44 tit. 2 P. 3. (*b*) Leyes 39 tit. 2 P. 3 y 14 tit. 8 lib. 2 R. (*c*) Greg. Lop. dich. ley 39 glos. 1. (*d*) El mismo gl. 3.

(1) En el dia no se pone en las demandas el nombre del Juez.

(2) Expresando de donde son vecinos.

(*e*) Ley 40 tit. 2 P. 3 cap. fin. de Libelli oblat.

ántes de la sentencia (*a*); aunque si hace constar que despues de pronunciada esta nació ó tuvo noticia de otra causa justa para pretender la cosa, podrá pedirla y será restituido por entero (*b*).

48 Ha de pedir tambien expresamente que se condene al reo á la satisfaccion de los frutos de la cosa litigiosa, si le tocan, y de los intereses y menoscabos si los hubiere; como asimismo en las costas para que por su silencio no las pierda, caso que el reo deba ser condenado á su solucion; á cuyo fin estimará aquellos en la demanda, pues justificándolos en la prueba, puede el Juez dar sentencia sobre todo y moderarlos, si le parecieren excesivos, pero no cometer este acto á contadores ó partidores, porque le está prohibido (*c*).

49 Si el reo es fallido, ó se presume que haga fuga, puede pretender el actor que arraygue el juicio; mas para que pueda mandarse así, debe hacer constar primero su deuda por uno de tres medios que son: por confesion del mismo reo, por informacion de testigos á lo ménos sumaria, ó por escritura, pues de otra manera no se debe deferir á su solicitud; y constando por uno de ellos está obligado el reo á dar fianza lega, llana y abonada, ó si no halla fiador, á jurar que estará á derecho hasta la conclusion del juicio (*d*); bien que si empeoró de situacion despues de contraida la deuda, sea esta líquida ó no líquida, háyase constituido puramente, á dia cierto, ó con condicion, puede ser encarcelado no dando fiador (*e*) en caso de no gozar de fuero que le exîma de serlo.

50 Ninguno puede ser compelido, regularmente hablando, á demandar á otro sino quiere; pero si le infama, puede apremiarle á instancia de este el Juez de su domicilio á que ponga su demanda y la pruebe, prefiniéndole término para ello, ó precisándole á que se desdiga; y no queriendo comparecer le apercibirá é impondrá perpetuo silencio con pena, y se le exîgirá en

(*a*) Leyes 25 y 27 tit. 2 P. 3, y 4 tit. 2 lib. 4 R. (*b*) Leyes 11 ff. de Exception. rei judicat. (*c*) Leyes 52 tit. 5 lib. 2 y 20 tit. 9 lib. 3 R. (*d*) Leyes 41 tit. 2 P. 3 y 66 de Toro. (*e*) Ley 2 tit. de los Emplazamientos lib. 2 del Fuero Real. Gom. dich. ley 66 de Toro.

caso de reincidencia (*a*). Lo propio milita, quando alguno quiere hacer viage con mercaderías, y otro por hacerle mala obra se jacta de que le está debiendo alguna cantidad, y le demanda fraudulentamente: en cuyo caso el Juez debe apremiarle y prefinirle un breve término para que pruebe su accion, aunque no imponerle perpetuo silencio como en el caso precedente; y no probándola en el que le prefina, no ha de ser oido hasta que el otro regrese de su viage (*b*).

51 La acumulacion de acciones es de dos maneras, *propia é impropia*: la propia ó simultanea es union de diversas acciones propuestas y deducidas en un mismo juicio, tiempo y demanda; y la impropia ó sucesiva es la que se hace en diverso tiempo y demanda hasta la contestacion del pleyto (*c*).

52 En una demanda puede proponer y acumular el actor contra uno ó mas sugetos muchas y diversas acciones civiles ó criminales por distintas causas y razones, con tal que no sean contrarias entre sí, pues si lo son, es necesaria para ello nueva instancia é interpelacion (*d*).

53 Quando los derechos son tales que no se quitan por la eleccion, se pueden proponer subsidiaria y condicionalmente en una demanda dos remedios contrarios, como alegar que el testamento es nulo, y caso que sea válido, que es inoficioso, ó que es nulo el contrato, y que quando no se estime por tal, al ménos debe ser restituido el contrayente, por haber sido leso en él (*e*).

54 Tambien puede pretender á un tiempo el actor la propiedad y posesion (*f*), aunque lo mejor es pedir solo esta, así por ser mas facil de probar y mas dificil

(*a*) Leyes 46 tit. 2 P. 3 y única. Cod. Ut nemo invitus agere. (*b*) Ley fin. tit. 2 P. 3. Greg. Lop. en ella glos. 2. (*c*) Farinac. Prax. tom. 3 cap. 3 q. 100 nn. 120 y 121. (*d*) Ley 7 tit. 10 P. 3 que al principio dice: »Poner puede alguno muchas demandas contra su contendor, mostrándolas, é razonándolas todas en uno, solo que no sea contraria la una á la otra: cá si tales fuessen, non lo podria facer.» (*e*) Greg. Lop. ley 7 tit. 10 P. 3 glos. 1. (*f*) Leyes 27 tit. 2 P. 3 y 4 tit. 2 lib. 4 R. Rox. de Incompatib. part. 6 cap. 1 y sig.

el quitársela; tenga ó no título para ella, como porque si la pierde, le queda el remedio de la propiedad; y al contrario siendo condenado en el juicio petitorio no puede intentar el posesorio, porque aquel abraza á los dos (*a*).

55 No se pueden acumular las acciones, quando una depende de la otra, como si el que con título de heredero quiere cobrar deuda hereditaria, pide despues se le declare por heredero; pues primero debe hacer constar serlo que intentar la cobranza, y así no se le admite (*b*): ni quando las acciones son tales que la eleccion de la una excluye ó extingue la otra (*c*): ni quando se oponen de tal suerte que la sentencia absolutoria dada en la una produce excepcion de cosa juzgada en la otra (*d*): ni quando son contrarias en el exercicio y no en el orígen, pues siéndolo solamente en este no cesa la una por la eleccion de la otra (*e*).

56 Lo propio sucede, quando la una es *perjudicial*. Llámase perjudicial una causa, quando la sentencia dada en ella produce real y verdaderamente, ó puede producir excepcion de cosa juzgada en otra (1): ó quando es mayor y por razon de su mayoría no admite consigo otras: ó es de mayor perjuicio ó prelacion en quanto al órden judicial, por no poderse seguir ámbas sin invertir este: ó no son compatibles: ó quando la una es universal; v. gr. la peticion de herencia, y la otra particular; v. gr. de una cosa de esta: ó una es de cosa principal, v. gr. sobre el dominio de la cosa, y la otra acesoria, v. gr. sobre sus frutos y servidumbres: ó una civil de una cosa y la otra criminal de otra, y en otros varios casos.

(*a*) Leyes 27 y 28 tit. 2 P. 3. (*b*) Ley 5. Cod. de Hæredit. action. (*c*) Leyes 3 ff. de In rem verso, y 9 §. 1 ff. de Tributor. action. (*d*) Leyes 5 y 11 §. 4 ff. de Exception. rei judicat. 9 cit. y 4 ff. de Public. judic. (*e*) Leyes 1. Cod. de Furt. y 16. Cod. de Inoffic. testament.

(1) De suerte que perjudique aun á los que no han litigado entónces, sin embargo de que generalmente el juicio determinado con unos no perjudica á otros. Puede verse sobre esto la ley 20 tit. 22 P. 3.

57 Pero si se ponen muchas acciones que miran á diversos fines y de ninguna manera son contrarias entre sí, se deben acumular, como quando uno pretende ciento por razon de venta y otros ciento por la de mutuo, sino es que haya mayoría entre ellas, v. gr. si la una es civil y la otra criminal, en cuyo caso como que esta es mayor, por interesarse el bien público en el castigo de los delitos, se ha de proseguir y finalizar suspendiéndose hasta su decision la civil (*a*).

58 Lo mismo procede siendo diversas en número y especie como las de comodato, depósito y arrendamiento, ó solamente en número, v. gr. quando uno es heredero y partícipe con otros en muchas herencias, y tienen varias compañías y depósitos, pues en el primer caso se acumularán en diversas demandas, y en el segundo en una, de suerte que habrá una conclusion, juicio y sentencia (*b*). Y no teniendo lugar la acumulacion, debe el reo oponer esta excepcion porque no oponiéndola, valdrá, á ménos que el actor proponga al principio una de las que cesan por la eleccion, en cuyo caso aun sin oponerla no se deben acumular, porque con la eleccion de la una queda suprimida ipsojure la otra (*c*).

59 El actor puede demandar civilmente á muchos en un escrito por una misma cosa ó hecho, ó por varios (*d*). Tambien puede intentar muchas acciones criminales juntas contra uno por distintos delitos, no por uno solo (*e*); ni tampoco contra dos ó mas personas, sino que sea por su propia injuria ó de los suyos (*f*); mas por un delito puede acusar á un tiempo á muchos cómplices.

60 Quando por un hecho ó delito competen al actor las dos acciones civil y criminal contra el reo, como por hurto, mala versacion y extravío de caudales, puede elegir la que quisiere, pues no se le permite usar

(*a*) Ley últ. Cod. de ordin. judicior. (*b*) Ley Hæres., §. Si Fratres, ff. Familiæ erciscund. (*c*) Ley 1 ff. de Fur. (*d*) Ley 5 ff. de Probat. (*e*) Arg. ley 9 Cod. de Accusat. (*f*) Ley 2 tit. 1 P. 7 y Greg. Lop. glos. 10.

principalmente y á un tiempo de ambas (a).

61 Esto se amplia en primer lugar, quando la una es perjudicial, de modo que la sentencia dada en ella produce excepcion de cosa juzgada en la otra: en segundo lugar, quando del mismo hecho resultan varias acciones: y en tercer lugar, quando el turbado en la posesion intenta el remedio civil, pues mientras dura, no puede intentar el criminal (b): de suerte, que hasta que se termine en el juicio la accion que propuso, sea civil ó criminal, y se execute la condenacion, no ha de intentarse la otra (c).

62 Pero se limita en caso que haya usado principalmente de la criminal, y en el propio escrito por un otrosí, ó por incidencia de la civil, pues si intentó esta principalmente, no puede intentar por conseqüencia la criminal, hasta que la civil se concluya, reservándose á este efecto usar de ella á su tiempo, que es despues de sentenciada la primera (d).

63 Se entiende principiada ó elegida la accion civil expresamente, quando el actor la deduxo en demanda formal, pretendiendo se condenase al reo á la restitucion de los intereses, daños y cosa hurtada, ó su importe; y tácitamente, quando en el primero y demas pedimentos en que solicita que el reo ó testigos declaren al tenor de varios particulares, ó que se practiquen otras diligencias para deducirla en su vista, especifica y manifiesta que es para el fin de reintegrarse de sus intereses.

64 Y se dice incoada la accion criminal, quando en dichos pedimentos expresa que es para que se castigue al reo, pues como en los juicios se debe proceder con lisura y verdad, aunque estas diligencias no son mas que actos preparatorios, los pedimentos en que se pretenden manifiestan la intencion del actor y eleccion de la accion; de modo que aun quando despues se retrate de

(a) Farinac. Prax. crimin. tom. 3 c. 39. 100 cap. 3 n. 123. (b) Farinac. nn. 118 y sig. (c) Leyes 23 ff. ad leg. Cornel. 1. Cod. ad leg. Fab. 4. Cod. de Ordin. judicior. (d) Ley 18 y su glos. 2 tit. 14 P. 7 Farinac. n. 152 limit. 7.

qualesquiera palabras que aludan á declararla, y quiera intentar la otra, no se le admitirá, y deberá seguir la empezada: lo qual he visto declarado por la Sala de Alcaldes de esta Corte confirmando el auto de otro, en que habia mandado repeler la demanda criminal de unos autos suscitados sobre extravíos de caudales y reservarla en el oficio para su tiempo; y al actor que usase de la que correspondia segun el estado de la causa.

65 Pero si en los pedimentos preparatorios protesta usar, evacuadas que sean las diligencias pedidas, de las acciones civil y criminal que le competen, y resulta probada por ellas la criminalidad, puede hacerlo: no resultando esto en bastante forma debe hacer uso de la civil, y si en la sentencia fuere condenado el reo, pretender despues su castigo, ó imponerle el Juez de oficio; porque como para proceder criminalmente contra alguno no basta la presuncion de que hay delito, sino que es preciso que conste clara, real y verdaderamente haberse cometido, ha de intentarse primero la accion civil, y luego proceder y pedir con arreglo á la sentencia que se dé acerca de ella.

66 Si el actor deduce su accion civil, y el reo propone despues principalmente acusacion criminal contra él, se debe suspender la civil y decidir ántes la criminal, por ser esta perjudicial y mayor que aquella (*a*); y decidida la criminal perjudicial por la absolucion puede procederse en la civil, mas no, si es por condenacion, pues entónces perjudica la sentencia á la civil; pero si la criminal no es perjudicial, de modo que la sentencia dada en ella no produce excepcion de cosa juzgada en la civil, defínase por absolucion ó por condenacion, puede intentarse la civil, decidida que sea la criminal (*b*).

67 Lo propio milita en la civil, si es perjudicial á la criminal; pues aunque esta es mayor, tiene mas vigor el perjuicio y presta impedimento mas fuerte que la

(*a*) Leyes 33. Cod. ad leg. Jul. de Adult. y 29 y 54 ff. de Judic.
(*b*) Carlev. de Judic. tit. 2 disp. 6 n. 44.

mayoría; como si me acusas de adúltero, y digo que eres mi esclavo, en cuyo caso primero se ha de conocer y determinar acerca de la libertad, porque siendo mi siervo no puedes acusarme (*a*).

68 Es tan constante lo expuesto, que así como el acusado criminalmente miéntras se trata de su criminalidad y hasta que se decida, no puede reconvenir civilmente á su acusador, para que no se distraiga de la prosecucion de su juicio, porque se interesa el público en que no queden impunes los delitos (*b*); así tampoco el acusador puede reconvenir civilmente al acusado, aunque las causas sean enteramente diversas, lo uno para que con este motivo no se halle impedido de hacer sus defensas, y lo otro por razon de la mayoría de la criminalidad (*c*).

69 Mas los AA. limitan esto, en primer lugar, quando importa al reconvenido que se sobresea, y no de otra forma: en segundo lugar, quando la accion criminal es perjudicial, no quando no lo es, y ántes bien son compatibles, porque entónces en ámbas se ha de proceder para abreviar los pleytos, aunque primero se ha de expedir la criminal: en tercer lugar, quando esta se pone manifiesta y no presuntivamente con solo el fin de que se suspenda la civil; y en quarto lugar, quando el acusador por su culpa ó negligencia tardó mucho tiempo en poner la acusacion al actor que le demandó civilmente, en cuyo caso se presume que procede con malicia por calumniarle.

70 Sobre quando se puede decir que fue demasiado negligente el acusador, están discordes los AA. por no haber ley que lo declare. Unos dicen que se debe tener por tal, si esperó á deducir la criminalidad despues de la contestacion de la demanda civil, otros sino lo hizo hasta la conclusion de esta, y otros afirman que despues de pronunciada la sentencia se puede proponer, y

(*a*) Farin. dich. q. 100 nn. 61, &c. y 64. (*b*) Leyes 51 §. 2 vers. Quod si quis, ff. ad leg. Aquil. y ultim. §. 1. Cod. de Adsessor. & domest. (*c*) Leyes 54 ff. de judic. y ultim. Cod. de Ordin. judicior.

el efecto será diferir su execucion hasta que se determine sobre el crimen, como quando toda la fuerza y prueba del actor consiste en testigos ó instrumentos, y por ellos se ha de sentenciar; pues entónces si por su falsedad se revoca segun derecho la sentencia (*a*); con mayor razon se debe diferir su execucion hasta que se determine sobre la falsedad (*b*), por ser mejor evitar el daño que tener que buscar el remedio despues de sucedido. Mas esta diversidad de pareceres puede concordarse, diciendo que quando la falsedad que se opone despues de la conclusion ó sentencia, consta evidentemente, ó aparece por indicios muy claros y presuntas indubitables conforme á derecho (*c*), ó se puede probar incontinente, en cuyos casos no se verifica malicia; se ha de sobreseer en la causa primera, sea civil ó criminal.

71 En quinto lugar se limita lo expuesto, quando se propone la acusacion no solo contra los testigos ó Escribano que hizo el instrumento, sino tambien contra el que los produce, mas no, quando no se propone contra este: bien que algunos sientan que de qualquier modo que se objete la falsedad, se debe suspender la causa civil y retardar la execucion segun el derecho romano (*d*): lo uno, porque tanto la excepcion como la acusacion de falsedad del instrumento es perjudicial á la causa civil, y la sentencia dada sobre aquella obsta á la que se ha de dar en esta; y lo otro por razon de la mayoría y preeminencia, por las que la causa criminal debe preceder á la civil (*e*): cuyo dictámen es mas equitativo y como tal debe seguirse, especialmente en causa criminal de tal naturaleza que pudiese recaer en ella pena capital ú otra aflictiva, pues sería sumamente inícuo y duro que por no esperarse un poco tiempo en la averiguacion de la falsedad se causase tan gravísimo é irreparable daño al acusado. Y para usar de la accion criminal contra la parte y testigos ó instrumentos se

(*a*) Leyes 15 tit. 11, 116 tit. 18, 13 y 19 tit. 22, y 1 y 2 tit. 26 P. 3. (*b*) Ley 4. Cod. Si ex fals. (*c*) Ley 16 al fin Cod. de Pœnis. (*d*) La últim. Cod. Si ex fals. (*e*) Leyes 33. Cod. ad leg. Jul. de Adult. y últ. Cod. de Ordin. judicior.

debe previamente preguntar al contrario, si quiere aprovecharse de los testigos y escrituras que produxo, y respondiendo que sí, se le pone la acusacion. Esta pregunta sirve para que si vé ántes la acusacion no pueda arrepentirse, por no incurrir en pena de falsario, y no puede excusarse á dar respuesta categórica (*a*), ni el Juez ha de hacerla de oficio sino á instancia de la parte, ó esta ha de hacerla por sí (*b*). Pero si aun probada la falsedad de los testigos ó instrumentos producidos tuviese el actor otros de que valerse para calificar su intencion, no se ha de sobreseer en la causa principal.

72 En sexto lugar se limita, quando se intenta la accion criminal por el reo demandado, mas no, si es por un tercero, v. gr. el fisco ó el Juez de oficio; pues en este caso no se suspende la causa principal civil, ni por esta la criminal, sí tambien es principal, porque lo que unos hacen, no perjudica ni debe dañar á otros (*c*). En séptimo lugar se limita en las causas civiles de posesion, aunque el crímen se oponga por via de excepcion, porque el posesorio es sumario y la accion criminal exîge mayor conocimiento de causa (*d*). Y en octavo lugar se limita lo dicho en el n. 68, quando la causa principal civil se puso ante el superior y la criminal ante el inferior, ó ámbas ante dos Jueces iguales en jurisdiccion, porque el igual no puede inhibir á otro igual y mucho ménos el inferior al superior; bien que el Juez de la causa criminal puede prohibir al litigante de la civil que la prosiga hasta que aquella se difina.

73 Pero si el actor propone su accion y el reo su acusacion, no principalmente sino por incidencia ó via de excepcion para eludir su accion, como si pide el actor la herencia ó cosa donada en virtud de testamento ó donacion, y el reo para enervar esta pretension excepciona la fasedad de estos documentos; en este caso no se suspende la causa civil, y ántes bien se debe pro-

(*a*) Marant. part. 6 act. duodecim. de Processus publicat. n. 3. (*b*) Farinac. de Falsit. q. 69 part. 1 n. 22. (*c*) Ley 63 ff. de Re judicat. (*d*) Ley 1. Cod. de Appellation.

ceder en ella, exâminar en su progreso esta excepcion como perentoria y determinarla en la sentencia segun lo justificado (*a*).

74 Si ámbas acciones ó causas de actor y reo fueren criminales, pero la segunda mayor que la primera, se ha de sobreseer en esta, y ventilarse y resolverse aquella, y hasta que esté decidida, no se ha de tratar de la primera (*b*); pues quando un delito es mayor, hace que se suspenda el conocimiento del menor hasta su decision excepto en el caso que expresa la ley 4 tit. 10 P. 3, cuyas son estas palabras: „Mas si las demandas que face la una parte á la otra, fueren de acusamiento en que aya pena de cuerpo ó de aver; la que fuere mayor, debe primero ser oida, é librada ante que comiencen la menor á oirla. Fueras ende si el que face la menor, acusasse á la otra parte en razon de mal ó de tuerto (*agravio ó sinrazon*) que fuesse fecho á él, ó á los suyos: cá estonce deven ser tales acusamientos oidos, é librados en uno.„

75 Y si dos acusan á un reo ante uno ó mas Jueces, el uno por delito grave y el otro por leve, se ha de tratar primero de este que de aquel (*c*); porque si se tratase primero del delito mayor, sucederia que el acusador del menor se quedaria sin la correspondiente satisfaccion de su injuria, y el reo sin el castigo merecido por ella, siendo así que un crímen no debe motivar la impunidad de otro (1).

76 En las demandas se acostumbra poner la cláusula siguiente. „Sobre lo qual le pongo formalmente la demanda mas arreglada y conforme á derecho con la protesta de ampliarla, corregirla, suplirla y moderarla siempre y quando convenga á mi parte, y con las demas que le sean útiles y conformes á justicia que pido, &c.„ Esta cláusula es muy útil para los efectos que

(*a*) Ley 3 Cod. de ordin. judicior. (*b*) Leyes últ. Cod. tit. cit. 54 ff. de Judic. y 1 Cod. Qui acuss. non poss. (*c*) Carlev. tit. 2 disp. 6 núm. 12.

(1) En las instituciones criminales se expondrá con claridad todo quanto sea necesario y útil respecto á lo dicho obscuramente y con demasiada extension en los nn. anteriores.

menciona; pero sin embargo de ella una vez contestado el pleyto no puede el actor sin consentimiento del reo, con quien casi contrae, apartarse de él, añadir, ni enmendar la demanda en cosa substancial, de modo que mude la accion á otra diversa, pues para ello es precisa nueva instancia ó interpelacion. (*a*). Si la mutacion ó enmienda es de aquellas para las que no solo no necesita el reo de usar de nuevas excepciones y defensas, sino que ántes bien se dirige á declarar la accion, ó á moderarla, ó ampliarla, ó disminuir la cantidad pretendida en ella por las mismas causas y razones; pueden en virtud de dicha cláusula y no sin ella así el demandante como su heredero ó cesionario hacerlo en la respuesta ó réplica al pedimento de contestacion del reo (*b*); y el Juez debe sentenciar atendida la verdad sin hacer mérito de las sutilezas de derecho (*c*) (1). Tambien lo pueden hacer despues en el alegato de bien probado por lo justificado en la prueba con citacion contraria, lo qual es corriente, y he visto practicar y practicado en pleytos que he seguido en esta corte, porque esto no muda la accion.

77 Si dos demandan á uno por una misma cosa ó por mas, está obligado el demandado á responder al que primero le demandó, y despues al otro; y aunque el primero le venza en juicio, no debe entregarle la cosa demandada, sino es que le dé caucion y seguridad de que le defenderá del otro demandante. Y si ámbos ocurrieren á un tiempo á poner su demanda, puede elegir el

(*a*) Olea de Ces. tit. 6 q. 9 n. 28. Salg. de Reg proct. part. 4 cap. 3 n. 22 Parej. de Edition. tit. 6 resol. 5 n. 45. (*b*) Matienz. ley 1 tit. 11 lib. 5 R. gl. 5 n. 4. Sesé tom. 3 decis. 257. (*c*) Ley 10 tit. 17 lib. 4 R.

(1) Debe entenderse que la ley 10 cit. habla de las sutilezas ó formalidades prescriptas por derecho romano, para que por la falta de estas no se anulen ni alarguen los pleytos: no de las solemnidades que segun nuestras leyes deben intervenir en los juicios, pues si con el pretexto de sentenciar la atendida verdad pudiera el Juez prescindir de ellas, de nada serviria establecerlas. Y si las tales solemnidades no son conducentes al fin de administrar justicia, ó de decidir las causas con acierto, deberian desterrarse de nuestra legislacion.

Juez al que entienda tener mejor derecho, mandando al reo que conteste á este y despues al otro; pero si la demanda fuere sobre deuda ó contrato celebrado con ámbos en diversos tiempos, debe responder á aquel con quien contraxo primero (*a*).

78 Habiendo duda sobre la inteligencia de las palabras de la demanda ántes de contestarla el reo, se deben entenderse segun el demandante las entiende, no de otra suerte (*b*); y lo que se practica es que si la demanda está obscura, pide el reo se mande al actor que la aclare, á lo qual se difiere, y hasta que lo hace, no la contesta aquel, ni corre el término de contestaria.

79 En todas las demandas se ponen regularmente las siete cláusulas siguientes. 1.ª *Ante V. como mas haya lugar, ó mejor proceda en derecho, digo.* 2.ª *Pongo demanda á Fulano sobre tal cosa.* 3.ª *Y aunque varias veces le he requerido extrajudicialmente me pagase, ó hiciese tal cosa, no lo he podido conseguir.* 4.ª *A V. suplico se sirva condenar á dicho Fulano á que me dé ó pague tal cosa.* 5.ª *Pues así es justicia que pido.* 6.ª *A cuyo fin imploro el noble oficio de V.* (1) 7.ª *Y juro lo necesario.*

80 Estas cláusulas generales son muy útiles, aunque no todas necesarias, porque una ley recopilada (*c*) manda que valga el juicio, aun quando falten las solemida-

(*a*) Ley 6 tit. 10 P. 3. (*b*) Ley 3 tit. 33 P. 7.

(1) Esta cláusula es enteramente inútil en nuestros juicios, y seria cosa ridícula usar de ella, mayormente quando si no me engaño, no se encuentra en ninguna de nuestras leyes la no muy culta expresion, *implorar el oficio noble ó mercenario del Juez.* El oficio noble del Juez era entre los Romanos el que correspondia al Pretor, quien ya fuese por mas graves ocupaciones, ya fuese por razon de su dignidad, ya fuese por uno y otro, no conocia, ni determinaba las causas privadas, sino que despues de ciertas diligencias preparatorias que se evacuaban ante él, designaba al litigante la accion, la formula de ella, y el Juez que habia de conocer y decidir su causa, en lo qual consistia el oficio mercenario del Juez. Tambien exercia el Pretor su oficio noble, quando por su propia autoridad concedia á los menores el beneficio de la restitucion, daba tutores ó curadores á los pupilos ó menores que no los tenian, hacia executar las sentencias de los Jueces y en otros casos semejantes.

(*c*) La citada ley 10 tit. 17 lib. 4.

des legales, sino es que las partes declárandolas específicamente pidan que se observen. La primera es útil, porque si se pretenden dos remedios, uno cierto y otro incierto, ó se duda del competente, como algunas veces sucede, ó la demanda es inepta ó dudosa, vale en la forma que por derecho puede valer interpretándose y declarándose del modo que sea mas favorable el actor. La segunda es precisa, sea al principio ó fin de la demanda, porque en esta se deben expresar los nombres del actor, reo y cosa que se pretende, y siendo inepta puede el Juez no admitirla (*a*). Lo mismo puede hacer teniendo palabras superfluas, y citas de leyes y AA. porque está prohibido esto á los Abogados pena de 600 maravedis (*b*) (1); bien que se puede contar el hecho des-

(*a*) Ley 40 tit. 2 P. 3. (*b*) Ley 4 tit. 16 lib. 2 R.

(1) La ley 4 que se cita, es de Don Juan I. en Birbiesca año de 1387, y de Don Fernando y Doña Isabel de Madrigal año de 1476, y por ser digno de tenerse presente su contenido la copiaré aqui. "Porque algunos Abogados i Procuradores por malicia, i por alongar los pleitos i llevar mayores salarios de las partes, hacen muchos escritos luengos, en que no dicen cosa de nuevo, salvo replicar por menudo dos, ó tres, i quatro, i aun seis veces lo que han dicho, i está ya puesto en el processo, i aun disputan alegando leyes, i decretales, i Partidas, i fueros, porque los procesos se hagan luengos, i que no se puedan tan aina librar, i ellos hayan mayores salarios, i todo lo que hacen es escribir en los processos, do tan solamente se puede poner simplemente el hecho, de que nasce el derecho: por ende Nos, queriendo obviar á sus malicias, i desiguales codicias, é injustas ganancias ordenamos, i mandamos: que qualquier Abogado ó Procurador, ó parte principal, que replicare, i repilogare lo que está ya dado, i escrito en el processo, que peche en pena para la nuestra Cámara seiscientos maravedis; de los quales sean los ciento para el que lo acusare, i los otros ciento para el Juez ante quien anduviere el pleyto: pero bien puede decir por escrito: digo lo que dicho he, i demas agora en esta segunda ó tercera instancia, digo, i alego de nuevo tal i tal cosa: i aquesto mismo queremos que se guarde so la dicha pena en los requerimientos que en los juicios, i fuera de juicio algunos hacen a los Jueces, i á los Alcaldes, ó Merinos, ó Alguaciles, que cumplan las nuestras cartas; en los quales requerimientos, assi en las responsiones de las partes, como de los Jueces, i Alcaldes, y Merinos, i Alguaciles se hacen procesos muy desordenados, i luengos, replicando las cosas muchas veces: i otrosi defendemos que en el processo no disputen los Abogados, ni los Procuradores, ni las partes principales, mas cada una simplemente ponga el hecho en encerradas razones, i concluso, entonces cada una de las partes, ó Abogados, o Procurado-

nudo en el ingreso del pedimento, y en la conclusion pretender la condenacion poniendo sobre ello la demanda. La tercera puede aprovechar para condenar al reo en las costas causadas ántes de la citacion primera en muchos casos, probando el actor haberle requerido extrajudicialmente; mas por sola esta razon no se le condena en ellas. La quarta es necesaria, como que es la conclusion y deduccion del derecho del actor, para que si este no prueba todo lo que sienta en su demanda, pronuncie el Juez la sentencia sobre lo justificado, pues puede hacerlo y absolver al reo en lo demas (*a*), aunque no le revelará de hacer prueba; como asimismo para que la sentencia se arregle á la conclusion, caso que en ella pretenda una cosa y en el ingreso de la demanda refiera otra (1). La quinta suple muchos defectos de la demanda, y así no debe omitirse; pues por el hecho de *pedir justicia* (2) es visto que el que la pide, quiere arreglarse y conformarse en

res, por palabra, ó por escrito ante de la sentencia, informe al Juez de su derecho, alegando leyes, i decretos, i decretales, partidas, i fueros, como entendieren que le mas cumplé; pero tenemos por bien que ambas las partes no puedan dar mas de sendos escritos de alegaciones de derecho: si fuere pedido, sean puestos en fin de dicho pleito; pero por esto no negamos á las partes, ni á sus Procuradores, i Abogados que todo tiempo que quisieren informen al Juez por palabra, alegando todos aquellos derechos, que entendieren que les cumple: i porque esta ley es justa, mandamos que sea guardada; i de aquí adelante ninguna persona sea ossada de ir, ni pasar contra ello, so las penas en ella contenidas; i que los escritos, que en los pleitos se presentaren, vengan firmados de Letrado conoscido: i que no sean rescebidos mas de dos escritos hasta la conclusion; y que si mas fueren presentados, que no sean rescebidos; i si de hecho se rescibieren, sean ningunos; y si alguna probanza se hiciere sobre ello, que no haga fee, ni prueba." Al mismo propósito hacen la ley 34, y los autos 1, 4, 7 y 11 tit. cit.

(*a*) Leyes 43 tit. 2 y 1 tit. 14 P. 3.

(1) "Pero el Juez que conoce de la causa, no ha de estar tan escrupulosamente ligado á las palabras de la conclusion de la demanda que no pueda suplir algunas para reducir el juicio útilmente en beneficio de las partes, atendida la verdad de lo que solicitan y aprueban." Sr. Conde de Cañada Instit. pract. part. 1 cap. 3 n. 14.

(2) Yo creo que la expresion, *pido justicia*, es siempre, ó casi siempre superflua, y que por lo tanto muy bien pueden omitirla los litigantes en sus escritos. Fuera de que otras expresiones de estos la hacen inútiltil, el Juez debe administrar justicia, pidanla ó no aquellos

todo con lo que dispone el derecho (1). Y la séptima es necesaria en las causas civiles arduas y en las acusaciones, restituciones de menores, oposiciones á las execuciones y en otros casos semejantes (*a*), porque si se omite y el contrario pone este defecto, no valdrá el juicio (*b*), pues con el juramento se excluye la presuncion de que la demanda es maliciosa (2).

81 El juramento que se hace en las demandas y sus contestaciones, se llama de *calumnia ó creencia*; y para que el principiante se instruya de los que se hacen en los pleytos, y de sus nombres y efectos, los explicaré con la claridad posible. El juramento es *invocacion tácita ó ex-*

en dichos términos; y por otra parte es indubitado que con omitir las palabras referidas se excusarian infinitas falsedades, puesto que á cada paso *piden* los litigantes *justicia* sabiendo que es una injusticia lo que piden.

(1) Se omite por inútil lo que el autor dice acerca de la cláusula sexta.

(*a*) Leyes 23 tit. 11 P. 3 y 1 tit. 6 lib. 4 R. (*b*) Ley 10 tit. 17 lib. 4 R. y cap. 1 de Juram. calumn. in 6 §. 1.

(2) "Los juicios executivos son incomparablemente mas rígidos en la observancia del órden que prescriben las leyes para substanciarlos; pero si en algun caso hallasen los Jueces superiores en los recursos de apelacion que la deuda está suficientemente calificada con instrumentos, confesiones y reconocimientos que han producido justamente la execucion, y que por no haber guardado el órden en su progreso deberia declararse nula, y reponerse al estado primitivo en que empezaron estos defectos substanciales; será muy propio de la equidad y razon de los Jueces superiores, atendida la verdad del proceso, condenar al reo á la paga de la cantidad comprehendida en la execucion, concibiendo la sentencia en la forma y estilo de ordinaria. Carlev. de Judiciis tit. 2 disp. 8 n. 3 al 9 cum pluribus ibi relatis."

"Por los exemplares referidos se percibe la eficacia y valor que dan las leyes Reales á la verdad y buena fe, para que sean atendidas como primer objeto en los juicios, siguiendo las intenciones de las partes sin embarazarse en algunas formalidades, que aunque se establecieron para explicar y conocer mejor las instancias, no deben convertirse en menosprecio de los juicios y en daño de los mismos interesados."

"Consiguiente á estos principios se han de considerar de poco momento las cláusulas que generalmente se ponen en los escritos de que se pide justicia, con costas, juro lo necesario, &c. de cuyos efectos tratan largamente los autores prácticos: Paz tomo 1 part. 1 temp. 4 n. 28: Curia Philip. part. 1 §. 11 n. 12." Sr. Conde de la Cañada lug. cit. nn. 23, 24 y 25.

presa de Dios como verdad primera é infalible (*a*) (1). Debe estar acompañado de tres cosas que son verdad, justicia y juicio (*b*) (2). Se divide en *asertorio*, *promisorio y confirmatorio*. Se llama y es *asertorio* aquel, con el qual se afirma ó niega alguna cosa sin hacerse promesa. *Promisorio* es el que se hace para confirmacion y observancia de alguna promesa. Y *confirmatorio* el que se interpone para corroborar ó dar vigor á algun contrato ó acto lícito que no se opone al derecho natural ni buenas costumbres, ni cede en perjuicio del público, ni de tercero, ni de la salud eterna, porque si contiene alguna cosa de estas, no se corrobora con el juramento (*c*). Omito hablar de otras especies de juramentos como del *real*, *personal*, *absoluto*, *condicional*, *simple*, *solemne*, *comminatorio*, *exêcratorio*: de los quatro modos de hacerse que son con la mente, señales, palabras y hecho, y de otras varias cosas, por ser todas concernientes á la Teología Moral, y paso á tratar del juramento asertorio que se hace en juicio.

82 El juramento asertorio judicial es de tres clases; á saber, de *calumnia*, de *malicia* y de *decir verdad*. El de *calumnia ó creencia* es el que deben hacer actor y reo solo una vez en una instancia al principio del pleyto, ó despues en todas las causas civiles, criminales y mixtas, eclesiásticas y profanas, sea en primera ó segunda instancia, procédase sumariamente y de plano sin estrépito ni figura de juicio, ó plenariamente observando el órden y las solemnidades legales: en las civiles afirmando el ac-

(*a*) Ley 1 tit. 11 P. 3 cap. Et si Christus, de Jurejur. Matth. c. 5.

(1) Otra definicion mas clara y extensa. Juramento es afirmacion ó negacion que se hace llamando á Dios por testigo de su bondad, ó explícitamente nombrándole, ó implícitamente en las criaturas.

(*c*) Jerem. cap. 4.

(2) Se requiere la verdad: esto es, que sea cierto lo que se afirma ó niega, y que lo que se promete se cumpla á su tiempo: se requiere la justicia: á saber; que el juramento recaiga sobre lo que es lícito y honesto, porque si es contra las buenas costumbres, ni obliga, ni se ha de cumplir; y se requiere el juicio: que quiere decir; que se ha de jurar con prudencia y discrecion, quando la necesidad lo exîja y por cosa no leve. Vallensis lib. 2 t. 24 §. 3 nn. 4, 5 y 6.

(*c*) Cap. 28 de Jurejurand. cap. 2 de Pact. in 6 cap. 12 de Foro competent. Reg. 58 de Reg. jur. in 6.

tor que mueve el pleyto, porque crée tiene justicia, y que así le continuará de buena fe sin deferirle, cometer fraude, molestar, ni calumniar al reo; y en las criminales, que no le acusa, ni intenta acriminar falsamente; y el reo, que usa y usará de sus excepciones y defensas en los mismos términos.

83 Ha de mandar el Juez hacer este juramento á ámbos litigantes despues de contestado el pleyto, siempre que el uno le pida al otro expresamente (*a*); y si uno le pide dos veces al otro y no quiere hacerle, habiéndoselo mandado el Juez, y este sentencia sin embargo la causa, á mas de ser nulo el proceso debe ser condenado en costas el mismo Juez. Lo propio milita en otras cosas substanciales del juicio, quando la parte declarándolas pide que la otra las guarde, y no quiere, aunque se le mande (*b*).

84 Pero si no le piden, no se anula por su defecto el proceso, y rara vez se pide, ni hace con la especialidad referida, entendiéndose hecho con aquellas palabras: *Juro lo necesario, &c.* que se ponen al final de los pedimentos, por lo que se confunde con el de *malicia*, y los Letrados usan de este en lugar de aquel; aunque á la verdad ámbos debieran omitirse, sin embargo de haberse introducido por la utilidad pública, y para que los litigantes no ocultasen la verdad, pues parece que mas juran cometer calumnia y proceder de malicia que evitarlas, entónces no habria tantos perjuros, de que ningun caso se hace.

85 Deben hacer los litigantes este juramento sobre cinco particulares: sobre que creen tener justicia ó buena causa: sobre que quantas veces sean preguntados, dirán ingenua y sencillamente la verdad: sobre que no usarán de falsas pruebas ni excepciones fraudulentas: sobre que no pedirán dilaciones maliciosas en perjuicio del colitigante; y sobre que á nadie han dado ni prometido, darán ni prometerán cosa alguna por lograr el buen éxi-

(*a*) Leyes fin. tit. 10 y 23 tit. 11 P. 3. (*b*) Ley 10 al fin tit. 17 lib. 4 R.

to de aquel negocio, sino á aquellas personas á quienes y lo que las leyes permiten dar (*a*).

86 Tambien pueden hacer este juramento los Apoderados, Procuradores y defensores de los litigantes por sí y en nombre de estos, con tal que tengan para hacerlé su poder especial y no de otra suerte, sean Procuradores de persona particular, ó de concejo, villa, ciudad, Obispo, Prelado, Convento, ó Maestre de alguna órden, si ellos principiaron el pleyto, pues si nó, deben prestarle sus principales. Lo mismo procede en los tutores de menores y administradores de iglesias, hospitales, universidades y en otras personas que con autoridad legítima administran bienes agenos, quando tuvieren que demandar ó contestar en juicio por ellos. Ademas, si el menor es de buen entendimiento, está cerciorado del negocio sobre que se sufre el pleyto, y principió este con otorgamiento de su tutor ó curador, debe hacer por sí mismo el juramento (*b*).

87 El juramento de *malicia*, que se acostumbra poner en las demandas, sus contestaciones y en otros pedimentos que se dan en el discurso del pleyto, es el que se hace, no sobre toda la causa sino sobre algun artículo ó excepcion, ántes ó despues de contestada la demanda y siempre que se presume que el colitigante maliciosamente propone la excepcion ó pide alguna dilacion (*c*).

88 El juramento de *decir verdad* es el que hacen en juicio, no solo los litigantes quando juran posiciones, ó ántes de la contestacion en los casos prescriptos por derecho, sino tambien los testigos y peritos que declaran en él: los testigos sobre lo que saben y no sobre lo que creen (1); por cuya razon el que jura de-

(*a*) Ley fin. tit. 10 y 23 t. 11 P. 3 (*b*) Ley 24 tit. 11 P. 3 cap. fin. de Procurat. in 6 Greg. Lop. ley 23 cit. glos. 9. (*c*) Ley 23 tit. 11 P. 3 verb. La quinta Greg. Lop. en ella glos. 7.

(1) Muchas veces podrá deponer un testigo lo que cree ó piensa acerca del particular sobre que es preguntado, dando el motivo de su juicio, y el Juez verá atendidas todas las circunstancias que le merece, ó qué aprecio ha de hacer de tal declaracion. La ley 26 que se cita, trae estas palabras. »E aquel que recibiere el testigo que dice que sabe el fecho, devele preguntar como lo sabe, faciendol decir

cir verdad, no está obligado, ni debe responder, ni afirmar sino lo que real y verdaderamente vió, oyó, conoció y percibió por los sentidos corporales, en cuya atencion los testigos deben expresar el motivo porque saben lo que deponen, si es por haberlo visto ú oido, quándo, á quién, cómo y en dónde con toda individualidad; pues no declarando de esta forma siendo preguntados, no hacen fe, ni prueba en juicio sus deposiciones, por consistir y afianzarse la virtud de estas en la razon que dan de su dicho (*a*); y los peritos, segun lo que ven, entienden y observan en la materia litigiosa que reconocen, estan obligados á decir verdad con expresion del motivo porque lo afirman segun las reglas de su arte; bien que el juramento de estos es propiamente de creencia, como sentè en el lib. 1 cap. 1 n. 11 de esta segunda parte (1).

89 Se divide el juramento asertorio judicial en *decisorio de pleyto y decisorio en pleyto* (2): el primero es aquel por el qual se decide la controversia y negocio principal, y es de tres maneras: *voluntario* ó convencional, *necesario* ó supletorio, y *judicial*. El voluntario es el que defiere una parte á la otra despues de principiado el juicio, para no proseguir la contienda, sin que le presencie el Juez (3); y se le da este nombre, porque está en la voluntad de aquella en quien se defiere, el hacerle ó no, ó pedir que la otra le haga. Pero si entre las dos se pacta que le ha de hacer, no puede excusarse, ni pretender que la otra le haga, y jurando, se debe estar á lo que jure, por lo qual el juramento produce accion para el actor, y para el reo y sus sucesores si le hiciere, *excepcion* contra la preten-

por qué razon lo sabe, si lo sabe por vista, ó por oida, ó por creencia.»

(*a*) Leyes 26, 28 y 29 tit. 16 P. 3.

(1) Habrá muchos casos en que los peritos depondrán no lo que creen ó juzgan, sino lo que saben con toda seguridad.

(2) Esta es una division tan desalifiada y confusa como otras muchas de los intérpretes, á que debieran substituirse otras.

(3) Este juramento no es judicial, puesto que se hace fuera de juicio, y sin embargo Febrero padece la equivocacion de hacerle miembro de la division del juramento asertorio judicial.

sion del actor, como asimismo para sus fiadores (*a*).

90 El juramento *necesario* es el que el Juez de oficio ó á pedimento de uno de los litigantes manda hacer al otro, quien no puede excusarse á hacerle sin causa legitima, ni pretender que el que le pide le haga; y si se resiste, se le debe dar por convicto, del mismo modo que si su contrario hubiera probado plenamente su intencion. Este juramento se llama tambien *suppletorio*, porque suple la falta de prueba, y se defiere por necesidad de la bastante, en cuya atencion solo se manda hacer, quando el pleyto está dudoso, por no haber justificado plenamente su accion ó excepcion los litigantes. Por exemplo, quando los testigos dicen que han visto á Pedro prestar á Juan cierta cantidad, pero que no se acuerdan quánta fue, se defiere su importe en el juramento del actor (*b*), como debe practicarse en otros casos semejantes, y se puede mandar hacer, aunque sea despues de la conclusion, con tal que se haya pedido ántes (*c*), mas no deferirle el Procurador en el colitigante á ménos que tenga para ello poder especial ó general con libre y franca administracion en causa dudosa, pues de otra suerte ni aprovecha al que jura, ni daña al colitigante (*d*). El tutor carece de facultad para deferir en el contrario de su pupilo este juramento, excepto en el caso de que no pueda justificar con pruebas legítimas su derecho (*e*).

91 Y el juramento *judicial*, segun se llama por el lugar en que se hace, es el que á presencia y con aprobacion del Juez defiere el actor al reo, ó este á aquel. Este juramento es tambien voluntario, porque está asimismo en la libre voluntad de aquel á quien se pide, el hacerle, ó pretender que el otro le haga; pero no debe excusarse á una de las dos cosas, y si se excusa, se le tiene por confeso y cae de su derecho, porque ma-

(*a*) Leyes 2 y 8 tit. 11 P. 3; 8 Cod. y 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 13, 17 y 28 ff. de Rebus creditis. (*b*) Cap. 32 de Jurejurand. Parlad. lib. 2 cap. 18. (*c*) Ley 2 cit. cap. 2 de Probat. y cap. fin. de jurejurand. (*d*) Leyes 4 tit. 5 P. 3 y 2 tit. 7 lib. 4 R. (*e*) Ley 35 ff. de Jurejur. Montan. de Tutore cap. 33 n. 392.

nifiesta con su resistencia la injusticia de su pretension, sino es que tenga causa justa para resistirlo, como si es preguntado de hecho que ignora, si probó plenamente su intencion, ó si la accion propuesta por el actor es tal que el reo no puede ser reconvenido; en cuyos casos ninguno está obligado á jurar, ni puede pretender que jure quien pide el juramento (*a*).

92 Para el juramento decisorio de pleyto voluntario basta en el que le hace, lo que para jurar qualquier pacto ó transaccion, esto es, que no tenga prohibicion legal de hacerle (*b*). Para el judicial se requiere á mas de esto que le apruebe el Juez con conocimiento de causa (*c*). Mas para el *necesario ó suppletorio* son necesarias cinco cosas. La primera es, que la parte no tenga prohibicion de jurar ni de pedir el juramento, que el negocio esté dudoso, y que la prueba no sea plena ó bastante, y la costumbre contraria está reprobada (*d*), porque si el actor justifica plenamente su accion y demanda, debe ser condenado el reo y no ha de admitirse el juramento (*e*). La segunda es, que la causa esté semiprobada por un testigo fidedigno mayor de toda excepcion que dé razon de su dicho, ó por otro medio legal y verosímil, pues si nada prueba el actor, debe ser absuelto el reo, aunque nada haya justificado, y no hay para que hacer el juramento, porque este sirve únicamente de semiplena probanza (*f*). La tercera es, que la parte en quien se defiere, no sea vil ni persona en quien pueda sospecharse perjurio, sino fidedigna, y que sea sabedora de la causa y cosa por los sentidos corporales, al modo que el testigo, al qual se equipara en este caso, por lo que no se suele deferir en el heredero (*g*); como tambien que para la declaracion esté presente, ó se cite á la parte contraria (*h*). La quarta es, que la causa civil sea de corta entidad, porque en las árduas no se

(*a*) Ley 2 tit. 11 P. 3 cap. fin. vers. Quamvis, de Jurejur. y cap. 2 de Probat. (*b*) Leyes 2 y 34 ff. de Jurejur. (*c*) Leyes 2 tit. 11 P. 3, y 3 y 12 §. 1. Cod. de Red. credit. (*d*) Cap. 2 de Probat. y ley 3 t. 11 P. 3. (*e*) Cap. 2 cit. y cap. 8 de probat. (*f*) Ley 4 Cod. de Edendo, y cap. 3 de Causa possession. (*g*) Arg. cap. Testes, caus. 35 q. 9 y ley 18 Cod. de Testib. (*h*) Greg. Lop. ley 2 tit. 11 P. 3 gl. 7.

defiere, á no ser sobre algun incidente, ó que haya vehementes presunciones á favor del actor (a); como ni tampoco en las causas criminales, excepto al reo para purgar su inocencia, por lo qual en estas se llama juramento de *purgacion* de los indicios que resultan contra él, y por los quales no puede ser condenado en definitiva, en cuya atencion el Juez le hace que jure, si cometió el delito. Y la quinta cosa es, que la probanza semiplena de una parte no se elida ni desvanezca por la de la otra. Faltando alguna de estas cosas el juramento no se puede deferir (b).

93 El juramento en pleyto (que es propiamente de decir verdad) es en el qual por falta de prueba defiere el Juez, pues la parte no puede hacerlo, la estimacion de la cosa que se litiga, ó el daño que causó á su dueño su contrario por dolo y no lata culpa (aunque contra el tutor basta esta), engaño, ú otro motivo justificado. Este juramento le ha de hacer el actor ó dueño de la cosa litigiosa, no el reo y por el pupilo su tutor. El menor ha de hacerle por sí propio (c).

94 Para que se defiera á este juramento, se requieren seis circunstancias: dolo del contrario: dificultad de probanza á mas del dolo: que quien hace el juramento esté cierto de que es verdad lo que jura, y no tenga ninguna presuncion contra sí: que se cite al colitigante para hacerle: que se haga despues de la contestacion y ántes de la conclusion de la causa; y que el que le hace, tenga edad y capacidad para ello, pues el menor, loco y pródigo no pueden pedirle ni hacerle, y por ellos lo deben hacer sus tutores; bien que si el contrario les pidiese el juramento, y le hiciesen á su favor, se debe estar á él, sea ó no verdadero; mas no, siendo contra sí, sin que por no ser verdadero se les pueda sindicar de perjuros (d).

(a) Qual sea ó no causa árdua, ó grave lo ha de decidir el Juez, teniendo presente entre otras cosas la calidad de las personas. (b) Parlad. lib. 2 cap. 18 n. fin. (c) Leyes 5 t. 11 P. 3 y 4 §. 1 ff. de In litem jurand. (d) Leyes 3, 5, 6 y 7 tit. 11 P. 3. Gutier. de Tutel. part. 2 cap. 1 nn. 27 y 28.

95 Debe recaer este juramento sobre una de tres cosas: á saber; sobre *afición*, sobre *interes singular*, ó sobre *verdadera estimacion ó interes comun*. Recae sobre aficion, quando el dueño jura no sobre lo que la cosa valia intrinsecamente, sino sobre el valor correspondiente al aprecio que hacia de ella, y sobre el daño que el reo le causó por el dolo de habérsela substraido ó hecho perder, aunque exceda al justo valor que tenia; mas para que se estime este juramento, es menester que concurran dos circunstancias: la primera, que el reo haya sido condenado por el dolo cometido, y no quiera sin embargo restituir la cosa; y la segunda que su dueño proceda de buena fe y haga una regulacion no absolutamente arbitraria, pues ha de hacerla ante el Juez, y luego ha de mandarle este que jure sobre aquella cantidad cierta en que la estima. Muchos ignoran esto y por no haber visto la ley hacen lo contrario. El tutor puede hacer este juramento por su pupilo, si quisiere, y no de otra suerte (*a*).

96 Recae dicho juramento sobre *interes singular*, quando por no haber pagado el reo al actor en el plazo estipulado lo que le debia, fue condenado este á instancia de un acreedor suyo en alguna pena pecuniaria, ó se le vendieron sus bienes, pues el actor puede jurar sobre el interes singular y perjuicio que le ocasionó la morosidad del reo. Y recae sobre *verdadera estimacion*, quando por dolo del reo pierde el actor alguna cosa, y jura quando valia justamente, á cuya satisfaccion debe aquel ser condenado (*b*).

97 Resistiéndose el tutor acabada la tutela á dar cuenta de esta al menor que ya es mayor, ó á quien tenga su poder, ó á entregarle el inventario de sus bienes, estos y sus títulos, puede el menor hacer contra él el juramento en pleyto, así sobre aficion como sobre interes singular. Lo propio puede hacer, si prueba que por su culpa, aunque no hubiese dolo, se le amenosca-

(*a*) Leyes 5 t. 11 P. 3 y 4 ff. de In litem jurand. (*b*) Ley 5 cit. Maranta de processus publicat. p. 6 act. 9 n. 27.

ron algunos de sus bienes, lo qual es especial en el tutor; mas contra sus herederos no ha lugar á dicho juramento; por lo que solo averiguando el Juez el valor de los bienes y sus frutos, los debe condenar á la entrega de su importe, haciendo primero la regulacion, y que luego jure el menor que valian la cantidad en que los estimó, y no de otra suerte en ámbos casos; bien que si por engaño ó culpa de los herederos se le menoscabaron sus bienes, puede jurar contra ellos del propio modo que contra el tutor (a). Y lo mismo puede hacer, quando este contestó la demanda ántes de morir (b).

98 Todo juicio ó pleyto civil ordinario se debe empezar por demanda y contestacion, y no por declaracion jurada del demandado, excepto que el demandante, si omite esta diligencia, no pueda continuarle, en cuyo caso puede hacerle las preguntas concernientes á entablar su demanda, como lo expresa la ley 1 tit. 10 P. 3 al principio. „Ciertas preguntas son las que puede facer el demandador sobre la cosa que quiere facer su demanda, ante que el pleyto se comienze. E son de tal natura que si el demandador no la ficiesse en aquel tiempo, é otrosí el demandado non respondiesse á ellas, que non podrian despues ir adelante por el pleyto ciertamente (c).„ Así pues, el Juez admite al actor las preguntas concernientes al pleyto, y manda que el reo satisfaga á ellas ántes de poner la demanda, como repetidas veces lo he visto, por ser conveniente para fundamentar esta. Preguntas concernientes al pleyto son por exemplo la que se hace á quien se quiere demandar como heredero de alguno, de si lo es ó no, y en qué parte de herencia: la que se hace al padre por el peculio de su hijo, de si este le tiene ó no; y la que se hace á qualquiera que se intenta demandar, de si tiene ó no

(a) Ley 6 tit. 11 P. 3. (b) Ley penúlt. Cod. de In litem jurand.
(c) La tercera siguiente dice: »Comenzamiento, é raiz de todo pleyto sobre que debe ser dado juicio, es quando entran en él por demanda, é por respuesta delante del juzgador.

25 años, para en caso de no tenerlos, pedir que ante todo se le provea de curador de pleyto, con quien se substancie el juicio, sea civil ó criminal: á cuyas preguntas y otras semejantes segun la clase de demanda se debe responder clara y categóricamente (*a*).

99 Pero ni el reo ni el actor estan obligados á responder, quando las preguntas son impertinentes á la causa, sobre punto de derecho, quando goza de fuero y no es suyo el Juez que conoce de ella, sobre los derechos del actor, quando no es preguntado por via *de posicion* sino *de interrogacion* sobre el negocio principal (1), quando en su hecho propio se le pregunta del ageno, sea civil ó criminal, sobre lo que consiste en su mero ánimo no declarado con hechos ni palabras, ó tratándose de reivindicacion, sobre si posee la cosa ó finca con buena ó mala fé; y en otros casos semejantes (*b*).

100 Tampoco debe principiarse por seqüestro ó embargo de bienes ni por intervencion (2) que en el efecto viene á ser lo mismo, sino en cinco casos que son: el primero, por convenio de los litigantes: el segundo, quando la cosa litigiosa es mueble, y quien la tiene, sospechoso, por lo que se presume haga fuga ó la deteriore, ó si son frutos de alguna finca, que los consuma; y al Juez toca decidir sobre qual se reputa sospechoso, precedida informacion sumaria ú otra justificacion, por militar la misma razon que para arraygar: el tercero, quando el condenado difinitivamente á entregar la cosa apelada de la sentencia, y su contrario recela de él lo que se ha dicho en el segundo caso: el quarto, quando el marido disipa la dote de su muger, en cuyo caso acreditándolo esta debe el Juez deferir á su pretension, haciendo se entregue su dote á ella ó á otra

(*a*) Leyes 1 y 2 tit. 10 P. 3.

(1) Esto se entenderá viendo el n. 246.

(*b*) Ley 2 tit. 12 P. 3. Marant. part. 6 tit. de Interrogat.

(2) Se llama en lo forense la asistencia de algun sugeto puesto por auto de Juez ó superior en arrendamientos ú otros negocios, en órden á que sin él no se execute cosa alguna: lo quál llaman poner intervencion en la renta. Diccion. de la leng. Castell.

persona para que la administre y le contribuya con sus frutos: el quinto, quando el hijo preterido ó exheredado injustamente pretende su legítima; pues si su hermano instituido heredero único rehusa entregársela con sus frutos, puede pretender que hasta que se efectúe la division, se depositen todos los bienes partibles, de que el hermano está apoderado (*a*).

101 Asimismo no debe principiarse por informacion de testigos á instancia del actor ántes de la contestacion, sino es que de omitir la recepcion de sus dichos, pueda perder su derecho por falta de justificacion, como quando son muy viejos, lo qual queda al arbitrio del Juez, ó estan enfermos y se teme su muerte, ó tienen que hacer larga ausencia del pueblo, ó haya otros motivos justos para ello; pues en estos casos pueden ser exâminados previamente con citacion de la parte contraria, y si esta no se halla en el pueblo, ó aunque esté en él, si rehusa presenciar su juramento, no ha de dexar por eso de admitirlos (*b*), y hará fé su dicho siendo idóneos y fidedignos.

102 Mas por parte del reo se pueden admitir, y hay costumbre de que con citacion contraria se admitan y exâminen ántes de la contestacion, aun quando no haya las causas referidas (*c*), especialmente despues de tomada la declaracion al contrario que está negativo; y lo propio milita á instancia del actor, porque la declaracion sucede en lugar de contestacion, como varias veces lo he visto practicar en esta corte. Tambien se admiten en causas criminales y de pesquisa, sobre capítulos contra los Jueces ú otros comisionados del Rey sin citar á los reos, y en otros casos que traen las leyes (*d*); pero en este último es menester que el capitulante firme el memorial de capítulos y afiance de calumnia ante todas cosas (*e*).

(*a*) Ley 1 tit. 9 P. 3. Greg. Lop. en ella glos. 2, 5, 7, 12, 13 y 14. (*b*) Leyes fin tit. 10 y 2 tit. 16 P. 3. (*c*) Greg. Lop. ley 2 cit. tit. 16 glos. 1 vers. Adverte tamen. (*d*) Leyes 3 y 6 tit. 16 P. 3, y 10 y sig. tit. 7 lib. 3 R. (*e*) Ley 64 tit. 4 lib. 2 R. Bobadill. lib. 5 Polit. cap. 2 an. 92 y sig.

103 Igualmente se admiten, quando el padre adoptivo prometió algo á su hijo delante de testigos (*a*), y sobre las excepciones dilatorias como recusaciones de Jueces togados ó eclesiásticos para probar las causas de su recusacion, pacto de no pedir, pleyto acabado sobre lo mismo que se pretende, privilegio obtenido con vicios de obrepcion y subrepcion, y en otros muchos casos citando en ellos á la otra parte (*b*).

§. III.

De la citacion ó emplazamiento con la demanda, y de quántas maneras puede hacerse.

104 Presentada la demanda se ha de citar al reo y conferírsele traslado de ella. La citacion ó emplazamiento es *verbal, real y por escrito*. La verbal *es un llamamiento jurídico que el Juez hace al demandado, para que comparezca ante él á defenderse, ó á cumplir algun mandato suyo* (*c*). Es el principio, raiz y fundamento substancial del órden del juicio, y se ha introducido por todos derechos como indispensable para la defensa del reo (*d*); por lo que la primera no debe omitirse, ni en ello puede dispensar el Papa, Príncipe, ni ley, y si se omite, es nulo el juicio, á no ser que el demandado ocurra por sí ó por su Procurador ántes de hacerse, pues entónces es superflua; bien que puede alterarse ó variarse el modo de hacerla, y quitarse las demas de la causa como introducidas por derecho positivo para la preparacion de la sentencia (*e*). Y para citar, tomar declaracion, ó practicar otra diligencia con persona condecorada por su dignidad, jurisdiccion ú otro motivo, debe preceder el darle recado de atencion, aun-

(*a*) Ley 4 tit. 16 P. 3. (*b*) Ley 7 tit. 16 P. 3 y el tit. 10 lib. 2 R. (*c*) Leyes 1 al princip. tit. 7 P. 3 y 3 tit. 3 lib. 4 R. (*d*) Prœem. del t. 7 P. 3. Covar. Pract. quæst. cap. 23 n. 6. Salg. de Reg. protect. p. 2 cap. 13 n. 83. (*e*) Covar. lug. cit. Salg. lug. cit. n. 90 y part. 3 cap. 9 n. 27. Larrea al legat. 107 n. 8.

que en el auto ó despacho no se mande, porque la justicia no se opone á la urbanidad.

105 No solo debe citarse al principio del pleyto al demandado sino tambien á todas las personas de cuyo perjuicio se trata principalmente en el juicio (*a*); y sino se hace así, tal vez por ignorarse quiénes son, se puede pretender su citacion en qualquier estado del pleyto, formando artículo sobre ella, especialmente quando de omitirse se puede seguir perjuicio al que la pretende; en cuya atencion el Juez debe deferir á esta solicitud ántes de pasar adelante sin reservar la determinacion sobre el artículo para difinitiva; y sino lo hace, se puede apelar, como se executorió á instancia mia por la Sala de Justicia del Consejo revocando el auto de un Señor Ministro de él, por haber reservado para difinitiva la decision sobre que se citase á otra al juicio, segun habia pretendido mi parte á conseqüencia de su prueba despues de haber alegado el actor de bien probado.

106 Pero no es necesario citar á las demas personas, á quienes accesoria ó secundariamente puede seguirse perjuicio, aunque será útil para que les perjudique la sentencia (*b*). Así pues, en los pleytos de mayorazgo basta que se cite á su poseedor (*c*), en los de arrendamiento y comodato debe citarse al señor y no al arrendador ni comodatario, sino es que otro se le haya prestado ó arrendado, que entónces como á tercero se le debe citar igualmente para que use de su derecho (*d*): en los de jurisdiccion entre dos Señores no es necesario citar al pueblo (*e*), ni en el suscitado sobre cosa dotal, á la muger, por ser suficiente que se substancie con el marido como administrador legítimo que es y dueño de sus bienes (*f*), y así se practica.

107 El citado debe comparecer ante el Juez que le

(*a*) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 § 9 n. 20. (*b*) Castill. lib. 6. Controv. cap. 156 n. 12. Gutier. lib. 3 Pract. q. 17 n. 24. (*c*) Molin. de Primogen. lib. 4 cap. 8. (*d*) Castill. lug. cit. Gom. ley 40 de Toro nn. 43 y 49 vers. Quarto, y n. 73. Salg. part. 4 de Retent. cap. 8 n. 112. Vela dissert. 19 n. 4. (*e*) Parlad. lib. 2. Rer. quot. part. 5 cap. fin. § 5 n. 21. (*f*) Gom. n. 73 cit. Parlad. lug. cit. nn. 21 y sig.

mandó citar, aunque goce de privilegio, en cuyo caso no siendo competente le ha de manifestar el que tenga (a); y no pudiendo ser hallado en su casa se ha de hacer saber en ella la demanda á su muger, hijos, ó criados, si los tuviere, y en su defecto á los vecinos mas cercanos, para que se lo participen, quando venga (b); pero no es preciso que dicha comparecencia sea personal, pues basta se haga por Procurador, porque en las causas civiles, sean ordinarias, executivas, ó sumarias, ninguno está obligado, ni puede ser compelido á comparecer personalmente ante el Juez, sino solamente por Procurador ó Apoderado con suficiente poder, y los emplazamientos expedidos en contrario, no valen (c), por lo que se deben expedir para que comparezcan por sí ó por su Procurador con poder bastante, segun se observa. Y no siendo suyo el Juez no es menester que comparezca con pedimento ante él, y será suficiente que en el acto de la notificacion exhiba el título privilegio de exêncion de su jurisdiccion al Escribano, quien ha de poner en ella lo que resulte de él y devolvérsele, á lo qual no debe excusarse, y así se practica en esta corte.

108 En caso de no hallarse al que se ha de citar, lo que se observa, sin embargo de no ser rigorosamente preciso, porque las leyes no lo mandan, es hacer el Escribano tres diligencias en diversos dias y en diferentes horas cómodas en que los hombres segun la costumbre del pueblo suelen estar en sus casas, poniéndolo por fé cada dia con la respuesta que se le haya dado; y en vista de todo acude el actor al Juez con pedimento en que refiere lo acaecido, pretendiendo mande dexarle cédula ó memoria por escrito con la expresion competente, y declare en su conseqüencia por hecha la citacion, como si fuese en persona, para que le pare el mismo perjuicio y no alegue ignorancia: á lo qual defiere el Juez mandando que primero se practique otra dili-

(a) Ley 2 tit. 7 P. 3. (b) Leyes 1 tit. 7 P. 3 y 1 tit. 16 lib. 4 R.
(c) Leyes 3 tit. 7 P. 3 y 25 tit. 3 lib. 4 R.

gencia en su busca, con cuyo acto queda citado, y no es menester buscarle por el pueblo, como lo previene la ley. Despues da fé de todo y lo pone por diligencia el Escribano en los autos con expresion de la persona á quien entregó la cédula, y de las horas en que fue á buscarle, lo qual basta para prueba de la citacion. Y si el reo no puede ser habido, ni tiene casa en el pueblo, ha de ser llamado por edictos ó pregones (*a*), de cuyo medio es necesario valerse, quando las personas á quienes debe citarse, son inciertas, ó aunque ciertas, tantas que sin dificultad no pueden ser habidas ó conocidas para hacerles la citacion (*b*), y así se observa.

109 Haciendo la citacion el portero mayor del Juez ha de justificarla con un testigo para que se le crea, y si es el menor, con dos; pero nada de esto es menester haciéndola el mismo Juez ó el Escribano, pues deben ser y son creidos.

110 Si el que ha de ser citado, es menor, se le debe proveer de curador de pleyto, esté ó no en el pueblo, en los términos explicados en los nn. 16 y 18., con el qual y no con el menor se han de entender no solo la primera citacion sino tambien todas las diligencias que ocurran en el juicio (*c*) hasta su decision.

111 Y si está domiciliado en territorio de otro Juez, puede el de la causa (suponiendo tiene jurisdiccion para conocer de ella por alguna de las razones expuestas en el n. 29.) ir por sí mismo á citarle, ó expedir requisitoria de emplazamiento, ó letras exhortatorias á dicho Juez á instancia de la parte, ó de oficio, si no la hay, para que mande hacer la citacion (*d*); y esto último es lo que se observa entre Jueces inferiores, y no lo primero sin embargo de la disposicion terminante de la ley 7 citada; mas no por los superiores, pues estos citan por medio de sus despachos y de qualquiera comisionado, como que tienen jurisdiccion en todo el

(*a*) Ley 1 cit. Greg. Lop. en ella glos. 6. Carlev. tit. 1 disp. 2 n. 4. (*b*) Parlad. lib. 2 part. 5 cap. fin. §. 9 nn. 15, 16, 17 y 18. (*c*) Leyes 11 y 12 tit. 1 P. 3. Otero de Officialib. lib. 3 cap. 8 n. 28. (*d*) Ley 7 tit. 3 lib. 4 R. Solorz. lib. 2. Politic. cap. 28 vers. Cuyo particular.

reyno ó provincias demarcadas á cada tribunal, tomando antes el cumplimiento del Juez del pueblo. Y el Juez debe señalar aquí en la requisitoria término competente para comparecer, y perentorio, como si fuese asignado por tres, sin que el actor tenga que acusar las rebeldías mas que al fin del prefinido (*a*), y esto es lo que se practica.

112 Siendo delegado ó comisionado el Juez que entiende en el negocio, debe incorporarse en la requisitoria el título ó comision que tiene, ó por lo ménos dar fé de serlo el Escribano de la comision, pues de otro modo no la acredita, ni se presume tenerla, y el requerido puede negarle el cumplimiento, lo qual no es necesario siendo ordinario, por ser notoria su jurisdiccion (*b*), como que el derecho se la concede.

113 Pero sea ordinario ó delegado, se deben insertar en la requisitoria el poder de la parte, si le hay, la demanda, el papel ó escritura en que se funda, el auto, y los demas documentos correspondientes y justificativos, y tambien la sentencia segun sea el estado en que se expide; y en las causas criminales ha de contener la prueba del cuerpo del delito, y de que es reo aquel contra quien se dirige, y legítimo el Juez para conocer de la causa á fin de que el requerido no tenga reparo en cumplimentarla, como debe hacerlo (*c*); pues faltando estos requisitos puede denegarle el cumplimiento sin incurrir en pena.

114 La requisitoria ó despacho de emplazamiento ú otro qualquiera ha de estar tres dias naturales despues de aquel en que se concluyeron las diligencias que previene, en el juzgado en que se presenta, para lo qual no es necesario dar pedimento, á fin de que en ellos pueda el sugeto contra quien se dirige, pedir su retencion, si tiene fundamento legal para ello como por incompetencia de jurisdiccion ú otro, y pidiéndola se le

(*a*) Leyes 1 y 2 tit. 3 lib. 4 R. y en esta Acev. n. 8. (*b*) Bobadill. lib. 3. Política cap. 7 n. 15. Avendaño in Dictionar. verb. Almonéda, vers. Prædicta. (*c*) Ley 3 tit. 3 lib. 4 R. Carlev. tit. 1 disp. 2 nn. 26, 757 y sig. Covar. Pract. cap. 10 n. 7 al fin y cap. 11 n. 8.

debe entregar. Si pretende que se retenga, parece se deberá substanciar con el que la presentó, sin pedirle poder, porque á mas de habilitársele por ella es visto conferírsele el demandante por el hecho de hacerle el encargo; y que esto procederá, aunque sea necesario apelar de la providencia en que el Juez requerido declara haber ó no lugar á su retencion, y seguir la apelacion; por lo que en las requisitorias se pone y no se debe omitir esta cláusula: „que siendo presentadas por qualquiera persona en nombre de Fulano las manden aceptar y cumplir sin pedirle poder ni otro documento, &c.„ porque si se omite y no tiene poder el que las presenta, carece de facultades para todo lo expuesto, y no se le tendrá por parte; pero sin embargo mi dictámen es que se le dé poder, para que llegado el caso de pedir su retencion no se le ponga el defecto de ilegitimidad de persona para seguir este incidente; pues las leyes nada tocan sobre este particular, la requisitoria no le autoriza para seguirle, y sí únicamente para hacer que se evacue lo que se mande en ella, y sin poder no se le debe tener por parte ni entregar los autos.

115 Las demandas contra concejo, comunidad, cabildo ó universidad, aunque lo mejor es que se hagan saber á todos ó á la mayor parte congregada, segun se acostumbra, no obstante como es difícil conseguirlo y entenderse con todos separadamente, si no quieren ó no pueden congregarse; basta que se notifique á su Procurador ó Apoderado residente en su pueblo ó en el del juicio. Y sus individuos no deben ser reconvenidos singularmente por la deuda y obligacion de sus cuerpos, ni al contrario estos por lo que debe cada uno de aquellos (*a*).

116 No solo puede hacerse la citacion al Síndico ó Procurador de dichos cuerpos sino tambien al de qualquiera persona que le tenga, si no se la halla cómodamente (*b*); y con él y no con su parte, á ménos que le

(*a*) Ley 13 tit. 2. P. 3. Greg. Lop. en ella glos. 3 y 4. (*b*) Leyes 13 cit. y 14 sig. Otero de Officialib. lib. 3 cap. 8 n. 23. Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 1 n. 7.

revoque el poder, se han de entender y substanciar despues de contestada la demanda, todos los autos y diligencias que ocurran hasta declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada y executarla, si el poder se extiende á esto y no de otra suerte, á fin de evitar los gastos y dilaciones que de entenderse con la parte se pueden causar al colitigante, y el que sean interminables los juicios, si aquella reside en otro pueblo, ó procede de mala fe, mas no en otra instancia, porque en esta ó se han de hacer saber á la misma parte, ó ha de dar su poder á Procurador del tribunal de aquella con quien se practiquen (a), y así se observa.

117. Si el demandado es vecino del pueblo en que se sigue el pleyto, no debe ser compelido á nombrar Procurador, y ántes bien puede comparecer en él por sí y defenderse (b); aunque en el dia como tenemos Procuradores determinados en los tribunales superiores y en muchos inferiores, no se entregan los autos á las partes en donde los hay, sino á ellos para la mayor seguridad, porque á su devolucion son responsables sus oficios, y por la facilidad de apremiarlos á esta; de suerte que es preciso darles poder, y sin él á nadie se admite en los Consejos Reales.

118. La citacion, considérese acto judicial ó extrajudicial, lo es de jurisdiccion, porque para mandarla hacer el Juez ha de tenerla sobre el sugeto como súbdito, y por ella adquiere prevencion en las causas civiles, de manera que conociendo del negocio dos ó mas Jueces, el que previno el juicio por una citacion legítima, ha de proseguir en él como competente (c); bien que el citado segun la práctica comun debe comparecer ante todos los que le mandan citar, y usar de su derecho pretendiendo la acumulacion para que no le molesten diversos Jueces sobre una misma cosa. En las causas criminales si fuere citado por muchos á un

(a) Parlad. lib. 2 Rer. part. 5 cap. fin. §. 9 n. 29. Covar. Pract. cap. 11 n. 2. (b) Leyes 1 y 2 tit. 2 lib. 4 R. (c) Acev. ley 10 tit. 13 lib. 8 R.

propio tiempo sobre una, no incurre en pena compareciendo ante uno solo, excepto que sean desiguales en jurisdiccion, pues entónces debe comparecer ante el mayor y mas digno, y siendo iguales y las causas diversas, ante el que entienda en la mas grave.

119 En los negocios civiles no debe hacerse la citacion en dias feriados, y si se hace, es nula, por estar prohibido en ellos todo juicio; bien que si se interesa la utilidad pública ó privada, puede habilitarlos el Juez (1); y si el citado comparece en virtud de ella, se revalida. Tampoco debe hacerse de noche sin especial habilitacion con causa, lo qual se observa por evitar nulidades y controversias; pero de órden judicial expresa puede hacerse la verbal en la iglesia, con tal que no se impidan los divinos oficios, ni cause escándalo (*a*). Y en un acto no es necesario hacer muchas citaciones, pues basta una sola, como lo ordenan nuestras leyes (*b*).

120 No es necesario hacerla, quando el reo comparece por sí ó por su Procurador en el juicio ántes de ser citado (*c*), ni quando consta notoriamente que no le compete ninguna excepcion ni defensa (*d*), ni tampoco en los casos en que el Juez puede practicar de oficio lo que dispone el derecho, aunque la parte no esté presente, v. gr. evitar escándalos (*e*).

121 Si el Juez de la causa delegare su jurisdiccion para la pronunciacion de la sentencia, ó muriere alguno de los litigantes, es precisa nueva citacion: en el primer caso á los propios litigantes, y en el segundo á los herederos del muerto (*f*).

122 La citacion *real* es la captura del reo, haya

(1) Si basta la utilidad privada y qualquiera utilidad privada, siempre ó casi siempre podrá el Juez habilitar los dias feriados.

(*a*) Orozco in leg. 2 n. 6 col. 2 de in jus vocand. Marant. part. 6 member. 1 Judic. n. 1. (*b*) Las 31 tit. 4 lib. 2, 47 tit. 4 lib. 3 y 2 tit. 3 lib. 4 R. Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 §. 9 n. 32. (*c*) Bobadill. lib. 3 cap. 7 n. 15. (*d*) Guzm. de eviction. q. 4 n. 81. Farinac. Prax. crimin. part. 1 q. 21 n. 70. (*e*) Guzm. y Farinac. lug. cit. (*f*) Solorzan. de Jure indiar. tom. 2 lib. 2 cap. 29 n. 73 y lib. 3. Polit. cap. 31 verb. Demas. Bobadill. lib. 2 Polit. cap. 13 n. 47.

sido ó no formalmente demandado, por ser fallido, presumirse que haga fuga, y no tener arraygo ni domicilio en el pueblo en que se le demanda; pues muchas veces se le prende baxo la obligacion que constituye el actor de indemnizarle de los daños en caso de no acreditar su pretension. Esta citacion es la mas eficaz de todas, y se prefiere á la verbal, de tal suerte, que si por exemplo en causa de mixto fuero cita el Juez eclesiástico al lego, y el Juez secular le prende despues por el mismo delito, debe conocer de él este y no aquel (*a*).

123 Con esta citacion se principia real y verdaderamente el uso de la accion que será civil, y como tal la deberá proponer el actor y seguir, quando el motivo de la captura es solamente el de cobrar lo que el reo le debe ó consumió: criminal, quando dimana de delito, y únicamente se dirige á que se le castigue por él; y mixta, quando el actor intenta ademas de resarcir su caudal, que no quede impune, como sucede en el hurto, mala versacion y extravío de caudales, y en otros delitos.

124 La citacion por escrito es la que se hace por edictos llamando y emplazando al reo que está ausente y cuyo paradero se ignora. No es de igual eficacia que las otras, pues siempre que parezca el citado, se le debe oir; ni debe hacerse por mera voluntad del Juez sino en caso de necesidad, ó quando el reo no puede ser citado de otra suerte (*b*).

125 Tiene lugar esta citacion en quatro casos: el primero, quando el que ha de ser citado, se oculta maliciosamente para que no llegue á su noticia, ó impide por sí ó por otros que se le cite: el segundo, quando el lugar en que se le ha de citar, no es seguro por causa de enemigos ó otros impedimentos, pues entónces se han de fixar edictos en los lugares inmediatos:

(*a*) Fagnan. in cap. Pervenit n. 40 de Adulter. Farinac. Prax. crimin. lib. 1 q. 7 n. 53 tit. de Inquisit. (*b*) Extravag. única de Dolo, & contumacia. Clementin. 1 de Judic. Mar. part. 6 tit. de Citat. n. 82.

el tercero, quando es vago, en cuyo caso se deben poner en aquel lugar ó lugares en que mas suele permanecer, y si en alguno tiene casa abierta, en la puerta de ella y el quarto, quando es persona incierta, como en un concurso de acreedores á los bienes de difunto, en que se ignora quiénes y quántos son: pues se ponen edictos llamando á todos los interesados, para que dentro del término que se les prefine, comparezcan, amonestándoles que de lo contrario se les impondrá perpetuo silencio y les parará el perjuicio á que haya lugar (*a*).

126. Compete solamente este modo de citar por edictos á los Jueces ordinarios y á los Delegados del Soberano ó su Consejo, no á otros comisionados, por lo que en caso de entender estos en alguna causa en que sea preciso citar por escrito, se ha de recurrir á aquel de quien dimana la comision, excepto que se le conceda especialmente, ó se le permita por costumbre, pues entónces podrá citar por edictos (*b*).

127. Sucede algunas veces que los litigantes son contumaces, el actor desamparando la demanda que puso al reo, y este no queriendo comparecer en juicio, en cuya atencion es indispensable hablar de la contumacia ó rebeldía que no es otra cosa que inobediencia al mandato del Juez legítimo que llama á alguno al juicio (*c*). Se comete regularmente en siete casos: el primero, quando el actor no manifiesta su accion habiéndoselo mandado el Juez dos ó mas veces: el segundo, quando si la manifestó y contestó el reo, no la prosigue instándole este: el tercero, quando el reo no comparece, ó impide que se le haga la citacion, ó se oculta maliciosamente: el quarto, quando no responde á la demanda y posiciones del actor, ó responde obscuramente, no obstante habérsele mandado que responda clara y categóricamente: el quinto, quando uno ú otro no quie-

(*a*) Reiff. lib. 2 tit. y §. 3 de Citat. edictali, nn. 79, &c. y 85. (*b*) Reiffestuel n. 87. (*c*) Cap. 3 y 6 de Dolo & contumacia. Leyes 53 ff. de Re judicat. y 8 tit. 7 P. 3.

re jurar de calumnia mandándoselo el Juez: el sexto, quando no obedecen la sentencia é impiden su execucion; y el séptimo, quando estando delante del Juez no quieren responder á lo que se les pregunta; y esta es la mayor contumacia por la injuria que le hacen en no darle respuesta, eludiendo su pregunta en su presencia (*a*).

128 La contumacia es de quatro maneras: *notoria, verdadera, presunta y ficta.* Se llama *notoria*, quando el citado en persona responde que no quiere comparecer: *verdadera*, quando el citado legitimamente ó sabedor de la citacion dice que comparecerá, ó calla, mas no comparece: *presunta*, quando no consta que la citacion haya llegado á noticia del citado, pero se presume, miéntras no lo pruebe, y *ficta*, quando comete dolo, para que no llegue, pues entónces finge ó supone la ley que llegó y fue citado (*b*).

129 Entre la contumacia verdadera y ficta hay la diferencia, de que el contumaz ficto puede apelar ó pedir restitucion por entero y el verdadero no (*c*); y para proceder contra este, aunque por nuestro derecho Real (*d*) á la primera rebeldía que se le acuse, se le tiene por tal, y puede condenar en las costas y daños causados á su contrario; no obstante en práctica suelen preceder, como lo he visto repetidas veces, tres citaciones estando en el pueblo, ó una perentoria si se halla fuera de la jurisdiccion, siguiendo lo dispuesto por derecho civil y canónico (*e*); y aun en este caso es menester que lo pida la parte y le acuse dos rebeldías; bien que no se excederá el Juez, si conformándose con las leyes patrias á la primera rebeldía le declara contumaz.

130 Pero si el contrario tiene justo motivo ó impedimento para no comparecer, y le prueba, v. gr. in-

(*a*). Murill. lib. 2 Decret. tit. 14 de Dolo & contumacia n. 113. Gerg. Lop. ley 1 tit. 8 P. 3 glos. 3. (*b*) Murill. lug. cit. (*c*) Cap. 18 de Sentent. & re judicat. y ley 1 Cod. Quorum appellationes non recipiuntur. (*d*) Leyes 8 tit. 7 P. 3, 5 y 6 tit. 3 lib. 4 R. (*e*) Cap. fin. §. 6. Ut lite non contest. y ley 53 §. 1 ff. de re judicat.

competencia de Juez, tiempo de ferias, prohibicion de su propio Juez, estar llamado á tribunal superior, haber tempestades, guerras, ó crecientes de rios por donde ha de transitar, ser menor ó rústico, estar cautivo y otros semejantes, no incurre en contumacia (*a*).

131 Contra el verdadero contumaz puede proceder el Juez por prision, embargo de bienes, condenacion de costas, imposicion de multa y otras penas arbitrarias (*b*), con tal que la condenacion no sea á perdimiento de la causa ni confiscacion de todos sus bienes, aunque el delito sea grave y extraordinario (*c*).

132 Si es actor y despues de contestada la demanda se ausenta, ó no quiere comparecer, puede compelerle á pedimento del reo y no de oficio á proseguirla (*d*), y si no la prosigue, absolver á este de la instancia, y condenar á aquel en las costas y daños que le causó (*e*), y no oirle despues, á ménos que preste caucion de comparecer y continuarla, ó pruebe haber estado impedido legítimamente, ó que el reo haya sido tambien contumaz, en cuyo caso se compensa la contumacia del uno con la de otro (*f*). Tambien puede imponerle multa, segun sea la contumacia (*g*); pero no debe imponérsela por no usar de la accion que le compete, y proponer otra, porque ninguna ley le concede esta facultad sino solo la de repelerla siendo contra derecho, y prefinirle término para que la deduzca, apercibiéndole que si dentro de él no lo hace, procederá á lo que haya lugar, que es imponerle perpetuo silencio y absolver al reo de la instancia, pues no hay contumacia, para que el Juez se extienda á mas.

133 Si el reo es contumaz, conceden las leyes (*h*) al actor dos medios para conseguir su pretension. Uno es el regular de seguir la causa por rebeldía en estrados hasta difinitiva, como si hubiera comparecido, en

(*a*) Ley 11 tit. 7 P. 3. (*b*) Cap. 1 de Judic. Ley 8 tit. 7 P. 3. (*c*) Ley 2 §. 1 ff. Si quis in jus vocatus. (*d*) Cap. 3 de Dolo & contumacia. (*e*) Ley 79 ff. de Judic. y cap 1 de Dolo & contumacia in 6. (*f*) Murill. lib. 2 decret. tit. 14 n. 114. (*g*) Leyes 5 y 6 tit. 3 lib. 4 R. y 8 tit. 7 P. 3. (*h*) Las de los tit. 11 lib. 4 R. y 8 P. 3.

cuyo caso estando en el pueblo y la causa no líquida se declara por contestada la demanda á la tercera rebeldía que el actor le acusa: se recibe á prueba, y se le hace saber el auto de esta: justifica el actor su accion, y pasado el término de prueba y hecha publicacion si la pide, alega de bien probado, concluye, y el Juez procede á sentenciar la causa, notificándose las diligencias de substanciacion en los estrados de la audiencia, á excepcion de las de demanda, prueba y sentencia que se le deben hacer saber en persona, y no dexándose ver, á su muger, hijos ó criados, ó no teniéndolos, á sus vecinos mas cercanos en la forma expresada en el n. 108, y pasado el término de la apelacion declara la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la hace executar, todo á instancia del mismo actor.

134 Si se halla domiciliado en otra jurisdiccion, y está sujeto en aquel negocio al Juez que conoce de él, aunque segun las leyes 2 tit. 3 y 1 tit. 11 lib. 4 R. debe ser uno y perentorio el término sin necesidad de otro ni estar obligado el actor á acusar las rebeldías mas que al fin de él, como se ha sentado, mandándose hacer los autos y demas diligencias en los estrados de la audiencia; se suelen librar no obstante quatro despachos ó requisitorias en el discurso del pleyto, no estando muy distante el reo: el primero, de emplazamiento con término perentorio para que comparezca: el segundo, para hacerle saber el auto de prueba, pues aunque no haya comparecido hasta entónces, se le deben entregar los autos, si comparece y los pide, y admitir la que haga dentro de su término: el tercero, para notificar la sentencia por si quiere apelar de ella; y el quarto, para que una vez declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada se execute en su persona y bienes. Este es el verdadero y mas justificado modo de substanciar los autos en rebeldía, para que el reo no tenga la disculpa de no habérsele oido y pague las costas, si debiese ser condenado en ellas.

135 Yendo documentados estos despachos los de-

be cumplimentar el Juez de su domicilio, y como executor mixto no excederse de lo que previenen, á excepcion de lo que se explicará mas adelante (a); y si deniega el cumplimiento, ó se teme que le deniegue, debe el requirente ó la parte acudir y representar al superior inmediato, á fin de que los auxilie y le imponga penas para que los cumplimente y evacue. Lo propio se ha de practicar, quando el Juez del negocio no quiere expedirlos al otro, ó es moroso en ello por dolo ó malicia; pues por este hecho, probado que sea, debe pagar á la parte los gastos y daños que le ocasionó, estándose sobre ellos á su juramento (b): lo qual es corriente en la práctica y lo advierte Carleval (c). Pero si en el mismo despacho se encuentran méritos suficientes para no cumplimentarle, sea por no ir documentado, ó por incluir algunas excepciones legales que justifiquen la denegacion, ó por no llevar el tratamiento político que corresponde al Juez requerido, puede denegarle el cumplimiento, asesorándose, si es lego, con Letrado, como lo he visto practicar.

136 Siendo ordinarios así el Juez requirente como el requerido, no debe cometer el exceso de mandar á este, ni de conminarle con multa ni otra pena, porque son iguales en jurisdiccion, aunque el requerido parezca en este caso inferior, pues el igual no tiene imperio sobre otro igual, y mucho ménos el inferior sobre el superior: lo qual se entiende, aun quando sea togado y por esta razon mas digno, porque el honor de la toga es personal, y no da mayor jurisdiccion que la ordinaria, en cuya atencion el requerido puede exhortarle á que se abstenga de imponer dichas penas, y no se exceda en su jurisdiccion ni facultades, ó retener el despacho original y quejarse con él de sus procedimientos al superior, para que le contenga.

137 Mas si el Juez requirente es comisionado del Príncipe ó de tribunal superior, puede en vista de la

(a) Cap. 2 nn. 238, &c. y 245. (b) Ley 9 tit. 7 P. 3. (c) De judic. tit. 1 disp. 2 n. 38.

inobediencia y no ántes no solo conminarle sino tambien exigirle la multa que le imponga, porque la superioridad á quien representa y cuyas veces hace, le concede tácitamente jurisdiccion y facultad para mandarle y obligarle á obedecer, respecto de que por política no obedeció. Y si el requerido es superior al requirente, le ha de despachar este suplicatoria y no exhôrto, segun se practica.

138 El otro medio que las leyes conceden al actor, es la via de *asentamiento*, para que por contumacia del reo se le ponga en posesion de sus bienes, proceda por accion real ó personal, de lo qual tratan las tres del tit. 11 lib. 4 R. y el tit. 8 P. 3; y sin embargo de que no se estila en esta corte ni en otras muchas partes, por cuya razon no trato de él, puede usarse, y si el actor elige via de prueba, aunque sea contra menor contumaz, puede dexarla y usar de la de asentamiento (*a*).

139 No incurren en contumacia, aunque no comparezcan ante el Juez de la causa los siguientes: el que es mayor ó igual á él, el Clérigo miéntras celebra ó está en las horas canónicas, el Religioso y otros que se hallan baxo de obediencia: pues la citacion se debe entender con sus Prelados: los que por grave enfermedad, servicio de la república ú otro motivo semejante están impedidos de comparecer, si bien estos lo deben hacer por Procurador: los novios en el dia en que se casan, el que va acompañando algun cadáver de su casa ó de la de su señor, amigo ó pariente hasta que esté enterrado: los menores, locos, pródigos y mentecatos que tienen curador: los Diputados ó Comisionados por el Rey ó por su Señor, ciudad ó villa, miéntras estan en su comision: el pregonero ínterin pregona, ni tampoco el que está llamado por Juez mayor que el que le emplazó, pues debe comparecer ante el superior. Todos los demas deben comparecer por sí ó por medio de Procurador, aunque gocen de privilegio; mas en es-

(*a*) Ley fin. del cit. tit. 11. Explican la via de asentamiento Paz Pract. tom. 1 part. 2, y tom. 2 part. 1 cap. 3 y 4 y la Cur. Philip. §. 14 nn. 11 y 12.

te caso será únicamente á hacerle ver que no es Juez suyo, ni puede conocer de sus negocios (a), ó practicarán lo dicho en el núm. 107.

140 En causas civiles no debe ser emplazada la muger honrada que vive con honestidad, para ir ante el Juez personalmente sino por Procurador; pues si hay que tomarle alguna declaracion, debe el Juez ir á su casa, ó enviar Escribano que se la reciba; pero si en las criminales que le muevan (b). Y si el Juez quiso violentarla torpemente ó casar por fuerza con ella, ni debe emplazarla á ella ni á ninguno de su casa, ni aunque los emplace, estan obligados á ir, ni á enviar personeros, por lo que en este caso debe el demandante usar de su derecho ante otro Juez del pueblo, y no habiéndole, ante el mayor de aquel territorio (c).

141 Si alguno tiene accion contra bienes de difunto que dexó herederos conocidos por testamento ó abintestato, y estos no han admitido ni dimitido la herencia, debe pretender se notifique á todos que la admitan dentro de un breve término que se les prefina, y aceptándola, ha de pedir contra ellos. Lo mismo practicará, quando callan; pero en este caso, pasado el primer término, les ha de acusar dos rebeldías, y el Juez ha de haberlas por acusadas, prefiniéndoles en cada una otro competente segun la distancia, para que acepten ó repudien; y apercibiéndoles en el último que si dentro de él no lo cumplieren, deferirá á la pretension del actor, que será á tenerla por aceptada ó repudiada; bien que si acudieren, aunque sea en el último, pretendiendo les conceda el legal (d) para deliberar, se le debe conceder, y pasado sin haber dicho cosa alguna se estimará haberla aceptado, por lo que el actor seguirá con ellos la demanda ordinaria ó executiva que corresponda; y si uno solo la admite, se deberá entender con él.

142 Y si los herederos repudian la herencia, han de ser requeridos á instancia del actor los parientes inmedia-

(a) Ley 2 tit. 7 P. 3. (b) Ley 3 tit. y P. cit. (c) Ley 6 tit. 7 P. 3.
(d) Se habla de él en la I. P. cap. 3 y en esta lib. 1 cap. 11.

tos por su órden hasta el quarto grado contado por derecho civil; y no queriéndola estos ha de solicitar aquel ante todas cosas para evitar nulidad que el Juez nombre defensor á los bienes, con el qual se entiendan la demanda y diligencias sucesivas: que se inventarien y custodien para evitar su extravío, y en caso de haber algunos raices, que elija administrador lego, llano y seguro que cuide de ellos. Mas si por falta de parientes conocidos, para cuya averiguacion se deben fixar edictos llamándolos, segun lo previenen las leyes, ó por repudiar todos la herencia, recayere en el fisco, se ha de entender la demanda con el Fiscal Real.

143 Del mismo modo se debe proceder, quando el marido, su heredero ú otro acreedor quiere demandar á la muger ó al suyo, pues deben pretender se le prefina término para que acepte ó repudie los gananciales, segun se observa (*a*).

144 Compitiendo accion contra cautivo se ha de nombrar defensor á sus bienes y substanciarse con él los autos (*b*); como tambien quando compete contra el ausente en paises ultramarinos ú otros remotos, si no tiene apoderado en el pueblo del juicio, ni se espera pronto su regreso, porque esperándose se ha de aguardar á que venga (*c*); mas no, quando dexó Procurador ó Apoderado, en cuyo caso se ha de entender con este y no nombrarse defensor, para lo qual el actor debe probar la ausencia dilatada y la ignorancia de estar próxima su venida (*d*).

145 Alegando el actor que el ausente se ha muerto, y pretendiendo su herencia como pariente suyo inmediato, ha de justificar por fama pública del pueblo su fallecimiento, ó á lo ménos que se ignora su paradero ha mas de diez años; y entónces se le entregarán sus bienes por inventario, para que los tenga como cu-

(*a*) De este punto trata Paz tom. 1 part. 1 temp. 2 n. 50 al fin y part. 3. (*b*) Leyes 4 tit. 29 P. 2 y 12 tit. 2 P. 3. (*c*) Greg. Lop. ley 12 cit. glos. 1. (*d*) Menoch. in leg. 1. ff. de Curator. bon. dand. núm. 17.

rador, dando fianzas seguras y saneadas de restituirlos con los frutos que produzcan, al ausente, ó al heredero que haya instituido, siempre que venga (a), como para otros casos lo previenen dos leyes recopiladas (b); y no pudiendo probar ni uno ni otro, ni sabiéndose de su vida ó muerte, se deben entregar sus bienes baxo de fianzas á sus parientes mas cercanos, para que los tengan en la propia forma (c).

146 Si el ausente tiene acreedores, y estos piden que se nombre defensor ó curador á sus bienes, basta que conste estarlo en partes remotas y que no se espera pronto su venida, para que se nombre, y con él se han de substanciar los autos, y valdrá lo que haga sin dolo, del mismo modo que si el ausente lo hiciera por sí (d). Pero esperándole en breve se han de aguardar los acreedores, y no ha de nombrarse defensor (e).

§. IV.

De las clases de excepciones que el reo puede oponer en juicio, y del término que se le concede para ello.

147 Notificada la demanda al reo y tomados por él los autos en uso del traslado conferido, debe mirar, si tiene alguno de los defectos explicados difusamente en el §. 2, ó le compete contra el demandante alguna excepcion para oponerla en el tiempo y forma que el derecho dispone (f). Llámase excepcion *todo quanto el reo oponga contra lo que se exîge de él* (1). Las excepcio-

(a) Ley 14 tit. 14 P. 3. (b) Las 4 y 24 tit. 21 lib. 4 R. (c) Greg. Lop. dich. ley 14 glos. 2. (d) Ley 2 tit. 12 P. 3. (e) Leyes penúlt. ff. de Legation. y 4 Cod. de Restit. milit. (f) Prœm. del tit. 3 P. 3.

(1) Excepcion en rigor es la defensa que el reo opone á la accion que por derecho compete al actor, por manera que toda excepcion es defensa y no toda defensa es excepcion; pero nuestros AA. suelen llamar excepciones á todas las especies de defensas del reo, y nuestras leyes, como puede verse en las 8 y sigg. t. 3 P. 3, y 1 t. 5 lib. 5 R. usan indistintamente de las voces excepcion y defensa.

nes, por otro nombre artículos, se dividen en *mere dilatorias y temporales*, *en mere perentorias y perpetuas*, *en mixtas ó anómalas*, y en *perjudiciales*. Las mere dilatorias son las que difieren el ingreso ó el curso del juicio principal; pero no ponen fin á él, porque el reo no impugna directamente la accion del demandante, ni niega que tiene justicia en lo que pretende, sino que procura divertirle y entretenerle, para que tal vez cansado desista enteramente y se transija con él, ó por ganar tiempo para poderle pagar sin molestia, ó por otros fines (*a*).

148 De estas excepciones unas son relativas al Juez, otras al actor, y otras á la causa ó proceso. Las primeras son la declinatoria de fuero ó incompetencia de Juez por defecto de jurisdiccion, y la recusacion por sospechoso para inhibirle del conocimiento del negocio. La primera se ha de proponer ántes que todas las demas, pues de omitirla el reo se sujeta á él, le prorroga la jurisdiccion en los casos en que puede prorogarse, y le constituye competente para conocer de las otras y del negocio principal, lo qual no sucede con la recusacion, porque esta requiere muchas solemnidades, y á veces expresion y justificacion de las causas porque se hace (*b*), como se dirá despues: en cuya atencion la declinatoria debe determinarse primero que todo, aun quando exija mayor exámen é indagacion: requiere especial y expresa declaracion, la qual no es precisa en las otras excepciones (*c*); y de ella puede conocer el propio Juez (*d*), sin que por esto se deba decir que lo es en causa propia, pues solamente se llama así aquella de la qual se sigue algun daño ó provecho á alguno, y aquí ninguno se sigue al Juez en declarar que es suya la jurisdiccion, y solo se amplia la de su oficio (*e*); debiendo esto entenderse, ya sea requirente, ya sea requi-

(*a*) Carlev. de Judic. tit. 2 disput. 5 n. 1. (*b*) Carlev. n. 2. (*c*) Felin. in cap. 20 de sentent. et Re judicat. nn. 4 y 6. (*d*) Leyes 2 ff. Si quis in jus vocatus, y 5 ff. de Jud. (*e*) Ley 1 §. 11 ff. Quando appellandum sit.

rido, especialmente si se controvierte entre partes. Pero no podrá conocer en catorce casos que traen los AA. que cita Carleval (*a*).

149 La prerogacion de jurisdiccion se puede hacer de quatro maneras: la primera es de persona á persona, como quando el Juez la tiene limitada en un pueblo ó territorio, y algunos de otro se convienen en que su asunto se ventile ante él y le determine, pues puede hacerlo sin embargo de no ser súbditos suyos (*b*).

150 La segunda es de *cantidad á cantidad*, ó *de cosa á cosa*, como quando un Juez tiene jurisdiccion para entender solamente en negocios que no excedan de cantidad determinada, y no obstante, los interesados quieren que el suyo que es de otra mayor, se trate ante él, en cuyo caso por el consentimiento de aquellos se proroga su jurisdiccion de la cantidad menor á la mayor. Del mismo modo puede prorogarse de una cosa cierta á otra diversa, con tal que el Juez sepa la prorogacion (*c*).

151 La tercera *es de tiempo á tiempo*: v. gr. un Juez delegado tiene jurisdiccion para conocer de cierto negocio que debe determinar precisamente dentro de un año, y acabado este quieren las partes prorogarle la jurisdiccion que espiró, pues pueden hacerlo por el tiempo que les parezca hasta su decision (*d*).

152 La quarta *es de lugar á lugar*, como quando el Juez de su territorio conoce en otro de alguna causa con consentimiento de los litigantes, en cuyo caso vale la próroga de jurisdiccion, siempre que el Juez del lugar preste expresamente su permiso; si bien algunos AA. afirman ser bastante el tácito, que es que sabiéndolo no se lo prohiba. Lo mismo procede, quando acostumbra hacer audiencia en lugar determinado de su territorio, y las partes quieren que conozca de su negocio en otro de la misma jurisdiccion (*e*). La jurisdiccion del dele-

(*a*) Tit. 2 disp. 5 cit. n. 10. (*b*) Leyes 1 y 2 ff. de Judic. y 18 ff. de Jurisdiction. omn. judic. (*c*) Ley 74 §. 1 de Judic. (*d*) Ley 2 §. 2 ff. de Judic. (*e*) Marant. part. 4 tit. Judicium ordinar. & prorrogat distinction. 12 n. 3 vers. Exemplum de quarta prorrogatione, y n. 4.

gado se puede prorogar de los tres modos últimos, pero no de persona á persona (a).

153 Tambien puede hacerse expresa y tácitamente la próroga de jurisdiccion: expresamente es, quando las partes consienten llanamente en tratar su negocio ante Juez que no es suyo, y perseveran en su consentimiento (b); y tácitamente, quando el reo permite ser reconvenido ante Juez incompetente y no declina su fuero: acerca de lo qual dicen algunos que para que no pueda invalidarse esta prorogacion tácita, ni el reo arrepentirse, se requiere de su parte la contestacion del pleyto; y otros afirman ser suficiente que ántes de ella proponga alguna excepcion dilatoria, y que el Juez la determine (c), cuya opinion es la mas corriente. Pero esto se limita, quando al tiempo de proponer la excepcion protesta que no consiente en el Juez, y despues no hace ningun acto que induzca la próroga de su jurisdiccion (d).

154 Mas para evitar dudas y disputas, y que el Juez pase adelante, deben concurrir tres circunstancias. La primera es, que la protesta sea expresa y no tácita ó genérica, á cuyo fin en el primer pedimento que el reo presente, pondrá esta cláusula: „Sin que sea visto atribuir ni prorogar á V. mas jurisdiccion que la que por derecho le compete, ni sujetarme por este acto á fuero que no es mio, ni tampoco contestar demanda á que no debo responder, y baxo la protesta de contestarla en el término competente ante quien corresponda, siendo digna de contestacion, no en otra forma, y de usar de todas las acciones y recursos que me pertenecen, quando y dónde me convenga; V. en justicia se ha de servir inhibirse del conocimiento de este negocio, declarándose por no Juez de él, y mandando á dicho Fulano que use de su derecho donde, contra quien, y como lo

(a) Véase á Carlev. tit. 1 disp. 2 nn. 977, &c. y 1173. (b) De esto trata con mucha extension y claridad Carlev. lug. cit. nn. 1003, &c. y 1072. (c) Carlev. lug. cit. nn. 990, &c. y 993. (d) Felin. in cap. Inter monasterium, de Re judicat. n. 8.

tenga por conveniente; sobre lo qual formo artículo de prévio y especial pronunciamiento protestando la nulidad de quanto se haga pasando adelante: pues debe hacerse como lo pido, por lo que resulta de autos y aquí se expondrá.» La segunda circunstancia es, que no practique acto alguno que induzca la prorogacion, como quando la excepcion ó artículo fue de no contestar, se recibió sobre él el pleyto á prueba, y luego pide llanamente próroga del término: en cuyo caso se induce tácitamente por este acto la próroga de jurisdiccion. Y la tercera circunstancia es que declarado que sea el artículo, proponga precisamente la declinatoria dentro de los nueve dias de la ley, porque si la propone despues, como que ya espiró el término, perdió por su omision y descuido el derecho de usar de ella: lo qual he visto declarado en juicio. Con estas cautelas no se perjudica el reo, ni aunque el Juez se declare por competente, puede tener por contestada la demanda en el auto de declaracion, y ántes bien ha de concederle término para ello: ni se le debe reconocer por competente hasta que el auto se consienta ó executorie, porque tiene fuerza de difinitivo y es apelable; y como que la demanda no está contestada, ni empezó el término de contestarla, puede oponer luego á un tiempo ó separadamente dentro del de la ley las demas excepciones dilatorias que tenga; y así se practica.

155 Hay otros actos judiciales, por los quales no se proroga tácitamente la jurisdiccion del Juez, sin que haya contestacion del pleyto, y son: el primero, por pedir el reo traslado de la demanda ó término para el despacho de los autos, y responder lo que convenga á su derecho y defensa, pues esto es para deliberar lo que debe practicar (*a*): el segundo, por dar las fianzas de asistir á juicio y de pagar lo juzgado, porque en estas se entiende puesta la condicion, *de que no tenga causa para declinar ó recusar al Juez*, y si la tuviere, ha de poder ha-

(*a*) Leyes 33 ff. de Re judicat. y 1 ff. de Edendo.

cerlo (a) (1): el tercero, por hacer su confesion ante Juez incompetente, pues no es de creer que la hace espontáneamente ni por sujetarse á él sino solo por redimir la vexacion del apremio (b); mas para evitar toda duda conviene que lo exponga así en la propia confesion, y el Juez y Escribano deben admitírselo, como se practica en esta corte: el quarto, por la contumacia, excepto que el Juez incompetente se declare en vista de ella por competente; pues entónces, aunque el reo no sea súbdito suyo, como por su rebeldía se inhabilita de poder apelar y pierde el derecho de la declinatoria, carece despues de la facultad de oponerla (c): el quinto, en la que se hace de lugar á lugar, pues debe ser expresa (d): el sexto, en caso de una absoluta incompetencia, que es quando el que se intitula Juez, no tiene ninguna jurisdiccion, y entónces puede el reo oponer la declinatoria en qualquiera parte del juicio, porque en nadie reside facultad para hacerse Juez por solo el tácito ó expreso consentimiento de las partes, y quien ningun principio tiene de jurisdiccion, no puede tener prorogacion de ella (e): lo qual procede tambien, quando la jurisdiccion es limitada á cierta especie de personas ó causas, pues no puede prorogarse á otras de diversa clase (f): el séptimo, si hay error ó ignorancia continuada de hecho ó de derecho de parte del reo, porque como el error quita el consentimiento, impide que se haga y entienda hecha la prorogacion (g) (2); y el octavo, en la causa de apela-

(a) Carlev. tit. 1 disp. 1 n. 997.

(1) Y ¿por qué en dichas fianzas se entiende puesta la expresada condicion? La razon de Carleval solo consiste en la autoridad de Bartulo y de otros AA. á quienes cita. Sin embargo, á mí me parece que en nada ménos que en las fianzas *de asistir á juicio y de pagar lo juzgado*, como manifiestan sus mismas palabras, debe entenderse la condicion, *de que no haya causa para declinar ó recusar al Juez.*

(b) Avendañ. respons. 40 n. 6 vers. Secus vero. Farinac. in Prax. q. 7 n. 4 vers. Sublimitando. (c) Carl. disp. cit. nn. 1000, 1001 y 1002. (d) Marant. part. 4 distinc. 12 n. 15. (e) Paz tom. 1 Prax. part. 1 tem. 5 n. 22. (f) Leyes 2 al princ. y 61 §. 1 ff. de Jud. (g) Ley 15 tit. 22 P. 3. Greg. Lop. en ella glos. 2.

(2) En vista de esto y de lo demas contenido en este núm. podrá decirse que son tantos los actos judiciales y motivos porque no se pro-

cion, pues esta debe hacerse gradualmente al Juéz competente, y no ha lugar la prorogacion del incompetente por el consentimiento de las partes (a).

156 Aunque el Juéz prorogado puede conocer y sentenciar, no poner en execucion la sentencia que profiera, porque esto toca al ordinario como competente (b).

157 Propuesta la declinatoria en los términos expresados se impide el ingreso y curso del juicio, de tal suerte que el Juéz no puede pasar adelante, interin no se declare expresamente por competente, y se consienta ó executorie el auto, y si procede sin esta declaracion expresa, (pues no basta la tácita) es nulo el proceso. Si se pone la excepcion de litispendencia, de legitimacion de persona, ú otra que impide el curso del juicio, de modo que recayendo declaracion sobre ella no puede expedirse el negocio principal, debe el Juez hacerla expresa ó tácitamente. Quando se opone alguna otra dilatoria que admitida anula todo lo actuado hasta allí, debe definirse tambien incontinente y no reservarse para el fin de la causa, á efecto de que esta no quede illusoria, ni el reo sea vexado con expensas inútiles. Lo mismo se debe practicar, quando propone alguna perjudicial que de dexarse para infinitiva se sigue gravámen irreparable por esta, y de lo contrario es nula la sentencia, como advierte Salgado (c). Pero sobre las demas excepciones no es necesaria declaracion expresa, excepto que el reo la pida, y lo que se practica es recibir el pleyto á prueba sobre lo principal sin mencionar la excepcion, con lo que se desprecia tácitamente.

158 Si el reo forma artículo de no contestar, y no pide que así se declare ante todas cosas, ni hace la protesta „de contestar la demanda á su tiempo en el competente, siendo digna de contestacion y no de otra suerte;„ y el Juez desprecia el artículo expresa ó tácitamente, ya no puede pretender término para contestar-

roga tácitamente la jurisdiccion del Juez, que casi sería mejor decir que no puede haber prorogacion tácita de jurisdiccion.

(a) Marant. part. 4 distinc. 12 n. 22. (b) Ley 8 Cod. de Episcop. audient. (c) De reg. protec. part. 2 cap. 18 n. 68 al fin.

la, por haberse pasado; en cuya atencion puede el Juez recibir el pleito á prueba sobre lo principal, porque se ha por contestada y por concluso para prueba; bien que no por esto se halla privado de articular y probar todas las excepciones perentorias que se dirijan á enervar y extinguir la accion del demandante, aunque no las haya expresado en la demanda. Pero si hace la protesta y pide declaracion expresa, no debe el Juez recibir el pleyto á prueba despreciando el artículo, sino ántes bien mandarle que conteste dentro del término de la ley y de lo contrario puede apelarse, como lo he visto observar.

159 Las excepciones concernientes á la persona del actor son las *de legitimacion* no solo para pedir sino tambien para presentarse en juicio, como si el menor comparece sin su curador, el tutor en nombre del pupilo sin acreditar su encargo, el Procurador sin poder ó con él, pero diminuto, obscuro y sin facultad especifica, quando el negocio la exige: el sustituto suyo careciendo de facultad para nombrarle, el excomulgado vitando, el hijo de familia, y todos los que no manifiestan la que les asiste, ó carecen de ella, ó tienen prohibicion legal de comparecer en juicio; pues sea en el civil ó criminal ordinario ó executivo, extraordinario é impropio, plenario ó sumario, y la causa tal que se trate de plano sin estrépito ni figura de juicio, debe legitimar el actor su persona (*a*).

160 Pero se duda, si debe legitimar al principio del pleyto ántes que el reo conteste, ó basta hacerlo en el término de prueba ó ántes de la sentencia; y Carleval (*b*) conciliando los muchos AA. que cita, distingue dos casos. El primero es, quando el actor comparece por sí mismo en su propio nombre, como por exemplo el heredero y donatario, los quales no necesitan acreditar que lo son ántes de la contestacion, sino producir los documentos de tales ántes de la sentencia: porque estos

(*a*) Leyes 9 y 24 Cod. de Procurator. y 9, 20 y 21 Cod. de Iis qui accusare non poss. y cap. 1 de Accusation. (*b*) De judic. tit. 2 disp. 4.

mas sirven para justificar lo que piden que para legitimar sus personas, pues miran á los méritos del proceso para obtener en juicio: lo qual se extiende al cesionario, quando litiga como tal en su propio nombre y como mandatario de este valiéndose de las que como á dueño le competen. Mas esto se limita en primer lugar, quando el actor hace mencion en la demanda, como debe hacerla, de la cesion, donacion, testamento, &c. pues entónces ha de manifestarlo ántes de la contestacion del pleyto, pidiéndolo el reo, para que este delibere en su vista, si ha de litigar ó no; sino es que jure que no puede exhibirlo, por no tenerlo en su poder: en segundo lugar, en las causas executivas, en las quales debe producir ante todas cosas el instrumento que trae aparejada la execucion; y en tercer lugar, si por la ley se requiere alguna qualidad para que sea admitido al juicio, porque en este caso debe acreditar que concurre en él, y que es la misma que la ley exige; bien que si el reo no la excepciona, se puede proseguir el juicio sin este requisito.

161 El segundo caso es, quando el actor demanda en nombre ó como Procurador de otro, y entónces aunque sea cesionario, debe manifestar sus facultades en la causa ántes de la contestacion, pues de no hacerlo le obstará la excepcion, *á tí no te importa, ó de no importarle*, y podrá el Juez repelerle de oficio, porque es injusto permitir que uno sea molestado en juicio por quien no tiene interés, con solo el aparente prerexto de que lo hace por otro, á mas de que esto seria burlarse del Juez. Por tanto, nuestro derecho Real (*a*) manda que no se difiera á la pretension del actor que comparece en juicio como personero de otro, miéntras no acredite con el poder tener facultades para ello; é impone pena á los Escribanos y Relatores del Consejo y Audiencias: á los primeros, si pasan á estos los autos ántes que los poderes esten firmados por bastantes de los Abogados de las partes; y á los segundos, si hacen relacion del pleyto, sin que preceda esta circunstancia; en cuya observancia los Jueces

(*a*) Leyes 5 tit. 17 lib. 2, y 2 y 3 tit. 2 lib. 4 R.

instruidos proveen este auto: „Esta parte legitime ante todas cosas su persona, y hecho traígase.„ Y si se opone en nombre del reo sin su poder, dicen: „Presentando esta parte poder competente entreguénsele por el término ordinario los autos que pide.„

162 Se estiman y admiten tambien por excepciones dilatorias concernientes á la persona, y se han de decidir incontinente las fianzas ó seguridades que se piden, y deben dar en la causa, como son las de asistir á juicio y de pagar lo juzgado explicadas en la Prim. Part. (*a*) la de no ofender, que es quando alguno se queja de que otro le conminó, pues justificando no solo la amenaza sino tambien que quien le amenazó, suele poner en execucion las que hace, debe el Juez compeler á este á que afiance y asegure que no hará daño al querelloso, ni á su familia, ni en sus bienes por sí ni por medio de otro: la de aprobacion (*de rato*) que debe dar el que comparece á nombre de otro sin su poder ó sin el bastante, ó como conjunto en los casos que prescribe el derecho, de que su parte tendrá por firme y no reclamará lo que se practique en el pleyto; de la qual se habló tambien en la Prim. Part. (*b*) la que el actor debe dar al principio del juicio, de pagar al reo las costas y daños que con motivo del pleyto se le originen en caso de que por no probar su intencion sea condenado y el reo absuelto: la de *indemnidad*, de que se trata asimismo en dicho cap. 19 y nn. cit. la fianza ó caucion que da el reo preso en cárcel estrecha, quando consigue, se le alivie y remueva á otra suave, ó que se le den villa y arrabales por cárcel, de subsistir en ella y no quebrantarla hasta que el Juez se lo permita: la convencional en los contratos que igualmente puede darse fuera de juicio, si lo pactan los contrayentes: la de *mudanza de condicion*, como quando el deudor que está obligado á pagar cierta cantidad á plazo terminado, va empobreciendo; pues para evitar que se le moleste, da fianza de que al tiempo estipulado la satisfará: la que el Soberano ó su Consejo manda dar

(*a*) Cap. 19 nn. 20, 21 y 22. (*b*) Cap. 23.

al deudor que pretende espera ó moratoria, para que durante esta no le persigan sus acreedores, sin la qual no vale, ni le aprovecha; y segun el auto 79 tit. 4 lib. 2 R. no debe concederla el Consejo sin dar traslado á aquellos y ver su respuesta, y sin que luego dé á su satisfaccion fianza de pagar en el tiempo de la concesion: la que los Jurisconsultos llaman *Muciana*, y se explica en la Prim. Part. (*a*) la que quando el testador legó cierta cosa ó cantidad á dia fixo ó con condicion, da su heredero de que verificada esta, ó cumplido aquel entregará al legatario su legado: la de *daño no hecho*; esto es, la que se da para asegurar y resarcir el daño que no ha habido, pero que puede haber: la de *usufructo* explicada en esta Seg. Part. (*b*): la que se da en las denuncias de obra nueva, de que asimismo se trata en la Prim. Parte (*c*): las de las leyes de Toledo, Madrid y demas que se hallan tratadas en el cit. cap. 19, y otras de que hacen mencion varias leyes del derecho civil y Real: todas las quales son respectivas al litigante, y en ellas se ha de obligar primero el principal, y en su defecto el fiador, porque como obligaciones accesorias y subsidiarias no pueden subsistir sin las principales, ni surtir su efecto sino á falta de estas, por ser fianzas puras y simples.

163 Las excepciones relativas á la causa ó proceso son la *litispendencia* sobre una misma cosa ante diversos Jueces, ó ante uno y distintos Escribanos, la *subrepcion* del rescripto, esto es, el haberse obtenido con siniestra relacion, *la de estar la demanda inepta ú obscura, la del pacto de no pedir en cierto tiempo, la de carecer el actor de accion para litigar, la de pedir ántes que espire el plazo ó se cumpla la condicion*, y otras semejantes (*d*), las quales debe oponer el reo ántes de la contestacion, á no ser que hayan sobrevenido despues por algun acto del demandante en que el reo no

(*a*) Cap. 1 n. 175. (*b*) Lib. 1 cap. 7. (*c*) Cap. 27. (*d*) Ley 9 tit. 3. P. 3. Cevall. de Cognition. per viam violent part. 2 q. 111. Valenz. cons. 133 y 173.

haya intervenido, ó que la misma excepcion anule el proceso, en cuyos dos casos en qualquiera parte del juicio que las advierta, puede oponerlas, y de no hacerlo es visto que las renuncia.

164 De estas excepciones se exceptúa la acumulacion que motiva la litispendencia, pues no solo se puede pretender en qualquiera parte de la causa aun fuera de los dos casos expresados, sino que pasado el término de oponerla se concede la restitucion por entero, para que la persona privilegiada no sea vexada en diversos tribunales sobre una misma cosa (*a*).

165 En la acumulacion de autos y procesos por causa de la litispendencia se interesan principalmente los litigantes, para que no se divida la continencia de la causa, ni se les origine detrimento, ni haya sobre un mismo asunto dos sentencias tal vez contrarias, de suerte que la dada en un juicio pueda servir de excepcion en el otro; y accesoriamente los Jueces y Escribanos por su utilidad pecuniaria y regalía de jurisdiccion.

166 Para que haya litispendencia, es menester que el Juez que principió á conocer del negocio sea competente, y que el reo haya sido citado é instruido plenamente de la demanda en tiempo y forma; ó que si no lo está, sea por no dexarse citar, ó usar de medios que impidan llegue á su noticia, pues no le deben sufragar su dolo y malicia, ni por su contumacia ha de constituirse de mejor condicion que el obediente (*b*). Y es de advertir que pendiente el pleyto no se puede enagenar la cosa litigiosa, y si se enagena, es nula su enagenacion, excepto que sea por razon de dote, ó arras, ó de transaccion, ó de division de las cosas hereditarias, ó por legado, ó fideicomiso, ó en los juicios universales en que el Juez permite, porque así lo exige la necesidad, enagenar alguna para el funeral del deudor, paga de ciertos débitos suyos y alimentos de su fami-

(*a*) Carlev. tit. 2 disp. 2 nn. 5, &c. y 12 Molin. de Primog. lib. 3 cap. 13 n. 61. Gutierr. lib. 1. Pract. q. 52 n. 4. (*b*) Clementin. 2 Ut lite pendente. Reinffestuel lib. 2 tit. 16 §. 1 nn. 5, &c. y 9.

lia (*a*): de suerte que fuera de estos casos se ha de revocar y volver la cosa enagenada á su antiguo estado, ó no pudiendo ser, subrogar otra en su lugar; y así el rescripto ó privilegio que pendiente el pleyto se obtiene sin mencionarle, no perjudica á la parte contraria, por ser subrepticio; bien que por la litispendencia léjos de privarse al reo de la posesion de la cosa, percepcion de sus frutos y uso de su comodidad subsiste todo del mismo modo sin innovacion, porque de privarle se le causaba injustamente un grave daño despojándole sin ser vencido, y estando por él la presuncion de ser verdadero dueño y poseedor (*b*).

167 En esta suposicion debo sentar como incontrovertible que la acumulacion de autos y procesos se ha de hacer por qualquiera de las tres causas siguientes: La primera es, porque la cosa juzgada produzca excepcion de tal sobre lo que se litiga; pues de ventilarse ante dos Jueces y en diferentes procesos se determinaria en distintos tiempos, y la sentencia dada por uno obstaria y podria oponerse como excepcion ante el otro (*c*).

168 La segunda es por litispendencia, ó por razon de pleyto pendiente sobre el dominio ó quasi dominio de la cosa litigiosa, (pues no basta que sea sobre gravámen que tenga, ó posesion de ella) y así no debe continuarle un Juez habiéndole otro prevenido en su conocimiento (*d*). Lo mismo procede, quando el deudor forma concurso voluntario ante qualquier Juez suyo, pues puede pedir y hacer que se acumulen todas las causas que penden contra él ante otros, háyanse movido ántes ó despues de formado, y formalizar esta pretension ante el del concurso en qualquier estado del pleyto. Tambien lo pueden pretender los acreedores que han ocurrido á él, ó el defensor nombrado, aunque haya

(*a*) Ley 13 tit. 7 P. 3 Reiffestuel lug. cit. n. 19. (*b*) Vease á Carleval de Judic. t. 1 disp. 2 sect. 3 q. 7. (*c*) Leyes 3 t. 7 §. 4 y 14 ff. de Exception. rei judicat. y 16 y 18 ff. de Exception. cap. 1 de Litis contestation y cap. 2 de Exception. in 6. (*d*) Parlad. lib 2 Rer. quot. cap. 9 n. 8. Carlev. tit. 2 disp. 1 n. 2.

pasado el término prescripto para oponer las excepciones dilatorias (*a*), porque como juicio universal avoca á sí todos los particulares, segun se dirá despues.

169 La tercera es, porque no se divida la continencia de la causa (*b*), lo qual puede suceder en seis casos: el primero, quando concurren las tres identidades de *persona*, (aunque sea por representacion) *juicio y cosa*; quiero decir, quando es una la accion, son unos los litigantes, y una misma la cosa que pretenden: el segundo, quando la accion es diversa, mas la cosa y litigantes son los propios: el tercero, quando la cosa es distinta, mas la accion y litigantes son los mismos: el quarto, quando la identidad de la accion proviene de una causa contra muchos, aunque la persona y cosa sean diferentes, como la accion de tutela, por la qual se procede contra muchos tutores; ó quando los acreedores litigan contra su deudor, sea por una cantidad y obligacion á favor de todos, ó por la cosa en que son partícipes, ó cada uno por su crédito particular: el quinto, quando la accion y la cosa son unas mismas, pero las personas distintas, como sucede en los juicios que llaman *duplicados* ó *mixtos*, por ser actores y reos todos los litigantes; y son el de deslinde y amojonamiento de tierras y términos (*c*), aunque en ellas haya edificios ó árboles, el de division de herencia (*d*), el de particion de cosa perteneciente á muchos (*e*), el de tenuta y otros semejantes que no pueden dividirse cómodamente sin dispendio ni vexacion de las partes, y así se han de tratar ante un Juez, para que viendo á un propio tiempo el derecho de todos pueda dar á cada uno el que le toca; y el sexto, quando los juicios son y se reputan como un género y especie (*f*).

170 Pero se exceptúan siete casos, en los quales no se deberá hacer la acumulacion de autos ó procesos, aun-

(*a*) Salg. Labyr. part. 1 cap. 4 §. 3. (*b*) Leyes 10. Cod. de Judic. y 8 §. 1 ff. de Liberali caus. cap. 1 de Caus. possession. & propriet. y cap. 5 de Litis contest. in 6. (*c*) Finium regundorum. (*d*) Familiæ erciscundæ. (*e*) Communi dividundo. (*f*) Carlev. lug. cit. nn. 3, 4 y 11. Salg. Labyr. part. 1 cap. 4 §§. 1, 2 y 3. Parlad. lug. cit. nn. 1, 2 y 3.

que la continencia de la causa se divida. El primero es, quando la parte no lo pide, ni opone esta excepcion; pues el Juez, como que no es interesado en ello, no debe hacerla de oficio; el segundo, quando actor y reo son absolutamente de diverso fuero, v. gr. uno del eclesiástico y otro del secular: el tercero, quando el reo demandado ante el primer Juez es contumaz, pues por su contumacia pierde la excepcion y beneficio que le competia, excepto que satisfaga las costas y siga luego ante él su justicia, que entónces le recuperará con este acto: el quarto, quando el Juez no tiene jurisdiccion plena para conocer de todo el pleyto, ó hay otras causas justas para la division de su conocimiento, como si dos reos, uno clérigo y otro lego, son cómplices en un delito, ó el negocio toca á entrambos: pues debe tratarse ante el Juez de cada uno, por carecer de jurisdiccion sobre los dos, lo qual he visto resuelto en el Consejo en pleyto que he seguido: el quinto, en las executiones, pues el executante puede acudir ante distintos Jueces para la mas pronta exáccion de su débito, porque los remedios que se dirigen á un fin, son compatibles, y la eleccion de uno no quita ni excluye al otro (1): el sexto, quando los procesos estan en diversas instancias; v. gr. uno en primera y otro en se-

(1) Sin embargo de que por la opinion unánime de todos los intérpretes ha pasado á ser como un axioma el que la litispendencia no se admite en los juicios executivos, y que puede el executante recurrir á diversos Jueces para la mas pronta exáccion de su crédito; dudo mucho que en el dia sigan los Jueces sensatos esta doctrina que no se apoya en ninguna ley nuestra ni en ninguna razon sólida. Dícese que en los juicios executivos se procede sumariamente, y que por lo tanto en ellos no se causa instancia; pero, prescindiendo de que suelen alargarse mucho por ampliarse ó quebrantarse á cada paso los términos que juiciosamente prescriben las leyes, solo puede inferirse de aquella razon que hay mayor motivo para admitir la litispendencia en las causas civiles que en las executivas, no que en estas haya de permitirse á los acreedores vexar á sus deudores y molestar á los Jueces con muchos juicios. La razon general de que nuestras leyes desean y procuran disminuir y abreviar los pleytos, es mas poderosa que todo quanto á favor de su opinion puedan decir los comentadores. Así pues, yo desearia que se observase en las causas executivas lo que se dice en el núm. anterior acerca de la continencia de la causa.

gunda ó tercera; y el séptimo, por razon del contrato jurado, pues aunque entónces adquiere jurisdiccion el Juez Eclesiástico, no debe decirse que se añade fuero á fuero, sino que el actor tiene dos para reconvenir al reo, y que puede elegir el que quiera, como se ha sentado en el n. 29 (*a*).

171 Pidiéndose acumulacion de autos civiles ó criminales pendientes ante Escribanos de diverso fuero contra un reo por varios acreedores ó injuriados, ha de hacerse al del Juez que debe conocer de la causa, que es el primero que empezó, aunque no sea tan digno ó condecorado; y si los Escribanos son de un mismo fuero, al que principió á entender en ella, fuese á pedimento de parte ó de oficio. Lo propio se ha de observar en la execucion de cosa juzgada ó eviccion, quando ante el Escribano se trató el pleyto principal, y ámbos son de un propio fuero (*b*). Y con el auto en que se manda al Escribano que vaya á hacer relacion, y con el de señalamiento de dia para hacerla, se ha de citar á las partes, á quienes se ha de notificar el que se provea, declarando haber ó no lugar á la acumulacion para que les conste, y usen de derecho, debiendo extenderle el que llamó al otro, con quien se ha de concluir este artículo, como que por ante él y no por ante el requerido se principió.

172 Y si los autos penden ante dos Jueces, uno mas condecorado por su graduacion que el otro, v. gr. el uno togado y el otro no, ó si ambos lo son, es Conseiero el uno y el otro Alcalde ú Oidor de audiencia ó chancillería, ó el uno con el honor solo de la toga y el otro con destino en tribunal donde todos son togados, &c. se ha de pretender ante el mas condecorado que el Escribano del otro juzgado vaya á hacer relacion citadas las partes, y que los autos de este se acumulen á los del otro, ó por el contrario, segun de-

(*a*) Carlev. lug. cit. nn. 7, 13, &c. y 19. (*b*) Parlad. lib. 2 Rer. quot. cap. 9 nn. 6, 7 y 8. Salg. Labyr. part. 1 cap. 4 §. 1 n. 37. Carlev. lug. cit. nn. penúlt. y ult.

ba hacerse, porque lo mas digno atrae á sí lo ménos digno, y el Escribano del Juez mas condecorado sigue en esta parte su distincion, por lo que no debe sujetarse á ir ante el otro á dar cuenta de los suyos. Pero si el Juez de menor graduacion es comisionado del Rey ó tribunal superior para el conocimiento de ellos, debe ir ante él, si se lo manda, porque no procede como ordinario, sino representando al superior que le dió la comision, respecto de la qual es mas que el Juez particular mas condecorado: todo lo qual he visto practicar siempre en esta corte y es conforme á razon.

173 Declarándose haber lugar á la acumulacion debe el Escribano á quien se quitan los autos, entregarlos íntegros y originales al otro sin llevar mas derechos que los causados hasta el estado en que se hallan, inclusos los de hacer relacion; pero quando no ha lugar á ella, y se manda que las partes sigan su justicia en donde y como les convenga, no está obligado á su entrega ni union; aunque todos pasen ante él, pues entónces si para unos aprovecha á la parte algo de los otros, puede pedir de ellos los testimonios que necesite (*a*), y que á este efecto el Juez que conoce de la causa principal, libre los compulsorios necesarios citando con estos á la parte contraria, para que si quisiere, se halle presente á verlos corregir y concertar. Asimismo en el auto en que se declare haber ó no lugar á la acumulacion, se ha de expresar haber hecho relacion cada Escribano de los que pendian en su oficio, y si unos y otros penden ante uno solo, no es necesario compulsorio para sacar dichos testimonios, porque en virtud y á continuacion del auto en que se mandan dar, se pueden poner todo lo qual he visto practicar siempre sin disputa. Ademas, mientras está pendiente la acumulacion, y hasta que se consienta ó executorie, nada se debe hacer en el negocio principal, porque como artículo dilatorio le suspende hasta que se decida.

(*a*) Ley 1 tit. 27 lib. 4 R. vers. Item de qualquiera proceso que se remitiese. Cur. Philip. part. 1 §. 8 n. 11. Parlador. cap. 9 cit. an. 4 y 5.

174 Excepciones mere perentorias se llaman las que extinguen el derecho del actor, de suerte que siempre le obstan, como las de no haberse entregado el dinero, de *prescripcion*, *solucion*, *juramento de no pedir la deuda en juicio*, *pacto perpétuo de no pedir simulacion de contrato*, *dolo de que usó el actor para conseguir que el reo se obligáse*, *de miedo grave que le impelió á constituir la obligacion*, y otras semejantes, las quales deben oponerse despues de la contestacion (1), y de ningun modo se han de decidir hasta la sentencia difinitiva que recaiga sobre el negocio principal absolviendo ó condenando al reo segun los méritos del proceso (*a*).

175 Las excepciones *mixtas* ó *anómalas* son las que participan de la naturaleza de dilatorias y perentorias, como la de cosa juzgada, transaccion, pleyto acabado, paga, finiquito, prescripcion, y todas las que acreditan que el demandante procede sin accion por no haberla tenido ó no tenerla ya (*b*) (2). Pueden oponerse ántes ó despues de la contestacion, y á veces no solo ántes de esta como dilatorias, ó como más haya lugar, y puedan contribuir á la justificacion del artículo de no contestar que se forme, sino tambien despues en caso que aquel se desprecie y se mande contestar al reo, por requerir mayor conocimiento, como lo he visto practicar. Si se oponen ántes, sirven para impedir el ingreso y curso del juicio, de modo que en caso de estimarse justas se acaba; y si despues, para elidir y enervar la accion del

(1) Mejor seria decir que se oponen en la contestacion, ó que se contesta con ellas, pues alegar por exemplo el demandado que ha satisfecho la deuda ó que se obligó por haber usado el actor de dolo, no es otra cosa que contestar negativamente á la demanda.

(*a*) Carleval tit. 2 disp. 5 nn. 3 y 5. Paz tom. y part. 1 temp. 7 n. 1. (*b*) Cap. 1 de Litis contest. in 6. Carlev. nn. 4 y 27.

(2) Entre las excepciones mere perentorias pone Febrero las de prescripcion y de paga que pone asimismo despues entre las mixtas ó anómalas. Ademas dice que son de esta clase *todas las que acreditan que el demandante procede sin accion, por no haberla tenido ó no tenerla ya*, lo qual puede decirse con toda verdad de las que coloca en la clase de mere perentorias. Mejor fuera quitar de la division de las excepciones el miembro de mixtas ó anómalas que en mi concepto ménos que para dar claridad sirve para causar confusion.

demandante que es el primario y único fin á que se dirigen.

176 Si oponiéndose ántes ofrece el reo probarlas incontinente, que es en el término legal, y las prueba, deben decidirse, á ménos que requieran mas escrupuloso exámen é indagacion, por ser intrincadas en el hecho, (lo qual se dexa al arbitrio del Juez, por no haber ley sobre esto) y no poderse liquidar brevemente, pues entónces se ha de reservar su decision para difinitiva, segun ha de hacerse tambien, quando se oponen despues de la contestacion como perentorias (*a*). Pero si la duda y dificultad es de derecho, deben determinarse al punto: lo uno, porque acerca de la disputa de derecho no cabe, ni se requiere órden judicial, y siempre debe ser una la determinacion del Juez; y lo otro, porque para el pleyto que consiste en mero derecho, no conceden término las leyes, por no ser necesario hacer justificacion y estar resuelto en él lo que el Juez debe practicar. Lo mismo se ha de decir de las excepciones dilatorias concernientes á los méritos de la causa (*b*) (1).

177 Tambien se deben expedir ó definir ántes de pasar adelante las relativas al proceso que llaman *emergentes ó incidentes*, como si se han de conceder ó no mas término, si se han de recibir ó no los testigos ántes del probatorio y otras semejantes (*c*).

178 Aunque una ley de Partida (*d*) ordena que si el Juez conoce que el ánimo del reo se dirige á diferir el pleyto con las excepciones, como regularmente acontece, puede prefinirle término para que proponga juntas todas las que tenga, y no lo haciendo

(*a*) Marant. part. 6 tit. de Exception. nn. 14, 15 y 16. (*b*) Cap. 1 cit. de litis contest. Carlev. disp. 5 nn. 4, 12, &c. y 17, y 22, &c. y 26.

(1) Es excepcion dilatoria concerniente á los méritos de la causa segun Carleval (n. 14 cit.) la de pedir el actor ántes del plazo estipulado.

(*c*) Carlev. lug. cit. n. 18. (*d*) La 9 tit. 3 P. 3 verb. Otrosí decimos.

en él, pasar adelante; otra recopilada (a) prescribe el en que debe ponerlas, y segun ella residiendo el demandado dentro de la jurisdiccion ó territorio del Juez, de cuya órden se le emplazó, tiene 9 dias continuos y perentorios, contados segun la práctica inconcusa de los tribunales desde el dia de la citacion ó emplazamiento exclusive para oponer y justificar las excepciones dilatorias, pasados los quales no se deben admitir en calidad de tales, ni por via de restitucion del privilegiado á quien competa, excepto que de no admitirse se le siga un grave perjuicio, ó que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entónces con conocimiento de causa puede el Juez admitirlas (b). Pero si se halla fuera de la jurisdiccion, se cuentan los 9 dias desde el siguiente al del último y perentorio término que el Juez con consideracion á la distancia le asignó para comparecer (c).

179 Y para alegar y oponer las perentorias, de qualquier calidad que sean, le prefine la ley otros 20 dias, los quales empiezan desde que se concluyen los 9 referidos, en que ha de alegar y probar las dilatorias y contestar el pleyto; y despues de ellos no debe admitirlas el Juez, excepto que le parezca no oponerse de malicia, y que el reo lo jure así, como tambien que hasta entónces no llegáron á su noticia: en cuyo caso no probándolas en el término que el Juez le señale, ha de ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion sin esperar á la definitiva, y sobre esta condenacion no se le debe admitir recurso, ni hay remedio alguno (d).

180 En la instancia en que se opusieron alguna ó algunas excepciones dentro del término competente, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, para que el pleyto se reciba á prueba sobre ella, á no ser que quien la opone, pueda jus-

(a) La 1 tit. 5 lib. 4. (b) Gutierrez lib. 1 Pract. q. 52 n. 34, y q. 53 n. 1, Salgado Labyr. part. 3 cap. 4 n. 57. (c) Dicha ley 1 que dice: „Contados del fin del término de la carta de emplazamiento. (d) Ley 1 cit. Covar. Pract. cap. 26 n. 2. Parex. de Edit. tit. 4 Resol. unic. n. 49.

tificarla por escritura pública ó confesion de la parte contraria (*a*): ni tampoco articular en el interrogatorio sobre la que no se alegó ántes, porque de permitirse esto quedaria indefenso el colitigante, por no haber probado contra ella á causa de ignorarla; y así se practica.

181 Lo expuesto no tiene lugar en los que gozan del beneficio de la restitucion por entero, porque estos la tienen para poner y probar excepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder solo una vez, con tal que sea ántes de la conclusion para difinitiva; pues en otros términos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen á pagar la pena que el Juez les imponga en caso de no justificarlas (*b*). Y el Juez debe suplir de oficio la excepcion que remueve la accion ipso jure, aunque la parte no la oponga; y si consiste en hecho, es preciso oponerla, y si en derecho, basta relacionar el hecho de que dimana sin ser necesario expresarla (*c*).

§. V.

De la contestacion de la demanda y de sus efectos: cómo y dentro de qué término debe hacerse.

182 La contestacion en los juicios es la respuesta asertiva ó negativa que da el reo á la demanda del actor (*d*). Es el fundamento, basa y piedra angular del juicio, y tan substancial y precisa, aunque sea en causas sumarias, que las partes no pueden remitirla, y si se omite, es nulo el juicio (*e*). Puede hacerse expresa ó tácitamente: expresamente, quando el reo comparece en él por sí ó por su Procurador con poder bastante, y

(*a*) Ley 5 cerca del fin tit. 5 lib. 4 R. Vela diss. 41 n. 25. Salg. de Reg. prot. part. 2 cap. 18. (*b*) Leyes 5 y 6 tit. 5 lib. 4 R. Hermosill. en la 36 tit. 5 P. 5 glos. 22. (*c*) Parlad. lib. 2 Rer. quot. cap. 10 nn. 8, 9 y 10. Vela diss. 49 n. 104. (*d*) Leyes 1 tit. 10 P. 3 y 1 tit. 4 lib. 4 R. Carlev. tit. 2 disp. 4 nn. 3, 4 y 5. (*e*) Greg. Lop. ley fin. tit. 10 P. 3 glos. 4.

responde á la demanda confesándola ó negándola; y tácitamente, quando por su contumacia ó rebeldía se declara por contestada, conforme lo ordena la ley (*a*) (1).

183 Muchos efectos produce segun derecho la contestacion. El primero es, que una vez hecha no puede el demandante arrepentirse, dexar de proseguir la cau-

(*a*) La 1 citada.

(1) En este § en que es demasiado breve el autor, nada habla acerca de quando el reo contesta afirmativamente, sobre cuyo punto dice el Sr. Conde de la Cañada: "Quando la contestacion se hace llanamente y de buena fé confesando la obligacion en los términos que la propone el actor, impide el progreso del juicio y no dexa mas partes al Juez que las de condenarle incontinenti al pago ó restitucion de la cosa que se le pide concediéndole término competente: así lo dice la ley 7 tit. P. 3." Pone las palabras de esta ley y otras, y prosigue así. "Es de observar por el contexto de las enunciadas leyes que el deudor puede hacer la *confesencia* de su obligacion á favor del acreedor en dos tiempos y maneras: la primera, quando el acreedor la pidiere ante Juez competente como preliminar á su demanda, y ántes de formalizarla; y en este caso producirá un precepto ó mandamiento de pago, que sin ser sentencia verdaderamente difinitiva obra los mismos efectos, y la debe cumplir en el término que le señale el Juez sin dar lugar á pleyto ni demanda: la segunda, quando responde á las posiciones del actor despues de contestada la demanda ó en el mismo acto de la contestacion; y entónces procede el Juez á dar su sentencia difinitiva estando el pleyto concluso. -- La razon de esta diferencia en el modo de concebir su mandamiento el Juez, aunque no la haya en el efecto de su execucion, consiste en que sin demanda y contestacion no puede tener lugar la sentencia difinitiva, y se suple con el precepto de pagar que tiene en este caso la misma fuerza por efecto de la confesion que es la prueba mas constante y segura, como si se hiciese con buenos testigos ó por cartas verdaderas, y así produce execucion." Despues añade. "De la sentencia ó mandamiento que diere el Juez por efecto de la confesion que hiciere el deudor en los términos y con la diferencia indicada, no hay apelacion: Gregorio Lopez in leg. 7 tit. 3 Part. 3 glos. 1." Finalmente dice. "Pero si se motivase en la apelacion haber hecho con error su confesion y se ofreciese á probarlo, debe ser admitida; y se revocará la sentencia dada por consequencia de su confesion, si probare su error en el juicio de la apelacion: Gutierrez *de Juram. confirm. part.* 3 *cap* 8 *n.* 4 *et* 5: Gregorio Lopez *in leg.* 16 *tit.* 23 *Part.* 3 *glos. De la Sentencia*: Ceballos, *Com. cont. com. q.* 669. La razon es clara, porque nada hay mas contrario al consentimiento y voluntad que el error, y justificándose la sentencia dada por efecto de la confesion de la parte en el consentimiento que tenia, caducando este con la prueba del error, queda igualmente desnuda la sentencia de todo efecto, ó á lo menos debe revocarse." (*Inst. Pract. part.* 1 *cap.* 4 *num.* 14, 15, 16, 17 y 19.)

sa hasta la sentencia, ni mudar su accion contra la voluntad del demandado, ni al contrario éste contra la de aquel, porque ya hay juicio, está trabada la lite, y pasa á casi contrato que se celebra entre los litigantes (*a*), lo qual es permitido ántes de hacerla y se practica. El segundo es, cerrar la puerta é impedir que se opongan la declinatoria de fuero y demas excepciones dilatorias, quedando sujeto el reo al Juez y obligado al actor. El tercero es, interrumpir la prescripcion de la accion, aunque se haga ante Juez árbitro. El quarto, constituir en mora y de mala fé al reo en quanto á los frutos de la cosa litigiosa, por lo que si es vencido en la causa, debe restituir los devengados desde la contestacion. El quinto es, que siendo válida, se perpetúa la accion personal por 40 años. El sexto, que el Procurador que la hace, puede substituir despues el poder que se le confirió y con él y no con el dueño se deben entender todas las diligencias que ocurran en la causa, miéntras no le revoque el poder, hasta que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada y no mas, pues su execucion ha de ser con el dueño en persona. El séptimo, que despues de contestado el pleyto se puede proceder á la recepcion de testigos, que ántes no tiene lugar sino en los casos expresados en los nn. 101, 102 y 103, de que tratan las leyes 2, &c. y 8 tit. 16 P. 3. Y el octavo efecto es, que una vez contestado el pleyto, aunque fallezca uno de los litigantes, puede el Procurador que le contestó, continuarle hasta su decision, sin embargo de que sus herederos no le ratifiquen el poder ni le den otro, con tal que no elijan nuevo apoderado (*b*).

184 Debe contestar el reo la demanda ante el Juez

(*a*) Ley 3 §. 11 ff. de Peculio. Authent. Qui semel, Cod. Quomodo & quando judex. Cap. 3 de Dolo & contumacia. (*b*) Otros muchos efectos produce la contestacion que pueden verse en la ley 8 tit. 10 P. 3, y en Paz Prax. part. 1 temp. 6 nn. 9, &c. y 22, y en Carleval de Jud. tit. 2 disp. 1 nn. 11 y 12. Tambien pueden verse sobre revocacion de poder, &c. los nn. 17, 18 y 19 cap. 23 P. I.

y Escribano de la causa, si pueden hallarse, y si no, ante otro Escribano y testigos con palabras claras y terminantes dentro de los mismos 9 dias siguientes al de la citacion ó emplazamiento en que debe oponer las excepciones dilatorias, los quales corren de momento á momento, aunque sean feriados, por lo que en estos y aun de noche se puede hacer, esté presente ó ausente el actor; y no contestándola en ellos la ley la ha por contestada, y al reo por confeso en pena de su contumacia ó rebeldía (*a*) (1). Si el pleyto es sobre alcabalas, ha de hacer la contestacion dentro de 3 dias precisos, contados desde la intimacion de la demanda (*b*).

185 Aunque la malicia de los que procuran dilatar y vexar á sus contrarios, ha querido introducir que solo se cuente qualquiera término desde que toman los autos, y si se les notifica algun traslado, no los toman hasta el último dia en que debian evacuarle, de modo que hacen que los 3 dias que tienen regularmente para responder á él, sean 9 ó mas, causando notables daños á sus colitigantes; no se debe permitir tan injusto proceder, y así se ha de contar qualquiera término desde el dia de su notificacion exclusive, de suer-

(*a*) Leyes 1 y 2 tit. 4 lib. 4 R. Acev. en la 1 n. 39.

(1) "Esta confesion presunta ó legal hace veces de contestacion, y cierra la puerta á las excepciones dilatorias que podria poner el demandado si hubiera venido á producirlas dentro de los mismos nueve dias. -- Induce tambien esta presuncion un efecto de prueba de la demanda que permanece hasta tanto que el demandado pruebe concluyentemente su libertad y ninguna obligacion; pues como en esta parte procede por via de excepcion contra la confesion presunta que considera la ley haber hecho no compareciendo dentro de los nueve dias, hace en esta parte las veces de actor, y ha de probar lo que propone contra la intencion de aquel que la tiene ya fundada en la presuncion ó ficcion de la ley. -- Estos son los efectos á que deben restringirse la confesion presunta en rebeldía quedando libre al demandado todo el progreso de la causa para alegar y probar en ella no ser deudor de lo que se le demanda, y ser de consiguiente absuelto en la sentencia difinitiva." El Sr. Conde de la Cañada (lug. cit. nn. 22, 23 y 24) que funda esta doctrina en la citada ley 1 y principalmente en la 1 tit. 11 lib. 4 R.

(*b*) Ley 5 tit. 7 lib. 9 R.

te que si en el en que espira, toma el litigante los autos, y al siguiente quiere apremiarle el contrario á su devolucion, se le debe dar el apremio, y de ninguna manera ha de contribuir el Juez ni Escribano á que contra lo prevenido repetidamente por las leyes que desean y ordenan justamente la brevedad en los pleytos, se dilaten, y causen gastos y extorsiones á los que proceden de buena fe (*a*).

186 Para tener al reo por contumaz son precisas dos cosas segun la práctica inconcusa de los tribunales: una, que el actor le acuse la rebeldía, y otra que el Juez lo declare; por lo que si muere ántes de la contestacion, no pasa la pena de contumacia á sus herederos, y si despues, se debe hacer saber á estos el estado de los autos para que salgan á su defensa, elijan otro Procurador, si quisieren, y les perjudique la sentencia, pues de otro modo no les perjudicará; y por lo mismo aunque en derecho se le estima confeso, no le está prohibido oponer dentro de los 20 dias siguientes al de la contestacion las excepciones perentorias (*b*). Pero si no quiere contestar, porque el Procurador del actor no legitima su persona, no está obligado á ello, ni se le debe tener por confeso, ni el Juez ha de proceder á la determinacion una vez opuesto este defecto, porque en el juicio nulo no se puede considerar confesion (*c*).

(*a*) Salg. de Reg. part. 2 c. 8 n. 76. Parex. de Edit. tit. 6 resol. 7 n. 27. Velasass. 39 n. 13. (*b*) Paz in Prax. tom. 1 part. 1 temp. 6 nn. 29 y 46 al fin. (*c*) Gutierr. lib. 1 Pract. q. 49. Olea de Ces. jur. tit. 6 q. 9.

FIN DEL TOMO IV.

FEBRERO, REFORMADO

Y ANOTADO,

Ó LIBRERÍA DE ESCRIBANOS

QUE COMPUSO

DON JOSEPH FEBRERO

Escribano Real y del Colegio de la Corte,

Y HA REFORMADO EN SU LENGUAGE, ESTILO, METODO Y MUCHAS DE SUS DOCTRINAS, ILUSTRANDOLA Y ENRIQUECIENDOLA CON VARIAS NOTAS Y ADICIONES PARA QUE SE HAN TENIDO PRESENTES LAS REALES ORDENES MODERNAS,

EL LIC. D. JOSEPH MARCOS GUTIERREZ:

OBRA NO SOLO NECESARIA A LOS ESCRIBANOS SINO TAMBIEN UTILISIMA A TODOS LOS JUECES, ABOGADOS, PROCURADORES, AGENTES DE NEGOCIOS Y A TODA CLASE DE PERSONAS.

PARTE II.

De inventarios, tasaciones y particiones de bienes y de los juicios ordinario, executivo y de concurso de acreedores. A estos juicios ha añadido el Reformador una práctica criminal de España para complemento de la obra principal que no trata de materia tan necesaria é importante.

Bibl.ª San chez de Leija 6.º de Leyes 182

TOMO V.

TERCERA EDICION.

CON PRIVILEGIO.

MADRID

EN LA IMPRENTA DE REPULLÉS, AÑO DE 1806.

Esta obra se hallará en la librería de Castillo frente á San Felipe el Real.

Ca tenemos, que todos los de nuestro señorío deven saber estas nuestras leyes. (*Ley* 31 *tit.* 14 *P.* 5.)

I deve la ley ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, y que ninguno por ella resciba engaño. (*Ley* 1 *tit.* 1. *lib* 2 *de la Recop.*)

PARTE SEGUNDA.

LIBRO TERCERO.

De los juicios ordinario, executivo y de concurso de acreedores.

CAPITULO PRIMERO.

Del juicio civil ordinario en primera instancia basta la sentencia.

§ VI.

De la reconvencion y sus efectos: dentro de qué término y ante qué Jueces debe hacerse; y en quáles causas tiene ó no lugar.

187 Como muchas veces competen á los demandados, no solo excepciones para enervar y elidir las pretensiones de los demandantes, sino tambien acciones para reconvenirlos judicialmente, y por evitar gastos en nuevos pleytos, ó en acudir ante sus propios Jueces, si son de diverso fuero, quieren usar de ellas en el mismo juicio; convendrá tratar de la reconvencion, mayormente quando nuestros AA. han hablado muy poco de ella.

188 La reconvencion *es una nueva demanda que el reo pone al actor despues de contestada la que este le puso* (a). Puede hacerla el que tiene facultad para comparecer en juicio no habiendo expresa prohibicion; pero no se permite al actor que demande segunda vez, ó reconvenga en la misma causa al reo que le reconvino, lo qual es reconvencion de reconvencion, por

(a) Curia Philip. part. 1. §. 15. n. 9.

que seria proceder en infinito; (a) ni al reo excomulgado que reconvenga al actor, porque aunque puede comparecer en juicio para excepcionar y defenderse, no para intentar accion, lo qual se hace en la reconvencion (b).

189 Tampoco se permite al reo que convenga al actor por lo que le debe, quando le demanda en nombre de otro, v. g. si el tutor le pide lo que está debiendo á su pupilo, el Clerigo como administrador de su Iglesia, &c. pues estos no son entónces verdaderos demandantes, sino los sugetos á quienes representan y cuyas veces hacen (c).

190. Se diferencia la reconvencion de la compensacion: lo primero, en que el que opone esta, confiesa el débito, no el que hace aquella, y asi conviene mas al deudor que no está bien cerciorado de la legitimidad de su crédito, usar de la reconvencion que de la compensacion: lo segundo, en que quien compensa, no puede exceder de lo que se le pide, y para lo demas á que es acreedor, debe usar de la reconvencion (d); lo tercero, en que si el que intenta compensar es vencido, puede usar luego de la reconvencion, mas no, siéndolo en esta; y lo quarto, en que aunque en la primera instancia se omita la compensacion, puede oponerse en la segunda, lo qual no sucede con la reconvencion, porque en la causa de apelacion no ha lugar á la próroga de jurisdiccion (e), como se expondrá despues.

191 La reconvencion causa quatro efectos: el primero, hacer que el proceso sobre la causa principal se siga juntamente con ella, y que ambas sin embargo de ser diversas, se determinen á un propio tiempo y en una sentencia, bien que por su órden, aunque la reconvencion sea de mas entidad: el segundo,

(a) Cap. 2 de Rescript. in 6. Reiffestuel lib. 2. Decret. tit. 4. §. 1 n. 19 Cur. Philip. lug. cit. (b) Cap. 5 y 12 de Excep. Reiffestuel lug. cit. n. 18. (c) Cap. 1 y 2 de Mutuis petition. (d) Bersan. de Compensat. cap. 1 q. 13. n. 17. (e) Carlev. de Judic. tit. 1 disp. 2 quæst. 8 sect. 4. n. 1176.

dar y prorogar por derecho la jurisdiccion del Juez que conoce del negocio principal (*a*) aun quando no haya consentimiento de los litigantes: el tercero, que no esté obligado el reo á responder á la demanda, si el actor no quiere contestar á su reconvencion, pues entrámbas se han de tratar á un tiempo, y la condicion de los dos debe ser igual (*b*); y el quarto efecto es adequarse ámbas causas de tal suerte que el modo de proceder que se observa en la una, se debe observar en la otra (*c*).

192 Esta prorogacion de jurisdiccion se puede verificar así de parte del demandante como del demandado: del demandante, quando pide al demandado ante Juez que no es suyo, y este léjos de usar de la declinatoria reconviene al demandante ante él, pues por el mismo hecho consiente y le proroga la jurisdiccion: de parte del demandado, quando el demandante le demanda ante su propio Juez, y el demandado le reconviene ante el mismo, pues debe responder á la reconvencion.

193 Se ven juntos á veces en los juicios los dos primeros efectos de la reconvencion, y á veces solo el segundo: juntos, quando la demanda y reconvencion caminan á igual paso, se siguen á un propio tiempo, y determinan en una sentencia por el órden expresado; y el segundo, quando la causa principal requiere brevedad, por ser sumaria, y la reconvencion prolixo exámen por ser plenaria, y no estar liquida ni poderse liquidar, ni probar con prontitud; pues en este caso el Juez que conoce de la primera, proseguirá conociendo de la segunda, por manera que debe proferir sobre cada una su sentencia en su tiempo, y no aguardar á que se liquide y pruebe la reconvencion para decidir sobre la demanda, porque en esto haria agravio al actor.

(*a*) Leyes 32 tit. 2 verb. La trecena es: 20 tit. 4 y 4 tit. 10 P. 3. Carlev. tit. 2. disp. 7 nn. 3 y 4. (*b*) Cap. 1 y 2 de Mutuis petition. y cap. ultim. § fin de Juram. calumn. (*c*) Reiff. lib. 2 tit. 4 § 3 n. fin.

194 No puede el actor dexar de responder ante el Juez de la demanda á la reconvencion del reo en los casos en que esta es admisible, puesto que por derecho se le proroga la jurisdiccion pudiéndose prorogar, y no le protege el privilegio que tenga; por lo que si se excusa á ello, se le debe de negar la audiencia sobre su demanda como á contumaz, del mismo modo que si el reo no quiere contestar á esta, se le tiene por confeso ipsojure: porque así como quiso obtener justicia ante el Juez que eligió contra el reo, así tambien se halla obligado á responder á la reconvencion de este ante el propio Juez, por ser justo que ya que le escogió para que determinase á su favor, sufra que determine contra él (*a*). (1)

195 En las causas civiles tiene esto lugar en tanto

(*a*) Leyes 20 al fin tit 4 y 4. tit. 10 P. 3. Carlev. de Judic. tit. 2 disp. 7 n. 3.

(1) Si el reo solo puede ser demandado ante un Juez, tiene poca fuerza la razon fundada en la aprobacion del Juez para que el actor sea obligado á responder á la reconvencion, pues no ha de abandonar su justicia ó sus derechos, si tiene precision de litigar; y si se puede demandar al reo ante varios Jueces, tampoco tiene mayor fuerza dicha razon, porque el actor ha de elegir forzosamente uno de aquellos. El Señor Conde de la Cañada tiene la expresada razon por *la causa remota ó secundaria del privilegio concedido á la reconvencion*, y por la próxima y principal el beneficio público que se sigue de minorar y abreviar los pleytos por medio de la reconvencion. Al mismo tiempo dice que esto se ha introducido tambien en beneficio del actor para que no se le moleste ni distraiga con la nueva demanda del reo ante otro Juez, aunque fuese el de su propio fuero, obligándole á que por atender á la defensa de esta causa abandone la suya: por manera que aunque el reo puede esperar á que se determine la primera demanda, y proponer despues la suya ante el Juez del fuero del actor, si quiere producirla estando aquella pendiente y en sus principios, ha de hacerlo precisamente en el tribunal del Juez que empezó á conocer de la primera demanda. Puede verse á dicho autor Inst. Pract. part. 1 cap. 6 nn. 5 y siguientes, con especialidad en los nn. 24, 26 y 28. = En el n. 27. dice: „Si el reo que fue primeramente demandado en su fuero, tuviese al Juez por sospechoso, se le auxilia por el medio de la recusacion, y el de que pida otro Juez libre de rezelos para los dos partes, el qual se le dará dentro de aquel propio fuero ante quien podrá introducir su demanda, y se unirá á ella la que ántes estaba propuesta por el actor con el fin indicado de que se proceda en las dos á un mismo tiempo, y se determinen con una sola sentencia á beneficio del público y de las partes; debiendo observar el reo el término

grado, que aunque el actor que demandó al lego ante su Juez, sea Clérigo de órden sacro, y el reo le oponga la reconvencion por via de excepcion y defensa, ó por via de accion, debe responder á ella ante el mismo Juez segun la ley 57 tit. 6 P. 1. "Mas si el Clérigo demandáre alguna cosa al lego temporal, tal demanda como esta debe ser fecha ante el juzgador seglar. E si ante quel pleyto se acabase, el lego á quien demanda, quisiere facer otra demanda al Clerigo su demandador, allí debe responder por aquel mismo juicio, é non se puede excusar por la franqueza que han los Clérigos por razon de la Iglesia." Esta disposicion se funda en que el reo usa de la reconvencion para su defensa, y para que la accion del actor no le perjudique en mas de lo justo (*a*). (1)

166 Pero se exceptúan tres casos en que no podrá el lego demandado reconvenir al Clérigo demandante

de veinte dias que se señalan en el citado *cap.* 2 § 1 *de la Novela* 96, para explicar las sospechas y los rezelos que tenga del Juez ántes de contestar la primera demanda, porque la contestacion induce aprobacion del mismo Juez, y no podria tenerle despues por sospechoso, á no ser por alguna causa superveniente que debe alegar, jurar y probar.,,

(*a*) Reiff. lib. 2 tit. 4 § 2 nn. 31 y 34.

(1) „De esta ultima parte.... (refiérese esto á lo que se ha dicho ántes del beneficio público que se sigue de disminuir los pleytos con admitir la reconvencion) puede nacer la ampliacion que se dió á las causas profanas de los Clérigos para ser reconvenidos en los Tribunales del Juez lego sin embargo de la exencion que gozan.... pues como la debiéron á la generosa mano de los Príncipes Seculares, de cuya opinion nádie podrá dudar con fundamento, segun se demostrará en lugar mas oportuno, no debe entenderse ni ampliarse en daño de la causa pública que estaba preservado por otras leyes particulares de los mismos Príncipes, como sucede en las reconvenciones y mútuas peticiones. = He observado tambien en los muchos autores que tratan difusamente de las reconvenciones, que no tocan el punto de si los actores legos que ponen sus demandas á los Clérigos en su fuero, podrán ser reconvenidos en el mismo sobre causas profanas; y sin duda procederá este silencio de no hallar motivo para dudar de que así sea, guardando entera uniformidad entre clérigos y legos; pues así como aquellos sin embargo de no poder renunciar la inmunidad de su fuero.... se sujetan al Real por efecto de la reconvencion, tambien los legos, aunque les está prohibido someterse en las causas profanas al fuero eclesiástico, ley 10 y 11 tit. 1 lib. 4 de la Recop., han de ceder al beneficio público en que se funda la reconvencion con todos sus efectos.„ Sr. Conde de la Cañada *cap.* 6 cit. nn. 29 y 30.

ante el Juez secular: el primero si la reconvencion es sobre cosa espiritual ó anèxa á ella, porque aunque la reconvencion quita el privilegio de la persona, no el de la causa de que el Juez no puede conocer por falta de jurisdiccion, aun quando las partes lo consientan (*a*): el segundo, quando es por delito que ha cometido contra el lego, aunque este le intente civilmente (*b*), pues milita la propia razon; y el tercero, quando el lego injurió ó hizo daño al Eclesiástico, ó le hurtó alguna cosa con ánimo de que este le demandase ante su propio Juez por la injuria ó delito, para poderle reconvenir ante el mismo, pues no debe sufragarle este fraude, y si en tal caso se permitiera la reconvencion, ó se ofenderian impunemente el Clérigo y el lego, ó estaria en el arbitrio del uno sujetar al otro á la jurisdiccion de Juez que no era suyo (*c*).

197 Aunque segun derecho canónico se puede proponer la reconvencion en qualquier estado de la causa para que surta el segundo efecto de la próroga de jurisdiccion, en cuyo caso no será reconvencion perfecta (*d*); por el nuestro debe hacerla el reo dentro de los mismos 20 dias en que ha de proponer las excepciones perentorias, y pasados no es admisible, ni por consiguiente surtirá efecto alguno (*e*). De una y de otras se debe conferir traslado al actor, quien para responder á las excepciones tiene seis dias (1), y para la reconvencion,

(*a*) Cap. 3. de Ordin. cognition y cap. 5 qui filii sint legitimi. Cancer. part. 2. Vare. c. 13 n. 58 y 59. (*b*) Cap. unic. de Cleric. conjugat. in 6. Cancer. n. 60 Reiff. lug. cit. n. 22. (*c*) Capp. 15 y 16 de rescript. Greg. Lop. ley 57 inserta glos 4. Reiff. lug. cit. nn. 35 y 36. (*d*) Cap. 3. vers. Reus quoque, de Rescript. lib. 6. Canonistæ in Clementin. Sæpe, del mismo tit. (*e*) Ley 1 titul. 5 lib. 4. R. y en ella Aceved. num. 60. Carl. titul. 2 disp. 7. n. 6.

(1) „El término de seis dias se concede á cada parte para responder en uso del traslado al escrito de la contraria: ley 2 tit. 5 lib. 4. de la Recop.; y aunque toman dentro de este término los autos, rara vez los vuelven con su respuesta sino que la dilatan hasta que la parte á quien interesa la brevedad, solicita se apremie á la contraria, y así se manda inmediatamente en execucion de la ley, porque es perentorio el término de los seis dias, y pasados, deben cumplir con

si la hay, excepcionar, replicar y presentar escrituras que la enerven, nueve mas (a), contados unos y otros, segun se practica, desde el de la notificacion del traslado exclu-

ella volviendo los autos con la respuesta que diere; y sino la han podido extender y presentar, solicitan nuevo término para hacerlo, motivando alguna justa causa que se lo haya impedido, ya sea por no haber hallado Abogado que los defienda, ya por sus graves ocupaciones, que es la comun, ó por otras, en cuya consideracion concede el Juez nuevo término para que cumpla con la presentacion del escrito: ley 28 tit. 16. lib. 4 de la Recop. Aunque los Jueces presuman alguna malicia en las partes y en sus Procuradores, acceden siempre á estas pretensiones, por no dar lugar á que apelen de la denegacion del término pedido, y á que causen mayores dilaciones; pues no pudiendo precaverse todos los fraudes y malicias es preciso tolerar el menor que consiste en conceder un nuevo término competente y ajustado á la entidad y calidad de la causa, atendiendo igualmente á que en la denegacion del nuevo término que se pide, se interesa la defensa natural, y en qualquiera duda se debe atender á ella, aunque sea á costa de sufrir alguna pequeña dilacion en el progreso de la causa.„

"El término de seis dias señalados por la ley para responder á los escritos de la parte contraria interpela por momentos al que debe hacerlo, y se dirige á remover la morosidad y malicia de dilatar el curso de la causa; y parece que no se logran estos fines, si el Juez ha de conceder nuevos términos; las mas veces mayores que el primitivo de los seis dias, sin exámen ni conocimiento de la causa que motiva el procurador, viniendo á quedar en su arbitrio proponerla con necesidad ó con malicia.„

"Por otra parte si hubiera de justificarse la causa que se motiva para excusar la morosidad ó malicia en no haber respondido en el término de la ley, se añadirian gastos á las partes, y ocupándose el tiempo necesario en esta diligencia con suspension de la causa principal, resultaria que concediéndose el nuevo término, justificada la causa ó impedimento alegado, se acomulaban dos dilaciones; y aun quando se negase la segunda, porque fuese aparente ó falsa la causa indicada, no podia excusarse la primera del tiempo necesario para la prueba, su conocimiento y decision; y no siendo esta favorable á la parte que solicitaba el nuevo término, se daria por agraviada, y recurriria en apelacion ó queja al tribunal superior.„

"Estas prudentes consideraciones inclinan á exponerse al menor daño por huir del mayor, y obligan á estar por la fe del procurador que nunca se presenta tan desnuda que no se acompañe en el concepto del Juez de la causa de aquellas conjeturas de verosimilitud que ofrece la magnitud del proceso, la entidad y gravedad de lo que se litiga, y otras circunstancias para decidir á favor de un término competente en materia de tan poco momento.„

"Sin embargo de esto, confiando el Consejo con mas justa razon en la integridad de los Letrados, y persuadido de que no solicitarian di-

(a) Ley 2. tit. y lib. cit.

sive, pues corren de momento á momento, aunque sean feriados: por manera que segun nuestro derecho tiene el reo dos dias solos para contestar á la demanda y poner

laciones ó nuevos términos para el despacho de los negocios de que estan encargados sin la debida seguridad en las causas que se motivan, ya sean por sus muchas ocupaciones en otras mas antiguas ó de preferencia, ó por faltarles la competente instruccion de hechos que deben remitir los interesados, quienes lo executan á veces á solicitud de los Abogados, quando conocen la necesidad de producirlos y justificarlos á su tiempo, ha mandado por regla general que no se admitan pedimentos de término para el despacho de los pleytos sin que los firme el Abogado, en cuyo estudio se hallen, conciliando por este medio el adherir con la competente justificacion á la natural defensa de las partes, y el precaver el abuso de dilatarlos.„

"La enunciada providencia del Consejo no se halló en las escribanías de gobierno, ni en las de justicia, ni en el archivo, pues la hice buscar en estas oficinas con el fin de señalar el tiempo de su expedicion, y las causas que la motivaron; pero todos los que sirven estos oficios contestáron su certeza y observancia, y yo lo veo practicar así constantemente.„

"A veces no quiere alguna de las partes tomar los autos para usar del traslado en el término de los seis dias señalados para responder al escrito contrario, y entónces pasado el término cae en rebeldía, y acusada por el litigante que interesa en la brevedad, se estima y declara la causa por conclusa para los efectos que correspondan á su estado, como si efectivamente hubiera respondido y concluido: así lo disponen y repiten las leyes Reales con el importante fin ya indicado de que se abrevien los pleytos. La ley 51 tit. 4. lib. 2 de la Recop. se explica en los términos siguientes. "Ordenamos y mandamos que en los „nuestros Consejos y Audiencias, para concluir los pleytos en qual„quier estado, no se espere la tercera rebeldía; sino que todo lo que „en los procesos se hacia y concluia fasta aquí con tres rebeldías, an„sí para sentencia difinitiva, como para autos interlocutorios, se con„cluya con sola una rebeldía.„

"El auto 2 tit. 24. lib. 2 dice que "para concluir en el Consejo „los negocios en qualquier estado, no se espere la tercera rebeldía, „sino que todo lo que en los procesos se hacia, y concluia con tres re„beldías, se haga con una sola, pasado el dia ó término que se diere „para responder.„ Al mismo intento, y casi con entera uniformidad, dirigen sus disposiciones la ley 47 tit. 4 lib. 3: la 2 tit. 3, y la 20 tit. 6 lib. 4 de la Recop.„

"Este remedio de acusar las rebeldías ha sido admitido en todos tiempos y en qualquiera estado del proceso para estimular la actividad de los litigantes, y corregir su morosidad y malicia. Convienen tambien las leyes antiguas y modernas en que no pueda ni deba acusarse la rebeldía hasta pasado el término señalado para los actos que deben hacer los litigantes en el proceso, empezando desde los emplazamien-

las excepciones dilatorias, contestada, puede proponer las perentorias y la reconvencion dentro de los veinte siguientes, despues de los quales no se le debe admitir esta; y el actor tiene seis dias para satisfacer á las excepciones perentorias, y nueve para responder á la reconvencion.

198 De la réplica del actor y documentos ó escrituras que presenten en satisfaccion á las excepciones perentorias y reconvencion del reo, se debe comunicar igual traslado á este, para que en el término de otros seis dias responda á ella, deduzca sus réplicas, ó concluya; pues pasados no se deben admitir las escrituras, excepto que jure que las hubo de nuevo y viniéron á su noticia, en cuyo caso se le permite su pretension hasta la sentencia difinitiva y al actor hasta la interlocutoria; y sin mas pedimento ni auto de conclusion se ha de tener el pleyto por concluso, aunque las partes no

tos hasta la conclusion de la causa para la difinitiva.„ (Omitense nueve números y se prosigue.)

"La ley 51 tit. 4 lib. 2, y el auto acordado 2 tit. 24 del mism. lib. dan ocasion para dudar si la novedad de concluir con sola una rebeldía es primitiva de los negocios que penden en los Consejos y en las Audiencias, ó si es comun á los demas tribunales del reyno; porque su literal disposicion es reducida á los Consejos y Audiencias, y si hubieran querido extenderla por regla general á otros tribunales alterando el estilo y práctica que hasta entónces se observaba en ellos, parece lo hubieran explicado así, como lo hacen otras leyes, señaladamente la 1 tit. 18 lib. 4 de la Recop.; pues señalando en ella el término de cinco dias para apelar desde el en que fuere dada la sentencia, ó recibió la parte el agravio, y llegó á su noticia, y que si así no lo hiciere, quede la sentencia ó mandamiento firme, manda: "Que „esto se guarde de aquí adelante, así en la nuestra Casa y Corte, y „Chancillería, como en todas las Ciudades, Villas y Lugares y Provin„cias de nuestros Reynos.„

"Sin embargo de que la letra de la enunciada ley 51 y del auto acordado citado sea limitada á los Consejos y Audiencias, su razon y espíritu es general y beneficio de la causa pública, y debe comprehender á todos los tribunales del reyno; ademas de que hay otras diferentes leyes que no tienen la restriccion indicada, ántes bien disponen en términos indefinidos que con sola una rebeldía se concluya, y tenga el mismo efecto que hacian las tres anteriormente: ley 2 tit. 3 lib. 4, ley 10 tit. 6 lib. 4 de la Recop „ Sr. Conde de la Cañada, Inst. Pract. part. 1 cap. 7 nn. 26, &c., 34, y 44 y 45.

concluyan: todo lo qual es conforme á nuestro derecho (*a*).

199 Pero lo que se practica, quando se sigue llanamente el juicio y no hay artículos dilatorios, es dar el actor dos pedimentos principales que son el de demanda y el de réplica al de contestacion del reo, respondiendo en este al mismo tiempo á la reconvencion, si la hay; y el reo otros dos, el uno contestando á la demanda, en el que se ponen la reconvencion y excepciones perentorias sin dar otro para ellas, no obstante lo que indica la disposicion legal; y el otro satisfaciendo al de réplica del actor, ó concluyendo para prueba; bien que este en vista de la contestacion y reconvencion puede concluir sobre todo sin replicar, y ninguna de las partes debe dar mas pedimentos sobre lo principal, pues la ley ha el pleyto por concluso. Si se forma algun artículo, se dan los pedimentos acerca de él, por cada uno el suyo, y del último se comunica traslado al que le formó, el qual concluye; y decidido, se continúa el negocio principal, en caso de que con el artículo no se termine, pues miéntras dura este, debe estar suspenso el curso de aquel.

200 Si el actor en vez de responder al traslado que se le comunica, de la reconvencion, concluye llanamente, se estima haber respondido á ella, porque es contumaz, y así debe recibirse á prueba sobre todo; y si concluye especifica y señaladamente sobre su demanda, desentendiéndose de la reconvencion, se debe dar traslado de su conclusion al reo, quien mediante á que la ley (*b*) por esta omision y silencio no ha por confeso al actor, ha de pretender que en atencion á no oponer su contrario excepcion que le exima de responder á su reconvencion, se hayan esta por contestada y los autos por conclusos para prueba, ó para los efectos á que haya lugar en derecho; y el Juez ha de declararlo así sin dar mas audiencia, porque aun quando sea in-

(*a*) Leyes 4 al fin tit. 16 lib. 2, y 2 tit. 5 y 9 tit. 6 lib. 4 R.
(*b*) La final tit. 4 lib. 4 R. Cur. Philip. part. 1 §. 14. n. 10.

competente por gozar el actor de algun fuero, le proroga este la jurisdiccion por haberle elegido para sí y sujetádose á él: todo lo qual he visto practicar y declarar en pleytos que he seguido y en otros, y porque las leyes y AA. dexáron en silencio en particular, lo he tocado para evitar dudas.

201 La reconvencion se puede hacer regularmente ante qualquier Juez, no habiendo expresa prohibicion legal, y así tiene lugar ante el delegado, quando fué electo á peticion del actor para conocer de su negocio y no de motupropio del Soberano, pues en esto no se diferencia del Ordinario (*a*) por la razon que he expuesto y da la ley cit. al fin: "Cá guisada (*justa*) cosa es (*dice*) que despues que el demandador quiso alcanzar derecho ante este Juez, que ante el lo faga al demandado:" lo qual se entiende nó solo en la accion originada ántes de obtener el rescripto para que el delegado conociese de ella, sino tambien en la que se origine despues, á ménos que la facultad contenida en él se circunscriba limitadamente á ella, y se le prohiba entender en otra (*b*). Y el actor no puede apartarse de la demanda puesta ante el delegado despues de la reconvencion sin permiso del reo, aunque ántes sí para evitar que este le reconvenga (*c*), y si el reo no quiere reconvenirle, nadie le puede precisar á ello (*d*).

202 Tambien ha lugar á la reconvencion ante los Jueces particulares que tienen algunas personas, v. g. los escolares, quando el actor elige al Juez, porque su jurisdiccion se proroga por la eleccion y milita la razon de la ley: lo qual no sucede, quando alguno que tiene dos ó mas Jueces que puedan conocer de sus causas, es demandado ante uno de ellos, y porque no le conviene contestar la demanda ante él, pone la declinatoria, y acude ante otro que no lo es del deman-

(*a*) Ley 20 tit. 4 P. 3 y cap. 1 de Mutuis petition. (*b*) Marant. part. 4 dist 6 tit. Judicium convent. n. 15. (*c*) Canc. dicha part. 2 y cap. 13 nn. 37 y 38. (*d*) Ley unica Cod. Ut nemo invitus. Reiff. lib. 2. Decret. tit. 4 §. 1 n. 3.

dante, pues no puede reconvenir á este ante él, porque no le eligió (*a*).

203 Ante el Juez prorogado tendrá ó no lugar la reconvencion segun esta distincion: ó previene la prorogacion de la sumision de uno de los litigantes ó de la eleccion de ámbos: si de la sumision del uno, v. g. quando el mayor ó igual se sometió espantosamente á un Juez, demandado ante él á su contrario, tiene lugar, porque por el hecho de someterse á su jurisdiccion es visto que no solo elige para sí sino tambien contra sí, en cuya atencion no se debe desdeñar de que así como conoce en su favor, conozca en contra; y si es electo por unánime consentimiento de los dos; no tiene lugar, porque á mas de no militar la razon legal ya expuesta se entiende haberle elegido solamente para conocer de la demanda (*b*), excepto que conste lo contrario.

204 No puede ser reconvenido el actor ante el arbitrador electo de consentimiento de los litigantes, porque carece de jurisdiccion, y solo tiene cierta nocion ó conocimiento limitado á la mera facultad dada por las partes que no puede exceder de los términos del compromiso, y así cesa la razon de la ley (*c*); pero bien puede serlo ante el arbitrio de derecho electo por disposicion de la ley ó estatuto para ciertas causas que se han de comprometer, con tal que lo que sea para toda la causa y no para un solo artículo, como para conocer de la sospecha porque se recusa al Juez: porque á semejante arbitrio confiere la ley una jurisdiccion que aunque ni bien es ordinaria ni delegada, como tercera especie participa de ambas (*d*).

205 Tampoco ha lugar á la reconvencion ante el Juez de apelacion: en primer lugar, porque el apelante no recurre á él por su voluntad sino por necesidad, para que le desagravie de la injuria que el inferior le hizo en la sentencia difinitiva: en segundo lugar, por-

(*a*) Marant. lug. cit. nn. 28, &c. y 31. (*b*) Marant. n. 23. (*c*) Reiff. lug. cit. n. 16. (*d*) Reiff. n. 17.

que la apelacion únicamente sirve para reparar el perjuicio causado en la sentencia dada en primera instancia, y reduce la causa al estado que tenia despues de la contestacion, que es el de conclusion para prueba; y no teniendo como no tiene lugar despues de esta la reconvencion, tampoco puede tenerle ante dicho Juez, al ménos para que surta el efecto de tal; y en tercer lugar, porque este Juez no puede conocer de otra cosa que la de que se conoció en primera instancia. Si la apelacion fué de alguna providencia interlocutoria ántes de la contestacion, y el superior la confirma, sucede lo propio, porque no quedan en su jurisdiccion los autos, los quales se devuelven al inferior; pero si la revoca y tiene estos, tendrá lugar ante él (a).

206 Sobre si el Juez diputado para conocer de cierta especie de causas puede entender en la de reconvencion sobre otras de diversa especie, se distingue: si no tiene facultad para conocer de alguna por el privilegio del litigante, pero este le eligió, habrá lugar á la reconvencion, porque se verifica la razon de la ley, y no habiéndole elegido, no; y si no tiene facultad para conocer de una causa, porque su jurisdiccion es limitada á otras de determinada especie y cantidad, y no se amplia á otras de mayor cantidad y especie diversa, se ha de distinguir tambien: siendo la causa de reconvencion de la misma especie que la de la demanda, y diferenciándose solo en la cantidad, ha lugar á la reconvencion, porque por ser de la propia especie, se proroga accesoria é incidentemente la jurisdiccion del Juez; y siendo de diversa especie, no, como si la demanda es de cosa profana ante el lego y la reconvencion, de cosa espiritual ante él mismo, y en otros casos semejantes (b).

207 La reconvencion tiene lugar en qualquiera causa no repugnándolo su naturaleza y qualidad, ó no habiendo prohibicion especial, aunque las dos sean de diverso género, como si la demanda es por la accion de

(a) Carlev. de Judic. tit. 1 disp. 2 n. 1175 y tit. 2. disp. 7. n. 8.
(b) Mar. lug. cit. nn. 33, &c. y 36.

compra y la reconvencion por la de mutuo, ó la una procede de accion real y la otra de personal, ó ambas son sumarias ó plenarias, ó una sumaria y otra plenaria (*a*); y deben substanciarse á un propio tiempo y definirse en una sentencia, á ménos que la una exija celeridad y la otra no pueda liquidarse con tanta (*b*).

208 Ha lugar asimismo la reconvencion en las causas executivas, quando ambas se pueden liquidar y decidir á un tiempo, de suerte que no impida la una el curso y pronta espedicion de la otra (1); mas no, quando no pueden liquidarse, porque el instrumento executivo en quanto á poderse despachar execucion en su virtud es semejante á la sentencia, y como despues de esta no se admite reconvencion, tendrá lugar solamente su admision en lo que concierna al segundo efecto, que es la prorogacion de jurisdiccion, porque versa la razon legal expuesta (*c*) (2).

(*a*) Clement. 2 de Verb. signific. Murill. lib. 2. Decret. tit. 4. n. 55.
(*b*) Cancer. part. 2. Varc. c. 13 nn. 50, 51 y 52.
(1) El Señor Conde de la Cañada tiene por mas segura ó probable la opinion de que la reconvencion no es admisible en las causas executivas, y asegura que en los 32 años que habia defendido y determinado negocios en los tribunales de la Corte, nunca habia visto ni aun oido decir que se hubiese introducido una reconvencion ó mutua peticion para detener ó elidir la via executiva: infiriendo de aquí que aun quando el no uso de este remedio no acreditase el no hallarse recibido generalmente, era poco útil, y que habria otros medios mas seguros y expeditos para poder aprovecharse los interesados de la accion ó excepcion que habian de producir en forma de reconvencion. Dicho autor prueba su dictámen con muchos y sólidos fundamentos, de los quales expondré únicamente dos. El Primero consiste en que expresando la ley 1 tit. 21 lib. 4 R. las excepciones ó defensas que deben admitirse contra tales obligaciones que traigan aparejada execucion, no menciona la reconvencion; y el segundo en que como la materia de las executiones son las deudas de cantidad liquida, si concurriese esto así en la accion del actor como en la del reo, se despacharian dos executiones *con notable embarazo de las diligencias judiciales y mayores gastos viciosos*; *á cuyo remedio*, añade el citado autor, *se atiende mas seguramente usando el reo de su accion en forma de compensacion y defensa, que es lo que se practica y observa en todos los juicios executivos.* Inst. Pract. part. 1 cap. 6 un. 35, &c. y 49.
(*c*) Carlev. tit. 2 disp. 7 nn. 9, 10, 11 y fin. Acev. ley 1 tit. 5 lib. 4 R. n. 68.
(2) Tambien impugna esta doctrina ó próroga de jurisdiccion con

209 Igualmente ha lugar en las sumarias, aunque no quando la una es sumaria y la otra plenaria, sino en quanto al segundo efecto, á ménos que esta se pueda liquidar al mismo tiempo que aquella, ó que el actor lo consienta (*a*); ni en las de depósito, porque estas son privilegiadas por la suma buena fé que debe haber en ellas, de suerte que no admiten ninguna excepcion ni compensacion, ademas de que lo líquido no se debe retardar por lo no líquido; y si se proponen, servirán únicamente para la prorogacion de jurisdiccion (*b*).

210 En órden á si en las causas criminales tendrá ó no lugar la reconvencion, se han de distinguir quatro casos. Primero. Si el acusado criminalmente acusa tambien de otro delito mayor al acusador ante su Juez, ó de otro que tenga conexion con él, ha lugar á la reconvencion, no si lo hace de otro igual ó menor, á ménos que sea por su injuria, ó por la hecha á sus parientes, segun se ha sentado en el n. 74, ó que ámbos litigantes procedan por la suya, ó que el acusado se liberte principalmente por su acusacion del delito que se le imputa (*c*). Pero si el acusado no reconviene al acusador por su injuria ó por la de los suyos, ó el Juez carece de jurisdiccion para proceder contra el acusador, v. g. por ser Clérigo, ó para conocer de causa criminal, no se admite la reconvencion, porque el acusador acusa precisado de la ofensa ó injuria que recibió, no voluntariamente como en lo civil en que no media ni se interesa su honor, y así no se proroga la jurisdiccion al Juez en lo primero como en lo segundo, excepto que el acusador saque algun despacho ó provision para proceder contra el acusado, pues en este ca-

mucha solidez el Señor Conde de la Cañada, (lug. cit. nn. 50, &c. y 55) y en fuerza de sus razones y de otras reflexiones que podrian hacerse, soy de parecer que nunca debe admitirse la reconvencion para el efecto de prorogar la jurisdiccion del Juez, siempre que no haya de seguirse y decidirse al mismo tiempo que la demanda principal.

(*a*) Cap. fin. de Offi. judic. Marant. lug. cit. nn. 36, 37 y 38. (*b*) Cap. 2 de Deposit. Marant. n. 39. (*c*) Ley 4, tit. 1 P. 7 Mar. tit. cit. nn. 56 y 57.

so habrá lugar á la reconvencion, porque es visto haberle elegido para sí y contra sí, y milita la razon legal (*a*). Segundo. El acusado criminalmente no puede reconvenir civilmente al acusador, porque como este lo hace por necesidad, (*b*) no se verifican los efectos de la reconvencion por falta de voluntad del actor en la eleccion de Juez y demas razones ya expuestas. Tercero. El demandado civilmente puede reconvenir criminalmente al actor, siendo el Juez competente de este y no de otra manera; pero se ha de conocer primero de la criminalidad como mayor y perjudicial á la accion civil (*c*). Y quarto caso. El acusado civilmente puede acusar tambien del mismo modo al actor ante su Juez, porque entónces versa la razon de la ley; pero si no es Juez suyo, no se le permite, porque el acusador ó actor le elige de necesidad por el delito cometido contra él, y no por su voluntad (*d*).

211 Para saber quando se admitirá ó no la reconvencion en las causas posesorias, tengo por conveniente explicar primero, quántos juicios posesorios hay, qué interdicto, accion ó remedio compete al despojado, quándo puede intentarle, contra qué personas compete.

212 Los juicios posesorios son tres: de recuperar, de retener y de conseguir: (*recuperandæ, retinendæ y adipiscendæ*) el juicio de recuperar ó reintegrar es sobre recobrar el despojado la cosa ó cosas que poseia y se le quitaron por fuerza ó clandestinamente sin oirle ni vencerle en juicio: el de retener es sobre conservar y mantenerse en la posesion que tiene; y el de conseguir es sobre obtener aquella de que carece (*e*).

213 Es constante que al que está en posesion de alguna cosa ó finca, le debe mantener en ella el Juez,

(*a*) Ley 2 §. 5 vers. Sed si agant, ff. de Judic. Gregorio Lopez ley 57 tit. 6 P. 1. glos. 4. vers. Item est. (*b*) Ley fin. Cod. de Ordin. judicior. Véanse los nn. 68 y sig: (*c*) Dicha ley fin. Marant. lug. cit. nn. 66 y 67. Véanse los nn. 66 y sig. (*d*) Mar. n. 68. (*e*) De estos, de las personas á quienes competen, quáles son los contraditores legítimos, y de otras cosas concernientes á esta materia trata con extension Gomez ley 45 de Toro desde el n. 127.

y no se la ha de quitar sin que primero sea oido y vencido en juicio, de suerte que no vale la Real cédula que se expida en contrario (a), porque en caso de duda es mejor la condicion del que posee (b), y así no probando el contrario su intencion en bastante forma, se debe conceptuar al otro por poseedor, aunque ningun título tenga para ello (c).

214 Pero esto se entiende, quando es poseedor de buena fé y no despojó al otro clandestinamente ni por fuerza de la cosa, porque si le despojó de esta suerte, justificado que sea, el despojado ó sus herederos y sucesores deben ser restituidos á la posesion ante todas cosas sin citar al despojador, aunque quiera probar ó pruebe inmediatamente su dominio, pues se le ha de reservar su derecho para que le deduzca en el juicio correspondiente que es el petitorio (d). Asimismo si el despojado percibia réditos ó renta anual del fundo que otro poseia, se le debe restituir, para que continúe en su percepcion (e); pues así como el despojador hizo el despojo de propia autoridad sin dar lugar á que el despojado fuese oido, así tambien es justo que en pena de su delito y atentado restituya, sin que se le oiga, y que se le juzgue del mismo modo que juzgó (f).

215 Si el despojado usa de su derecho por via de accion, tiene para ello de término un año útil (g); pero si le intenta por via de excepcion, dura perpetuamente, porque lo que ha de demandarse en tiempo limitado, es perpetuo para excepcionarse (h).

216 Se le permite usar de dicha excepcion, no solo contra el despojador, ó el que mandó hacer el despojo, ó posee la cosa, ó la recibió, sabiendo que habia sido quitada por fuerza, sino tambien contra el que la enagenó á persona mas poderosa, ó de otro fuero, para

(a) Ley 2 tit. 13 lib. 4 R. (b) Leyes 128 ff. de Regul. jur. y 2 ff. Uti possideris. cap. 65 del mismo tit. in 6. (c) Ley 28 tit. 2. P. 3. (d) Leyes 5 tit. 10 P. 3. 1 §. 44 ff. de Vi, & vi armat. y fin. Cod. Unde vi. (e) Cap. fin. de Restit. spoliator. (f) Cap. 5 de Restit. spoliator. y ley 1 ff. Quod quisque juris. (g) Ley 1 ff. de Vi, & vi armat. (h) Ley 1 §. final ff. de Doli mali et metus except.

que no se la quitasen; y no queriendo demandársela puede pedirles su estimacion (*a*).

217 Dicho remedio ó accion solo tiene lugar en el despojo de fundos, edificios y otros bienes raices poseidos civil ó naturalmente, y en el de las cosas incorpóreas como servidumbres y otros derechos, no en el de los muebles, á ménos que esten en aquellos, pues entónces se puede intentar por todos juntamente (*b*). Y compete al despojado así contra el mayor de 25 años y capaz que le despojó violenta ó clandestinamente, aunque no posea la finca, y contra su poseedor y apoderado, como contra el que mandó despojar ó aprobó el despojo hecho en su nombre (*c*), no contra otros (*d*); por lo que si uno quita por fuerza á otro alguna cosa suya, ó en que tenia algun derecho, pierde el que le competia en ella, y si ninguno le tocaba, debe restituírsela con todos los frutos percibidos y pendientes, y que pudo haber producido, ó con otro tanto como valian. Ademas, si la cosa se deterioró ó perdió despues, está obligado á pagar su valor en pena, porque debió haberla pedido ante Juéz competente, y no tomarla de propia autoridad, haciéndose Juéz en su misma causa (*e*); pero conseguida la restitucion de uno de los expresados no se le permite molestar á otros (*f*).

218 Asimismo le corresponde contra el Juéz incompetente, pues por carecer de jurisdiccion se reputa persona privada; y aun contra el competente que le despojó de la posesion sin conocimiento de causa (*g*), porque por haberse excedido de los límites de su oficio se reputa incompetente (*h*). Lo propio milita, aunque proceda legalmente, si en la sentencia cometió algun exceso ó vicio substancial (*i*).

219 Mas no le compete contra los menores, fatuos,

(*a*) Ley 30 tit. 2 P. 3. (*b*) Gom. ley 50 de Toro n. 191. (*c*) Leyes fin. Cod. Unde vi, y 1 §§. 12 y 14 ff. de Vi, & vi armat. (*d*) C. 15 de Restitut. spoliator. (*e*) Leyes 16 tit. 10 P. 7, 1 tit. 13 lib. 4, 16 tit. 17 lib. 5, 11 tit. 3 lib. 6 y 7, 8 y 9 tit. 12 lib. 8 R. (*f*) Ley 30 tit. 2 P. 3. (*g*) Ley 6 Cod. Unde vi, y c. 7 de Restit. spoliator. (*h*) Ley 20 ff. de Jurisdiction. (*i*) Cap. 1 de Sentent. & re judicat.

ni locos, ni á los hijos contra sus padres, aunque se les permite que les demanden la cosa para que se la devuelvan (a): ni al enfiteuta ó vasallo contra el señor del dominio directo, bien que puede reconvenirle para que le restituya á su posesion; ni contra el señor cuyos criados despojaron á alguno, á ménos que supiese eran de mala conducta, pues entónces es culpado, por permitirlos en su casa (b): ni contra los herederos del despojador, porque como es accion penal, y de consiguiente personal, no se transmite á sus herederos, ni á los de estos (c), y solo se les da la accion referida contra ellos (d); ni tampoco contra el sucesor particular que es poseedor de buena fé é ignora el despojo, si el despojador le dió, donó ó enagenó la cosa en disposicion última, ó por contrato lucrativo ú oneroso (e).

220 No pueden intentar este remedio el depositario ni comodatario, ni los que poseen en nombre de otro. Tampoco pueden intentarle el colono, enfiteuta, usufructuario ni otros semejantes, si ha poco tiempo que gozan de sus derechos, y se les concedieron por poco, pues son meros detentores, no poseedores, y así compete pedir la restitucion al señor de la cosa que disfrutan, como verdadero dueño y poseedor, en cuyo nombre poseen; bien que si recurren al juez, les protegerá (f).

221 Pero si se les concedieron por toda su vida estos derechos, y los señores de ellos los despojan por fuerza de su posesion, podrán intentar contra estos dicho remedio (g), y ademas de tener que restituir con frutos la cosa, pierden para siempre el señorío, derecho ó utilidad que se habian reservado en ella, y cede en beneficio de los despojados. Si el despojador es extraño,

(a) Ley 10 tit. 10 P. 7. (b) §. fin. Inst. de Obligat. quæ ex quasi delicto. (c) §. 1 Inst. de Perpet. & tempor. action. (d) Leyes 26 ff. de Dolo malo, y 17 ff. Quod metus causa. (e) Gom. ley 45 de Toro nu. 168 Gutier. lib. 1 Cañon. q. 84 (f) Leyes 1 §. 20 ff. de Vi, & vi armat. y 1 ff. de Adquirend. possession. Cap. 3 de Restit. spoliator. in 6 cap. 17 de Præscript. (g) Leyes 15 §. 1 ff. Qui satisdare cogant. y 3 §. 13 ff. de Vi, & vi armat.

debe restituirsela con los frutos, y darle otra tan buena de la que los perciban en la misma forma que habian de percibirlos de la otra (a). Y si el deudor que entregó en prenda al acreedor alguna alhaja, se la quita por fuerza, pierde el señorio de ella, pues el acreedor es legitimo tenedor y poseedor (b).

222 Sentados estos principios paso á explicar: "si el verdadero despojador ó el tercero poseedor estará obligado á responder á la reconvencion del despojado; y si dichos remedios posesorios se podrán intentar por via de reconvencion, y acumular y seguir á un propio tiempo, y en un juicio petitorio y posesorio." En esta atencion debo decir que si el despojado intenta contra el mismo despojador el interdicto de recuperar, y este le reconviene por otro igualmente privilegiado, se debe admitir la reconvencion, siendo sobre despojo de otra cosa, no de la misma, sin que esté obligado á restituir, y ámbas causas como de igual privilegio se seguirán y decidirán á un tiempo (c). Pero si es tercero poseedor con buena fé, y el despojado le demanda por el mismo interdicto, se halla este obligado á responder sobre otro igual despojo ántes que le restituya la que pretende: porque el remedio de la restitucion contra terceros poseedores no es tan privilegiado como contra los verdaderos despojadores que por su delito deben ser castigados (d).

223 Intentando el despojado el mismo interdicto de recuperar contra el despojador, si este quiere reconvenirle por el de conseguir, ó por el *petitorio* sobre la propia cosa, no debe admitirse su reconvencion ántes que la restituya, ya porque estos no son igualmente privilegiados, y ya porque implica que pretenda conseguir el dominio de lo que tiene y la posesion de lo que posee (e): lo qual se amplia, en primer lugar, aunque

(a) Ley 16 tit. 10 P. 7. (b) Ley 13 del mismo tit. (c) Leyes 5 tit. 10 P. 3 verb. Mas si el demandado non razonasse e; y fin. tit. 11 P. 7 (d) Gom. ley 45 de Toro n. 186. (e) Leyes 5 y 6 tit. 13 lib. 4 R. y 40 tit. 28 P. 3 Salg. de Reg. protect. part. 4 cap. 9 n. 207.

el despojador, ó un tercero se opongan, diciendo que la cosa es suya, y lo ofrezcan probar incontinente, pues no obstante esto ha de ser restituido previamente el despojado, y se reservará al despojador y tercero su derecho, para que en otro juicio intenten la reivindicacion (*a*); y en segundo lugar, aun quando sean menores é supliquen el beneficio de la restitucion, si confiesan que el despojado es señor de la cosa, pues no deben gozar de aquel, por obstarles la excepcion de dominio que aseguran tiene este (*b*).

224 Tampoco por las razones ya dichas tiene obligacion el despojado de responder á la reconvencion del interdicto de retener (*c*) sobre la misma cosa que le hace el despojador; pues aunque ámbas causas de recuperar y retener son sumarias, la de despojo es privilegiada, y no se admite otra que no lo sea igualmente, por lo que no tiene lugar el juicio *petitorio*, ni el posesorio, y si se trata contra un tercero que no despojó ni mandó despojar, habrá lugar á la reconvencion del petitorio y posesorio de otra cosa, y de la misma lo tendrá solamente la del interdicto de retener (*d*).

225 Si el tercero poseedor usa por via de accion del mismo interdicto, exponiendo que el despojado le molesta extrajudicialmente, y pretendiendo que el Juez le ampare en la posesion de la cosa, y mande al despojado que no le perturbe en su posesion; puede este hacer la reconvencion del interdicto de recuperar sobre ella, y se admite el concurso de ambas acciones como sumarias (*e*).

226 Intentando el actor el juicio petitorio por accion real ó personal; esto es, porque el reo esté obligado á darle ó hacerle alguna cosa, ó sobre reivindicar la que dice ser suya; si el reo le reconviene sobre

(*a*) Gom. dich. ley 45 de Toro n. 182. (*b*) Covar. Pract. q. cap. 23 n. 3 Vela diss. 49. (*c*) Equivale en algun modo al artículo que hoy llamamos de interin ó de manutenendo, y de él tratan Gom. ley 45 de Toro nn. 168, &c. y 179, y Covar. Pract. quæst. cap. 17. (*d*) Ley 1 ff. Uti possidetis. cap. 2 y cap. fin. de Ord. cognition. Mar. part. 4 tit. judicium convention. nn. 45 y 46. (*e*) Mar. lug. cit.

el violento despojo de otra cosa, se ha de distinguir: si deduce el despojo por reconvencion como accion, se seguirán ámbas causas á un tiempo como mútuas ó recíprocas peticiones, pues por lo mismo no excluye la una á la otra; pero si le excepciona, pretendiendo no se oiga al actor, miéntras no le devuelva la cosa de que le despojó, se suspenderá el juicio petitorio, procediendo á conocer de la excepcion, por ser dilatoria; y verificada la certidumbre del despojo, se declarará que el reo no debe contestar, ni el actor ser oido interin no restituya, y hecha la restitucion se continuará el juicio petitorio (a).

227 Si litigando dos, el actor sobre el remedio posesorio de recuperar, y el reo sobre el petitorio, sale un tercero pretendiendo tambien por el petitorio la cosa sobre que contienden; aunque el reo y el tercero ofrezcan probar que es suya, se debe deferir ante todas cosas á la restitucion solicitada por el despojado, y hecha, se proseguirá la accion del petitorio, sin que obste la excepcion del tercero opositor. Asi lo ordena la ley 18 tit. 10 P. 7. que dice: "E por ende decimos que quando así acaezca que tales demandas vengan de consuno sobre una cosa, que la demanda de aquel que dice que seyendo el tenedor, gela tomáron por fuerza, debe ser oida primeramente, é ser librada segun derecho, é de si oyan, é libren las demandas de los otros, assi como fuere derecho."

228 Las causas de posesion y propiedad, ó el juicio petitorio y posesorio, regularmente hablando, se pueden acumular, recibirse á prueba para ámbas partes, y no dudándose quien posee, determinarse en una sentencia, pronunciando primero sobre el posesorio, y en quanto á la execucion siguiendo y prevaleciendo el petitorio; pero si se duda del poseedor, ó no consta probado mas que lo tocante al posesorio, se debe controvertir y determinar solamente sobre este, para que se

(a) Ley 5 tit. 10 P. 3 verb. Otrosi decimos; y verb. Mas si aquel que ficiere emplazar. Mar. lug. cit. nn. 49 y 50.

vea á quien incumbe probar en el petitorio (*a*). Es verdad que la acumulacion de acciones está prohibida (*b*); pero esto se entiende de las que son contrarias entre sí, ó se quitan por la eleccion, ó quando la sentencia absolutoria dada en la primera produce excepcion de cosa juzgada en la segunda; y como nada de esto sucede en las causas de posesion y propiedad, las quales son del todo separadas ó diversas, se pueden acumular (*c*), lo qual se permite para que se acaben mas presto los pleytos (*d*), y para evitar á los litigantes muchos dispendios (*e*).

229 Esta acumulacion de los remedios posesorio y petitorio no tiene lugar habiendo reconvencion sobre despojo, pues si la hay, se debe practicar lo que se ha dicho en los nn. anteriores, segun sean los litigantes. Además, aunque la reivindicacion puede acumularse con los interdictos de conseguir y recuperar por lo expuesto en el núm. inmediato, no con el de retener sobre una misma cosa, á causa de ser contrarios y repugnantes entre sí, puesto que quien intenta este, confiesa tácitamente que está poseyendo con pretender se le mantenga en la posesion contra su contrario que se la perturba; y el que usa de aquella, afirma que no posee.

230 Lo dicho se limita en los derechos incorporeos como las servidumbres, en las quales se pueden acumular el interdicto de retener y el remedio petitorio, por no haber contrariedad; y porque el poseedor puede usar de la accion *real* ó *confesoria*, que es la que compete al acto que afirma tener servidumbre en el fundo ó predio de otro; y así en virtud de esta accion pide se declare debérsele la servidumbre que poseyó hasta entónces, y se imponga perpetuo silencio á su contrario que se la per-

(*a*) Cap. 2, 3, 4 y 6 de Causa possess. & propietat. (*b*) Ley 9 §. 1 de tribut. action. (*c*) Leyes 12 §. 1 y 52 ff. de Acquirend. posses. y 14 §. fin. ff. de Exception. rei judicat. (*e*) Ley 13 Cod. de Judic. (*e*) Cap. 2 cit. de causa posses. & propietat. Lo dicho se limita en las causas de mayorazgo, sobre lo qual puede verse la L. P. cap. 7 núm. 55.

turba, haciéndole dar caucion de no turbársela (*a*).

231 Ambos remedios posesorio y petitorio se pueden tratar en un juicio y ante un mismo Juez, sea ordinario ó delegado, el qual debe oir á entrambos litigantes, recibir á prueba sus pretensiones y determinarlas en una propia sentencia para evitarles muchas expensas, y porque quando quieren hacer probanzas, se les deben admitir; como asimismo para que no se divida su continencia, si se proponen á un propio tiempo (*b*). Mas esto procede, quando actor y reo son de un mismo fuero, pues siendo de diverso no puede ser (*c*); por lo que si el Clérigo litiga sobre la posesion contra el lego, y obtiene el juicio posesorio, no puede el lego demandarle ante el propio Juez secular sobre la propiedad, sino que debe acudir á su fuero, el qual por ser distinto, hace que se divida la continencia de la causa, segun se dixo en el n. 170. Y aunque el lego puede reconvenir al Clérigo, como igualmente se expuso en el 195, milita diversa razon, porque la reconvencion se hace en el mismo juicio, y así esta como la causa de la demanda se siguen á un tiempo, y en el presente caso hay dos juicios, de los quales el uno no se principia hasta que el otro se concluye, por lo que el lego, como que es actor en el petitorio, debe seguir el fuero del Clérigo que es reo en él, y demandarle ante su propio Juez, al modo que en la causa de posesion siguió el del lego, y se la demandó ante el de este (*d*).

232 Aunque está prohibido por derecho que despues de contestado el pleyto se pueda mudar la demanda (*e*), no se prohibe que intentado el juicio petitorio se vuelva al posesorio, porque no se muda aquella, sino que se enmienda, añadiéndole algo que es el posesorio, y queda suspenso el petitorio hasta que conste de la posesion, de tal suerte que si el actor no obtiene esta, pue-

(*a*) Menoch. de Retinend. posses. remed. 3 q. 66. n. 539. (*b*) Ley 10 Cod. de judic. Cap. 1 de Caus. posses. & propietat. cap. 9 de probat. (*c*) Cap. ultim. de Judic. (*d*) Valens. hoc tit. §. 3 n. 5 Reiff. lug. cit. §. 8 nn. 248, &c. y 256. (*e*) Authens. Qui semel. Leyes 23 ff. de Judic. 4 Cod. de Jurisdict. omnium judic. y 3 Cod. de Edendo.

da hacer reversion al petitorio, y se obtiene, mande el Juez que se le restituya y permanezca aposesionado de la cosa hasta que el reo pruebe competirle su propiedad y dominio; pero dicha reversion se ha de hacer ántes de la conclusion, pues conclusa la causa no se admite (*a*); ni tampoco se puede intentar el juicio posesorio una vez condenado el litigante en el petitorio (*b*).

§. VII.

De la prueba que se puede hacer en juicio, y de sus especies.

233 Conclusos los autos por las partes, ó habiéndolos el Juez por tales con dos escritos de cada una, segun lo ordena la ley 9 tit. 6 lib. 4 R. (1) debe en el tér-

(*a*) Cap. 5 de Caus. posses. & propietat. Reiff. lug. cit. §. 10 nn. 299, &c. y 307. (*b*) Pareja de Edition. instrum. tit. 6 resol. 9 n. 42 Roxas de Incomp. part. 5 cap. 5 nn. 19 y sig.

(1) „Del ultimo escrito que presenta el demandado y completa los quatro, (dice el Sr. Conde de la Cañada) se comunica traslado al actor; no para que replique ni presente otro escrito, pues no lo permiten las leyes, y deberia repelerle el Juez de oficio, y solo si para que se instruya de las exposiciones que hace el demandado, y concluya; y sino lo hiciere así, debe el Juez declarar y tener el pleyto por concluso en cumplimiento de las leyes citadas.„ Cita dicho autor á Paz y á Bolaños que opinan no debe admitirse absolutamente ningun escrito fuera de los quatro expresados, á causa de tenerse con ellos el pleyto por concluso sin otro acto de conclusion, y añade. „Las leyes en que fundan su opinion el Paz y el autor de la Curia Philipica dan justísimo motivo para inclinarse á su sentir; pero examinadas con sólida reflexion sin perder de vista los fines que motivaron su establecimiento, persuaden y convencen la equidad y justicia con que se ha introducido y observa en todos los tribunales Reales, especialmente en los Consejos, Chancillerías y Audiencias, la práctica de comunicar traslado del último de los dos escritos presentados por el reo, para que el actor se instruya y concluya; y solo en el caso de no hacerlo declara el Juez por concluso el pleyto para los efectos que haya lugar; esto es, para prueba si la causa la necesita, ó para definitiva quando no es necesaria.„ Explica en seguida el citado autor la ley 4 tit. 16 lib. 2 R. y despues dice; „Este termino de la conclusion no está determinado en la citada ley quien le haya de poner, y es consiguiente dexar esta facultad á los litigantes, como la tenian ántes de esta disposicion limitada á los dos puntos que se han rele-

mino de los 6 dias siguientes al de la conclusion recibirlos á prueba, si consisten en ella, y no de otra suerte, proveyendo auto interlocutorio á este fin, para que los litigantes justifiquen lo que les convenga; y no haciéndolo dentro de ellos, ha de pagar dobladas las costas que se causaren hasta que le provea, y 500 maravedis á la Real Cámara, en cuya pena incurre tambien, por tardar mas en pronunciar otro qualquiera interlocutorio (*a*). Pero aunque no haya mas que tres escritos; á saber: demanda, contestacion y conclusion, debe el Juez haberlos por conclusos y recibirlos á prueba; pues ni la ley precisa á que cada parte presente dos, ni es necesaria la réplica á la contestacion, si el actor no quiere hacerla, ya porque no contiene cosa digna de ella, ya porque en negando y contradiciendo lo perjudicial y adverso responde y replica á lo que dice el reo, lo qual basta para tener los autos por conclusos.

do. --- La misma conclusion es parte del proceso, y toca tambien por esta razon á las que litigan, sin que el Juez pueda interponer sus oficios en suplir los de las partes, quando alguna de ellas no insta por el progreso y continuacion de la causa, porque está en su mano dexarla ó suspenderla en qualquiera estado, siempre que procedan de conformidad, y se presume estarlo quando ninguna insta por su continuacion. Así se vé en repetidos procesos que estan pendientes muchos años en un estado, el qual se hace saber de nuevo á las partes quando alguno insta por su progreso, sin que hasta tanto interponga el Juez sus oficios para que los interesados la continuen: porque sería en cierta manera avivar los pleytos contra la intencion de las partes que pueden tener varias causas para terminarlos en qualquier estado, ó tomarse tiempo con alguna suspension para atender á otros objetos mas importantes, continuándolos despues con mayor comodidad.,, Finalmente dice el referido autor. ,,Lo único que disponen (varias leyes recopiladas de que ha hablado) es que no sea necesaria la conclusion de las partes, y que sin ella se tenga el pleyto por concluso; pero esto debe entenderse quando las partes no concluyen dentro del término ordinario de los seis dias, pues se les comunica traslado para dicho fin: porque no debe estar en arbitrio de los litigantes dilatar el curso de la causa, especialmente quando alguno de ellos los solicita. Esto es lo que observan los tribunales de la corte, y no he visto declarar ó tener por concluso el pleyto sin que alguna de las partes concluya ó incurra en contumacia.,, Instituc. Pract. part. 1. cap. 7 nn. 4. &c. y 25.

(*a*) Ley 1 tit. 6 lib. 4. R

234 Este auto se debe hacer saber á los litigantes, ya se siga el pleyto en presencia de todos, ya en rebeldía de alguno, y no pudiendo este ser habido, se ha de notificar á su muger, hijos, criados ó vecinos mas cercanos, para que se lo participen, dexándoles á este fin memoria expresiva. Si se despacha receptoría, se ha de notificar igualmente esta en ámbos casos ántes que el que la saca use de ella (*a*), como se practica en el Consejo.

235 Sin embargo de lo que se ha sentado en el n. 233, y de estar prohibido que el Escribano haga relacion de los autos, pues el Juez inferior debe verlos por sí, y no ha de tener Relator (*b*), se ha introducido en todos los tribunales de esta corte, y en algunos de otros pueblos que se pida señalamiento de dia para verlos, y se cite con él á las partes; como asimismo que los Escribanos ordinarios hagan relacion á presencia de los litigantes ó de sus defensores, y que segun los méritos del proceso y calidad del negocio providencie el Juez, recibiéndolos á prueba, ó determinándolos definitivamente: porque si nada falta, ni tienen que probar las partes, puede y debe hacerlo conformándose en esto con la intencion de las leyes que desean consiga quanto ántes justicia el que la tiene, y prohiben que los pleytos se reciban á prueba sobre cosas que probadas no le han de aprovechar ni dañar al contrario, ó no conciernen al asunto litigioso, ó consisten en puro derecho, en el que está resuelto lo que el Juez debe determinar (*c*); por lo que si este los recibe á ella en dichos tres casos, se puede apelar de la providencia por dilatoria, gravosa y contraria á la prohibicion expresa de las leyes, y se debe revocar, como lo he visto hacer en el Consejo.

236 Prueba es una demostracion hecha por medios legítimos al Juez de alguna cosa dudosa sobre que se litiga ante él (*d*). El Juez no debe dexar de admitir la

(*a*) Ley 18 tit. y lib. dich. (*b*) Ley fin. tit. 9 lib. 4 R. (*c*) Leyes 7 tit. 14 P. 3 y 4 tit. 6 lib. 4 R. Valensis lib. 2 Decret. tit. 19 §. 1 n. 1 (*d*) Ley 1 tit. 14 l. 3 Mascard. de Probat. vol. 1 q. 2 proemial n. 8.

necesaria, por ser de derecho divino (*a*). Es de dos maneras, hablando con propiedad, á saber, *plena y semiplena*, se llama *plena* la que hace tanta fé, quanta basta para definir el litigio condenando ó absolviendo (*b*); y *semiplena* la que aunque hace alguna fé, no tanta que en su virtud pueda moverse el Juez á dar sentencia, como la que induce la escritura privada, la comparacion ó cotejo de letras, la confesion extrajudicial, la fuga del reo que debió responder, y no lo hizo, el dicho de un testigo solo ó la fama (*c*). Y generalmente hablando, la prueba tiene diversos nombres, como *judicial*, *extrajudicial*, *clara*, *ménos evidente*, *evidentísima* ó *plenísima*, *legítima*, que es la que se hace por testigos, instrumentos ú otros medios aprobados por derecho, y otra *mixta* que es la que se compone de dos semiplenas que se dirigen á un mismo fin.

237 Aunque segun el estilo de algunos tribunales extrangeros no está obligado el reo á probar sus excepciones hasta que el actor justifica su intencion y demanda, para que aquel no sea gravado con expensas, á que no debe ser compelido, miéntras este no acredite lo que propone; no se halla esto recibido en los de España, y así no obstante que la prueba incumbe regularmente al actor que funda su intencion en afirmativa probable, y no al reo que afianza la suya en excepcion negativa improbable, por lo que si este niega, debe ser absuelto, no probando aquel (*d*), pues en un derecho obscuro se le debe favorecer mas que al actor (*e*); si de su excepcion negativa resulta afirmativa por la razon porque niega, debe probar la excepcion y la causa ó motivo en que la apoya, pues es el fundamento afirmativo de su negativa, y en la excepcion que alega para su defensa, hace veces de actor (*f*); y lo mismo debe practicar este con la suya; por-

(*a*) Cap. Novit. de Judic. Matth. cap. 18. (*b*) Mascard. q. 4. n. 5. (*c*) Gom. lib. 3 Var. cap. 12 nn. 2 y 26. (*d*) Cap. 22 de Election. Leyes 2. de Probation. y 23 Cod. del mismo tit. (*e*) Cap. 11 de Reg. jur. y ley 125 ff. del mismo tit. (*f*) Leyes 1 y 2 t. 14 P. 3 Roxas Almansa de Incomp. disp. 2 q. 1 an. 6 y 7.

que funda en ella su accion y demanda (*a*).

238 Pero á fin de hacer mas perceptible esta doctrina debo sentar, que aunque las negaciones son varias, y de ellas unas se pueden probar indirectamente y otras no (*b*); hablando en genesal, la negacion á proposicion negativa es de tres maneras: de *derecho*, de *qualidad* y de *hecho*. Negativa de *derecho* es aquella por la qual se afirma que alguna cosa no es conforme á derecho, ó no está permitida por este; v. gr. que uno no puede ser Juez, Abogado, testigo, &c. y esta se puede probar indirectamente, haciendo ver por la ley y demas medios concurrir en él el defecto que se le imputa, y así debe probarla el negante (*c*).

239 La negativa de *qualidad* es aquella, por la que se niega concurrir en alguno cierta qualidad, la qual si es de las que cada uno tiene naturalmente, v. gr. que es capaz y de claro entendimiento, ó que no era mayor quando contraxo, &c. debe probarla el negante, porque es el fundamento de su intencion, y de esta negativa se induce afirmativa que transfiere la obligacion de justificarla en el negante, pues la presuncion está por su contrario, y no lo haciendo se deferirá á la solicitud de este, aunque nada pruebe; y si es de las qualidades que competen accidentalmente, v. g. que es noble, Doctor, &c. toca la prueba al afirmante; como asimismo si dice que es mayor de edad y se le niega, porque en estos y otros casos semejantes no se atiende á lo material de la afirmativa, sino á que cada uno pruebe el fundamento de su intencion (*d*).

240 Y la negativa de *hecho* que se dice ser improbable por naturaleza, es de tres maneras: una *pura, simple, absoluta é indefinida*, otra que embebe en sí *afirmativa*, y otra *coartada*. La primera es la que no deter-

(*a*) Leyes 3, 4, 5 y 6 tit. 14 P. 3 Cap. 6, 11 y 12 de Probation. cap. 28 de Sponsalib. y cap. ult. de Solution. (*b*) Engel de Probation. n. 6. (*c*) Leyes 2 y 4 tit. 14 P. 3. Murill. lib. 2 Decretal. tit. 19 n. 141 (*d*) Cap. unic. de Scrutinio in ordine, y cap. ultim. de Præsumpt. Murill. lug. cit. Reiff. lib. 2 Decret. tit. 19 §. 2 n. 50.

mina tiempo, lugar ni otra circunstancia, como la de alguno de no haber contraido ó hecho la muerte que se le imputa, &c. y esta no se puede probar por el negante, porque el hecho no se presume, y asi le basta negar (*a*). La negativa que embebe en si *afirmativa*, es por exemplo, quando dice alguno que no renunció ó no contraxo espontaneamente; pues al mismo tiempo afirma que para renunciar ó contraer fué violentado, y asi el negante debe probar esto (*b*). Y la negativa *coartada* es la que se limita á cierto lugar, tiempo ú otra circunstancia: v. gr. si se le imputa á alguna persona una muerte hecha en tal parte, tal dia y á tal hora, debe probar la negativa de que no estuvo allí sino en otra parte, porque esta excepcion negativa se reduce á afirmativa por la razon porque niega haber hecho la muerte (*c*). Con estas distinciones se discernirá, quando basta negar, ó es preciso probar la negativa, y se entenderá en qué casos incumbe la prueba no solo al actor, sino tambien al reo, pues muchos creen que basta á este negar para ser absuelto.

241 La prueba judicial se ha de hacer de lo afirmado ó negado en la demanda, porque sobre esto se ha de dar la sentencia (*d*); y puede hacerse por ocho medios ó de ocho maneras, que son; *confesion de parte*, (bien que esta mas es relevacion de ella que otra cosa) *juramento decisorio*, *testigos*, *instrumentos*, *privilegios*, *libros de cuentas*, *vista ocular*, ó evidencia, *presunciones*, ó conjeturas, *ley* ó fuero, y por *fama* pública (*e*): á que se puede añadir la que se hace por inscripciones esculpidas en mármoles ó lápidas antiguas puestas en las iglesias, y en otros edificios y lugares públicos de tiempo in-

(*a*) Leyes 1 y 2 tit. 14 P. 3 Bersan. de Pupil. cap. 2 q. 33 n. 5. (*b*) Ley 8 ff. de Probat. y c. 2 de Renunt. (*c*) Ley 32 tit. 11 P. 5 y argum. leg. 117 tit. 18 P. 3. Acev. ley 4 tit. 17 lib. 8 de R. n. 39 (*d*) Cap. 3 vers. Sed quoniam, de Ord. cognition. cap. 29 de Testib. ley 22 Cod. de Probation. (*e*) Leyes 2 tit. 11, 8 y fin. tit. 14 P. 3 y 3 tit. 1 lib. 2 R.

memorial, y por historias, mapas y tablas geográficas, y serán nueve clases de pruebas que expresan los siguientes versos.

Aspectum, sculptum, testis, notoria, scriptum,
Jurans, confessus, præsumptio, fama, probavit.

242 La confesion ó declaracion judicial es respuesta afirmativa que un litigante da en juicio á lo que el colitigante ó el Juez de oficio le pregunta una ó mas veces (*a*). Se divide en *verdadera* ó expresa, y en *tácita*: se llama verdadera la que se hace con palabras ó con señales que manifiestan paladina ó claramente lo que se expone; y tácita, la que se infiere de algun hecho ó se supon' por la ley: v. gr. quando el preguntado es contumaz en no querer responder, ó en no responder como debe, ó huye despues de contestado el pleyto y le abandona (*b*).

243 Tambien se divide en *simple* y *qualificada*: se llama simple, quando el litigante confiesa lisa y llanamente lo que el colitigante le pregunta; y qualificada, quando por alguna qualidad ó circunstancia que añade, restringe la intencion de su contrario, por lo que le pone en la precision de hacer prueba de ella. Asimismo se divide en *judicial* y *extrajudicial*: se llama judicial la que se hace en juicio ante Juez competente, ó de su órden por escrito ante Escribano aprobado conforme á derecho; y extrajudicial la que se hace fuera de juicio, ó sí en el, ante Juez que no es competente para recibirla ni mandarla hacer, ó ante el arbitrador (*c*). De todas ellas paso á tratar.

244 Para que haga fé la confesion judicial contra quien la hace, debe tener las diez circunstancias que

(*a*) Ley 1 tit. 13 P. 3. (*b*) Leyes 1 y 2 tit. 7 lib. 4 R. (*c*) Ley unic. Cod. de Conf. cap. 4 de Judic. Mascard. de Probat. conclus. 342. n. 9 y 344 n. 7.

trae la ley 4 tit. 13 P. 3 y comprehenden los siguientes versos.

1. 2. 3. 4. 5. 6.
Mayor, sponte, sciens, contra se, ubi jus fit, & hostis,
7. 8. 9. 10.
Certum, lisque, favor, jus, nec natura repugnet.

La primera es, que quien la hace, sea mayor de 25 años, ó si es menor de ellos y entró en la pubertad, que la haga con autoridad de su curador; bien que aunque este presencie el juramento, si es leso, se le restituirá (*a*): la segunda, que la haga espontaneamente sin miedo de tortura, ni por fraude ni promesa que el Juez le haga de que le libertará; pues no vale la hecha por engaño, ni tampoco en el tormento, sino es que al dia siguiente se ratifique en ella fuera de él, y conste del cuerpo del delito (*b*): la tercera, que la haga con cierta ciencia, porque si procede de error inculpable del hecho, y luego le prueba, puede revocarla ántes de la sentencia: lo qual milita asimismo, quando no la hace de propósito sino con motivo de ira ó por causa falsa (*c*): la quarta, que sea contra sí ó para obligarse á otro (*d*): la quinta, que la haga ante Juez competente, ó de su órden ante Algüacil y Escribano, ó ante este solamente, como se practica (*e*), ó en la demanda y demas escritos, aunque sea sin juramento (*f*), ó ante el árbitro que procede observando el órden legal (*g*), mas no ante el arbitrador, porque ante este no hay juicio: la sexta, que sea á presencia de su contrario (*h*), aunque esto rara vez se usa, pues ántes bien se estima por bastante que se le reciba sin presenciarla, que conste en los autos, y luego

(*a*) Leyes 1, tit. 13 y 3 tit. 25 P. 3. (*b*) Leyes 4 y 5 tit. 13 P. 3. (*c*) Ley 5 cit. cap. fin. de Confes. Mascard. conclus. 346 nn. 20 y 21. (*d*) Ley 4 tit. 13 P. 3. (*e*) Dicha ley 4 tit. 13, y leyes 5 y 6 t. 21 lib. 4. R. (*f*) Gom. lib. 3 Var. cap. 12 n. 4 Cur. Philip. part. 3 §. 13 n. 10. (*g*) Mascard. conclus. 342 nn. 9 y 10 Reiff. lib. 2 tit. 18 §. 1 nn. 8, &c. y 11. (*h*) Dicha ley 4 tit. 13 P. 3.

se le comunique: la séptima, que sea de cosa cierta en quanto á la substancia y cantidad, porque no siéndolo no le perjudica, á causa de no poder recaer sentencia sobre ella, y si es errónea, puede revocarla probando el error (*a*); pero el Juez debe compelerle á que satisfaga categóricamente á lo que se le pregunta (*b*): la octava, que se haga en juicio, porque si se hace fuera de él, sirva de presuncion y no de prueba, siendo la confesion de delito; y en los contratos le perjudica, estando presente su contrario ó su apoderado, y exime á este del cargo de probar, si al mismo tiempo que la hace, expresa la causa justa del débito, ó cosa que debe darle ó hacerle, pues sino la menciona, solo inducirá presuncion, excepto en los casos que expresaré en el n. 254 (*c*); la nona, que no sea á su favor, porque de lo contrario seria testigo en su misma causa, lo qual está prohibido (*d*), y la décima, que no sea contra naturaleza ni contra ley (*e*).

245 Concurriendo en la confesion las diez circunstancias referidas hace plena prueba, aprovecha al contrario del confeso, le exime del gravámen y precision de probar, supera á todas las pruebas, porque ninguna iguala al dicho de propia boca, inutiliza las opuestas hechas por testigos ó instrumentos á su favor, desvanece las presunciones contrarias: es de tal calidad que aunque se haga en proceso inepto ó inválido, puede darse sentencia segun ella, y el confeso se tiene por condenado sin otra alguna (*f*); y puede pedirla una parte á la otra en qualquiera estado del pleyto, aunque sea despues de concluso, con tal que no esté sentenciado, como lo puede hacer el Juez de oficio para inquirir la verdad en caso de que haya duda (*g*). Ademas, puede pedir una parte á la otra todas las declaraciones ó posiciones que tenga por convenientes, de una vez ó de muchas, sin que pueda el Juez precisar al ponente ó in-

(*a*) Dicha ley 4 Mascard. concls. 387 nn. 1 y sig. (*b*) Ley 6 tit. 13 P. 3. (*c*) Leyes 4 y fin. tit. 13 P. 3. (*d*) Dicha ley 4. (*e*) Leyes 4 y 6 tit. 13 cit. (*f*) Ley 2 tit. 13 P. 3 y sus glos. 1 Marant. p. 6 tit. de Confes. nn. 21, &c. y 26. (*g*) Ley 2 tit. 13 P. 3.

terrogante á que de una vez las haga, y si hace lo contrario y no reforma su providencia como dilatoria, injusta y perjudicial, se puede apelar y debe revocarse, ya porque la ley no prefine quántas declaraciones ó confesiones ha de pedir una parte á la otra ni en quántas veces, y así pueden ámbas pretender se hagan las que quieran; y ya porque la confesion es la mejor prueba de todas, y con ella se evitan gastos y dilaciones. Así pues, para no acreditarse el Juez de ignorante ni constituirse sospechoso ha de deferir lisa y llanamente á la solicitud de quantas confesiones pida una parte á la otra siendo pertenecientes al punto sobre que se litiga, segun se practica en esta córte.

246 Como la confesion debe ser de cosas concernientes al asunto litigioso, y para ello deben preceder preguntas que llaman *posiciones*; á fin de que no se confundan tal vez estas con las preguntas ó interrogaciones que se hacen á los testigos, debo advertir que las posiciones se han de hacer clara y positivamente, y no con obscuridad ni por interrogacion, pues el que las pone, afirma como cierto lo que sienta en ellas, porque la posicion *es simple asercion hecha por escrito de hecho perteneciente á la causa, sobre el qual pide en juicio un litigante que el otro declare baxo de juramento, para relevarse de probarle* (*a*). Esto no puede decirse de las interrogaciones ó artículos, los quales son parte de la intencion del interrogante, contienen lo que intenta probar por testigos ó instrumentos, y quien los pone no confiesa lo que expresa en ellos, como en la posicion (*b*); bien que hoy los confunden muchos.

247 La costumbre introduxo las posiciones que despues aprobó el derecho, para que el ponente fuese relevado del gravámen de hacer prueba (*c*). Suceden en lugar de esta, si el preguntado confiesa llanamente su contenido, y entónces no se necesitan testigos. Pueden ha-

(*a*) Michalor. de Position. cap. 1 n. 4 Fagnan. in cap. Olim, de Litis contest. n. 55. (*b*) Reiff. lib. 2 tit. 18 §. 8 nn. 210 y 211. (*c*) Arsetin. de Positionib. §. 4 n. 4.

cérselas despues de la contextacion ámbos litigantes, aun que lo mas regular es el actor al reo, y una vez puestas en los autos no se pueden revocar, mudar, ni enmendar, excepto que sea incontinente, ó por error de hecho que contengan (*a*); si bien quando estan obscuras, se deben declarar á pedimento del contrario, porque nada se les añade con la declaracion del ponente (*b*).

248 Se diferencian las posiciones de los artículos ó interrogaciones; lo primero, en que quien articula, no confiesa los artículos, ni afirma ser verdaderos, sino que cree poderlos probar, por lo que á los testigos se pregunta de esta suerte: *si saben, han visto, ó tienen noticia, &c.* y quien hace posiciones, las confiesa, y afirma que ha sucedido ó no, que debe hacer ó no, que es cierta ó incierta la cosa que pone y sienta en ellas (*c*), y por eso hace la pregunta de esta suerte: *como es cierto, ó incierto, &c.* lo segundo, en que la posicion se hace regularmente en causas civiles, y la interrogacion en ellas y en las criminales; y lo tercero, en que las interrogaciones se hacen por la parte y por el Juez, y las posiciones solo por la parte y no por el Juez, el qual no puede hacerlas, sino que de ellas resulte duda, para aclararla (*d*), ya porque las posiciones suceden en lugar de prueba y el Juez nada tiene que probar, ya porque ignora los hechos, y así no sabe lo que ha de preguntar, y ya porque el que las pone, confiesa el hecho que sienta, y el Juez ninguno tiene que confesar (*e*).

249 No solo pueden hacer posiciones el reo y actor sino tambien sus procuradores en su nombre con su poder especial, y no de otra suerte (*f*); y siendo sobre el negocio principal se deben poner despues de contestada la demanda en el término probatorio, y ántes de la

(*a*) Michalor. lug. cit. cap. 22 n. 2. Scacia de judic. lib. 2 cap. 7 nn. 589 y 609. (*b*) Michalor. cap. 21 cit. n. 25 Reiff. lib. 2 tit. 18 §. 9 n. 227. (*c*) Leyes 1 y sig. ff. de Interrogator. action. (*d*) Fagnan. in cap. Olim cit. n. 89 Aretin. de Position. §. 4. (*e*) Cap. ult. de Jurejurand. lib. 6 Reiff. lug. cit. §. 9 n. 219. (*f*) Ley 1 tit. 10 P. 3 Regla 72 de regulis juris in 6.

presentacion de los testigos, porque suceden en lugar de prueba, si se confiesan puramente; pero siendo sobre algun artículo ó excepcion que se proponga ántes de esta, sobre el qual haya que hacerla, se pueden poner entónces (*a*); bien que como se ha sentado, las puede hacer una parte á la otra hasta la sentencia en qualquiera estado del pleyto.

250 Mas lo que se practica por abreviar, es presentar la parte del interrogatorio, pedir que á su tenor se exâminen los testigos que presente, y por un otrosí, que ántes de proceder á su exámen, jure posiciones el contrario al tenor de todas ó de algunas de las preguntas del interrogatorio; ó pedir se haga esto ántes de presentarle, y en vista de lo depuesto que se le debe comunicar, formarle solamente sobre lo no confesado, pues no en todos los pleytos se pueden hacer, porque hay hechos que las partes ignoran, y es necedad el preguntárselos.

251 Siendo confusas ó no concernientes al pleyto las preguntas ó posiciones que un litigante hace al otro, no se halla este obligado á satisfacer á ellas, ni el Juez se lo debe mandar ni admitirlas (*b*). Pero si se hacen con claridad y sobre lo que se litiga, debe el preguntado, ó en su ausencia su Procurador, teniendo poder especial para ello, responder categóricamente baxo de juramento la verdad del hecho, afirmándola ó negándola simple y abiertamente sin el mas leve artificio ni cautela, ni con palabras de *creo ó no creo*, *ó me persuado*, *ó niego la pregunta, segun está puesta*, ni otras semejantes, pues no se le deben admitir. Tampoco ha de permitir el Juez que su Abogado esté presente á la declaracion, ni darle traslado ó copia de las posiciones, ni término para que se aconseje, porque debe dar su respuesta en el mismo acto, como lo ordenan las leyes (*c*). Tendrá esto presente el Escribano comisionado para recibirle su deposicion.

(*a*) Michalor. de Position. cap. 27 nn. 1 y sig. Reiff. §. 9 cit. nn. 231 y 232. (*b*) Ley fin. tit. 12 P. 3. (*c*) Leyes 1 tit. 10 y 3 tit. 13 P. 3 y 1 y 2 tit. 7 lib. 4 R.

252 Si responde ambigua y confusamente, se le puede compeler á que satisfaga á las preguntas lisa y llanamente, y con toda pureza é ingenuidad, y si no quiere declarar, ó se ausenta por no hacerlo, habiéndoselo mandado el Juez tres veces delante de Escribano, (que es por tres autos) y no de otra forma, es habido, y le puede declarar por confeso, y determinar el pleyto, sea difinitivamente, ó recibiéndole á prueba segun su estado, ó segun hallare por derecho. Habiendo declarado, si despues se le convenciere de perjuro á sabiendas, incurre el actor en perdimiento de la causa, al reo se ha por confeso, y á entrambos se pueden imponer otras penas. Respondiendo que ignora la pregunta, no se le debe admitir esta respuesta, y es habido por confeso (*a*); y quando está ausente, se ha de expedir requisitoria para que declare (*b*). Si el pleyto es de gravedad é importancia, debe el Juez recibir por sí mismo las posiciones y juramentos de calumnia, y no cometer al Escribano ni á otro su recepcion, sin que baste la ratificacion de la parte ante él (*c*).

253 De la confesion ó respuesta á las posiciones de una parte se debe dar traslado á la que las hizo, aunque no lo pida, para que exponga y pretenda en su vista lo que le convenga; mas no han de hacerse preguntas ni prueba sobre lo confesado clara y expresamente pena de 30 maravedis al Abogado que las hiciere (*d*). Pero contra la confesion ficta, que es la que el derecho estima hecha, por no declarar ó no declarar conforme se debe, se ha de admitir prueba al preguntado, porque aquella surte el efecto de que se transfiera en él la obligacion de probar que incumbia al interrogante (*e*). Y para que este no sea perjudicado con la declaracion de su contrario, ni se juzgue que la aprueba en caso de que niegue ó tergiverse los hechos, se debe poner en

(*a*) Dichas leyes 1 y 2 tit. 7. (*b*) Ley 3. del mismo tit. 7. (*c*) Ley 60 tit. 5 lib. 2 R. (*d*) Leyes 3 cit. tit. 13 P. 3 y 4 tit. 7 lib. 4 R. (*e*) Paz in Prax. tom. 1 part. 1 temp. 8 nn. 82, 83 y 64 Gutier. lib. 1 pract. q. 49.

el pedimento esta cláusula: "Sin que sea visto estar á su dicho ó declaracion mas que en lo favorable, y sin perjuicio de la prueba en caso de negativa en todo ó parte, &c." Con ella puede luego probar lo que haya negado, tergiversado, ó declarado obscuramente el contrario, y aun hacer que vuelva á declarar.

254 La confesion extrajudicial en causas civiles, si se hace á presencia de dos testigos y de la parte contraria con palabras claras, terminantes y dispositivas, y expresion de causa justa, ó aunque esta no se exprese, si luego se justifica; hace plena prueba presentándose despues en juicio, y aceptándose por la parte á quien favorece, ó por su Procurador para que no se pueda revocar, y perjudica al confeso y á sus herederos. Si la parte está ausente, hace prueba semiplena, y aunque no la presencie, si es hecha por escrito, ó en favor de causa pia, ó promisoria, ó jurada, ó aceptada por alguno en nombre de aquel, en cuyo beneficio cede, y este aprueba la aceptacion; ó si es geminada, esto es, si se hace en dos ocasiones con intermision de tiempo, prueba plenamente (a).

255 La segunda clase ó especie de prueba de las referidas en el n. 242 es el juramento decisorio del pleyto necesario, ó supletorio que un litigante pide al otro en juicio, el qual hace plena probanza, con tal que asi respecto del negocio que se controvierte, como de parte de los litigantes concurran las cinco circunstancias expresadas en el n. 92 de este capítulo.

256 La tercera es la de *testigos*, y para que hagan fé contra quien se presentan, se ha de atender á su condicion, sexô, edad, capacidad, fama, fortuna y fé, cuyos requisitos comprehenden estos versos:

Conditio, sexus, ætas, discretio, fama,
& fortuna, fides; in testibus ista requires.

Asimismo han de tenerse otros presentes. El primero

(a) Ley fin. tit. 13 P. 3 Cur. Philip. part. 1 §. 17 n. 6.

es, que en las causas civiles sean de 14 años, y en las criminales y de pesquisa de que pueda resultar muerte, mutilacion de miembro, ó destierro, tenga 20 cumplidos á lo ménos, aunque en llegando á la pubertad pueden testificar de lo que ántes de esta han visto y se acuerden; y si son sagaces y discretos, tambien podrán hacerlo en su edad pupilar, y su dicho inducirá presuncion (*a*). Asi pues, en las causas criminales se reciben por costumbre y para inquirir; bien que en las de lesa Magestad hacen fé, excepto que sean enemigos capitales de aquel contra quien testifican (*b*). El segundo es, que den razon de su dicho, que aquella sea diversa de este, y que depongan de positivo y cierta ciencia, y no de parecer ó creencia lo que percibiéron por los sentidos; pues semejante deposicion, como que dimana de conjeturas, solo induce presuncion, excepto que sea próximo al sentido, por el qual se pueda percibir la verdad del hecho: v. gr. haber visto á un hombre y muger desnudos, solos y encerrados, por cuyo hecho se presume y puede creer el adulterio, ó quando concurren otros adminículos para creer aquello de que se trata, y el testigo los expone: ó en casos de dificil probanza, ó para probar la inocencia del reo, ó cosas que consisten en la pericia de algun arte, v. gr. del de los Médicos y Comadres; ó contra quien presenta el testigo (*c*). Tampoco han de deponer de oidas á otros, porque esta deposicion no se funda en el hecho principal sino en el dicho de un tercero, en cuya atencion solo induce presuncion, y únicamente hará prueba sobre hechos, labores y otras cosas antiguas oidas á sus mayores, y éstos á los suyos, ó contra el que presenta los testigos, ó en defensa del reo, ó en causas de dificil prueba (*d*), ó en las de inquisicion ó pesquisa, en las quales deben jurar tambien de lo que creen sobre el hecho que se les pregunta, si es cierto ó no (*e*). El terce-

(*a*) Leyes 9 tit. 16 P. 3 y 3 § 5 de testib. (*b*) Ley 13 tit. 16. P. 3. (*c*) Leyes 8 y 10 tit. 16 P. 3. Reiff. lib. 2. Decret. tit. 20. §. 1. nn. 343. &c. y 359. (*d*) Ley 29 tit. 16 P. 3. Reiff. nn. 360, &c. y 372. (*e*) Leyes 25, 28 y 29 tit. 16. P. 3.

ro es, que sean citados y rogados para desvanecer toda sospecha de falsedad, y no transeuntes. El quarto es, que no solo se presenten, sino que se juramenten tambien dentro del término probatorio ántes de declarar, y no ántes de la contestacion, sino en los casos expresados en los nn. 98, &c. y 103, ni despues de la publicacion de probanzas, á ménos que sea sobre nuevos artículos dependientes de los primeros. El quinto es, que para conocerlos y verlos juramentar se señalen dias y horas á la parte contraria, por si quiere asistir; cuyo señalamiento puede hacer el Escribano, excepto que la parte quiera que lo juramente el Juez, pues faltando el juramento y citacion no hacen fé, á ménos que el testigo se presente de convenio de las partes, y que las dos se conformen en que no se cite ni jure, relevándole del juramento (*a*); y habiéndose juramentado en dia útil del término probatorio, pueden ser exâminados en el feriado de él (*b*), y tambien fuera del término, segun se practica en estos reynos de Castilla. Y el sexto requisito que ha de tenerse presente es, que no tengan prohibicion de testificar en juicio, la qual por nuestras leyes (*c*), no tienen ningun hombre ni muger, sino los que se expresarán en los números siguientes.

257 No hacen fé en juicio el excomulgado vitando, el infame conocidamente por hecho ó derecho, sino en causa de traycion contra el Rey ó su reyno, con tal que primero se le atormente: el perjuro ó testigo falso, el de mala vida y fama, como ladron, alcahuete, tahur conocido (1) y borracho, aunque no lo esté, quando depone: el loco, mentecato ó fatuo, el amigo íntimo del que le presenta, ó enemigo capital de aquel contra quien es pre-

(*a*) Ley 23 tit. 16 P. 3 Cap. 2 de testib. Covar. lib. 2. Var. cap. 13 num. 5. (*b*) Mascard. de Probat. in proem. q. 5. n. 91 Farinac. q. 80. n. 5. (*c*) Las 2, 8, 9, 10 y 23 tit. 16 P. 3.

(1) La ley cit. 8. tit. 16 P. 3 dice: "ó tafur que anduviesse por las tavernas, ó por las tafurerías manifiestamente;,, y nuestro Diccionario Castellano dice que tahur es. ,, El que continua mucho las casas del juego, ó es muy diestro en jugar. Tomábase en lo antiguo por el que jugaba con engaños y trampas ó dobleces para ganar á su contrario.,, Así pues, este, y no el primero será el incapaz de testificar.

sentado; pero si lo es de ámbos, podrá testificar (1): el familiar ó criado del presentante sino en cosas domésticas que ningun otro puede saber mejor ni tan bien: el paniaguado, el interesado en la causa, á ménos que sea el capitular ó particular en las de su cabildo, concejo, comunidad ó universidad, aunque si la causa en que se presentan por testigos los vecinos de un pueblo ó individuos de comunidad, toca al interes particular de cada uno, no se deben admitir, ni harán fé sus dichos: los ascendientes y descendientes, sino que sea sobre edad ó parentesco suyo: el Juez en la causa que juzgó ó ha de juzgar, bien que puede certificar al superior de lo que pasare ante él, si se lo manda, y aun decir lo que sepa, siendo presentado á falta de otros, y no habiendo malicia en presentarle para excluirle de Juez, pues queda recusado: el Abogado, Procurador, Apoderado, Agente ó Curador á favor de la parte á quien defienden; pero sí al de la contraria, en cuyo caso debe esta protestar al tiempo de presentarlos, *no estar á su dicho mas que en lo favorable*; porque de omitir esta cautela pueden perjudicarle con su deposicion, si por pasion declaran á favor de su parte, y por el hecho de valerse de ellos absolutamente aprueba sus personas y dichos; excepto que convenza despues su falsedad: el que dixo mentira por precio ó soborno, el que falsificó carta, sello ó moneda del Rey; el alevoso, traydor y homicida, excepto en su defensa; el que intentó hacer alguna muerte, ó abortar á muger preñada con yerbas, veneno ó de otra manera; el marido por su muger, esta por él, ni uno contra otro en ningun pleyto; los hermanos miéntras estan baxo de la patria potestad, pero sí despues; los sócios en pleyto de su compañía, mas sí en otro, con tal que no sea en causa criminal, en que todos son cómplices, el no conocido del Juez ni de la parte contra quien es presentado, siendo muy pobre y vil; el casado que vive amancebado pública-

(1) Paréceme peligroso admitir por testigo al enemigo capital de ámbos litigantes. Podria serlo del uno mas que del otro, y podria con faltar á la verdad vengarse mas del uno que se vengaria del otro diciéndola.

mente (1), en que extrae y roba las Religiosas de su convento, el que violenta las mugeres para acto impúdico, aunque no las robe, el Religioso apóstata, miéntras lo sea, el que á sabiendas se casó sin dispensa con parienta dentro del quarto grado, el muy pobre y vil ó de mala fama, el que hizo pleyto homenage, y no le cumplió pudiendo y debiendo, el Judio, Moro ó Herege contra Christiano, excepto en causa de traycion contra el Rey ó su reyno: ni en pleyto de eviccion el que vendió la finca, porque es interesado (*a*).

258 No deben ser apremiados á ir á testificar en juicio civil el que fuere mayor de 70 años, el soldado ú otro que se hallare ocupado en la guerra, miéntras lo esté: el que tuviere tan grande enemistad que sin gran peligro no pudiese ir al lugar destinado, ni el enfermo interin se halle así. Tampoco deben serlo á ir ante el Juez los Arzobispos, Obispos, Próceres y Personages, ni las mugeres honradas que viven honestemente, por lo que si el pleyto es grave, debe el Juez ir á su casa á recibirles sus disposiciones, y no siéndolo, comisionar para ello el Escribano (*b*), poniendo auto por escrito y no verbalmente, pues no basta.

259 En causas criminales no puede testificar el que está preso, contra otro que sea acusado criminalmente (2), ni el que lidia por dinero con bestia brava, ni la muger prostituta (*c*); y ni á los parientes del acusador dentro del tercer grado, ni á los que viven con él quotidianamente, se deben admitir por testigos en dichas causas contra el acusado (*d*).

260 Tampoco deben ser apremiados ni atormenta-

(1) *Nin aquellos que son casados, é tienen barraganas conocidamente*, dice la ley 8 cit. pero yo dudo de que esto se observe en el dia, aunque no ignoro que si se observase, habria muchos casados ménos capaces de testificar.

(*a*) Leyes 8 y 14, &c. y 22 tit. 16 P. 3. (*b*) Ley 35 tit. 16 P. 3.

(2) „Porque mucho ayna (*fácilmente*) podria ser que diria falso testimonio, por ruego de alguno que le prometia, que lo sacaria de aquella prision en que yace.„ Ley 10 que se cita.

(*c*) Ley 10 tit. 16 P. 3 y fin tit. 30 P. 7. (*d*) Ley 31 tit. 16 P. 3.

dos para declarar como testigos los ascendientes, descendientes, ni transversales dentro del quarto grado en causa contra sus personas, fama ó la mayor parte de sus bienes, ni los suegros, yernos, padrastros é hijastros unos contra otros, aunque si espontáneamente testificaren, valdrá su dicho (*a*); lo qual deberá expresarse en su declaracion, como lo advierte Gregorio Lopez (*b*) y tendrá presente el Escribano. Asimismo no deben ser apremiados á ir á testificar en ellas marido y muger uno contra otro (*c*), ni el corredor sobre la cosa vendida por su mano sino de unánime consentimiento de las partes (*d*).

261 El dicho del siervo hará fé en estos cinco casos: en causa de traycion y defraudacion del Real haber, en la de muerte de su señora por el señor, ó de este por ella, en la de adulterio de esta, en la de muerte de su señor por sus herederos, y quando son dos sus señores, si el uno es acusado de haber muerto al otro; y para ser creido se le debe atormentar; pero despues que esté libre, puede testificar de lo que vió y supo, miéntras fué siervo (*e*).

262 Habiendo explicado qué requisitos han de concurrir en los testigos para que sus dichos hagan fé, y quáles pueden ó no testificar en juicio, paso á decir cómo ha de recibírseles el juramento á ellos y á las partes, quando declaran en juicio ó juran algun contrato en los casos en que se permite hacerlo para su mayor firmeza. El Católico secular debe jurar en esta forma. Ha de hacer la señal de la Cruz con los dedos pólice é índice de su mano derecha, como asimismo el que le juramenta, ó á lo ménos este, quien debe preguntarle; "Si jura por Dios nuestro Señor y por aquella señal de Cruz decir lisa y llanamente quanto supiere y sea concerniente á los hechos de aquel pleyto por ámbas partes, aunque no sea preguntado sobre ello; y que por amor, temor, odio, venganza, promesas, dadivas,

(*a*) Leyes 10, 11 y 15 tit 16 P. 3, y fin. cit. (*b*) Ley 11 cit. glos. 3. (*c*) Dicha ley final. (*d*) Ley 36 tit. 16 P. 3. (*e*) Ley 13 t. 16 P. 3.

ni por otro motivo alguno no ocultará la verdad, ni dirá mentira por favorecer ni perjudicar á ninguno de los litigantes, y que ántes bien declarará lo cierto como cierto, y lo dudoso como dudoso, segun lo tenga en su mente, sin añadir, quitar, ni tergiversar; como tambien que á ninguna de las partes revelará lo que se le pregunte, ni lo que declare, hasta que el Juez lo publique (*a*). El testigo ha de responder, *así lo juro*; y entónces el que le juramenta ha de decirle: "si así lo hiciere, Dios le ayude, y si no, le haga cargo de ello en su recto tribunal, quando le tome estrecha cuenta de su vida:" á lo qual ha de responder el testigo; *amen, ó así sea*. Esta fórmula trae la ley 24 tit. 16. P. 3, la qual no se observa en quanto á poner el testigo las manos sobre los santos Evangelios ni en otras cosas, y en su lugar se jura por costumbres sobre la Cruz, pues en jurando por Dios y por ella, no hay mas por quien jurar.

263 No debe ser creido regularmente el testigo en lo que declare, no habiendo sido juramentado sobre ello (*b*); y para que ninguno de los litigantes pueda repeler su dicho, pretextando excederse de los particulares contenidos en las preguntas, segun se han articulado, por no haber sido juramentado acerca de lo demas que depuso, (pues cada uno los articula á su modo, y calla lo que le tiene cuenta) prevengo al Escribano que en la recepcion y extension del juramento observe precisamente dos cosas. La primera es, que se pongan las palabras: "decir quanto supiere, y sea concerniente á los hechos de aquel pleyto por ámbas partes, aunque no sea preguntado sobre ello." Por exemplo, si preguntan á alguno, si es cierto que Pedro hirió á Juan con un puñal tal dia, á tal hora, y en tal lugar, no solo ha de responder á esta pregunta ciñéndose á lo literal de ella, sino tambien declarar si Juan le provoco ó injurió ántes de palabra ú obra, ó lo que prece-

(*a*) La ley 8 tit. 6 lib. 4 R. prohibe tambien dicha revelacion.
(*b*) Ley 31 tit. 16 P. 3. cerca del fin.

dió y dió motivo para herirle, y así entre otros casos; pues lo demas es ocultar la verdad de parte del hecho, no deponiendo sino por el que le pregunta, y así se ha de entender el mandato de la ley. Y la segunda, que jure asimismo que "á ninguna de las partes revelará lo que se le preguntó, ni lo que depuso;" pues de este modo se evita la corrupcion y soborno de otros testigos, si no declaró á medida del deseo de la que le presentó. Si el testigo es llamado á declarar en pesquisa, debe jurar no solo decir la verdad de lo que sabe ciertamente, sino tambien de lo que oyó decir, y de si cree ó no ser cierto el hecho sobre que se le pregunta, por qué le cree, y á quien le oyó (*a*). Y aunque cada testigo debe ser examinado con separacion, pueden ser juramentados muchos á un mismo tiempo, porque ni hay ley que lo prohiba, ni resulta el mas leve daño de ello al que los presenta, ni á su contrario; y este en caso de asistir al juramento de ellos debe firmarle, si sabe, y si no asiste, ha de expresarse así en él, segun se practica.

264 Al litigante católico secular se ha de preguntar: "Si jura por Dios y por la señal de la cruz que forma con su mano derecha, decir lisa y llanamente lo que supiere sobre lo que se le pregunte, sin ocultar la verdad ni tergiversarla, sino conforme la perciba y sea en sí.". Debe responder, *que así lo jura*, y despues le ha de decir el que le juramenta, lo que se ha referido en el n. 262, y él ha de responder: *Amen*. Esto es arreglado á la ley 19 tit. 11 P. 3 que habla indistintamente, sin exceptuar á persona alguna noble ni plebeya; y aunque trae mas extension en lo ceremonial, lo ha modificado la práctica por la razon expuesta. Del mismo modo juran los Clérigos de órdenes menores, porque para esto, aunque posean beneficio eclesiastico, se reputan legos.

265 Los Judíos han de jurar "por un solo Dios todo poderoso que crió el cielo y la tierra, y todas las

(*a*) Ley 25 tit. 16 P. 3.

demas cosas visibles é invisibles, y sacó á su pueblo de la esclavitud de Egypto, llevándole á la tierra de Promision: por la Ley de Moysés que profesan, y por todo lo que creen de la Biblia sacra, decir verdad, &c.„ y el que los juramente, despues que respondan, *que así lo juran*, debe decirles: "si así lo hicieres; el mismo Dios os ayude y premie, llevándoos al Paraiso celestial como á Abrahan, Isaac y Jacob, vuestros progenitores, y si no, envie sobre vos todas las plagas que envió contra Faraon y su reyno, y todas las maldiciones que por vuestra ley estan puestas contra los que desprecian los mandamientos de Dios;„ y han de responder: *Amen*. Esto es conforme á la ley 20 del mismo tit. 11.

266 A los Moros puestos en pie, teniendo levantado el brazo, y mirando hácia el medio dia, se les ha de juramentar de esta suerte: "Juras por Alaquivir, aquel que tú dices ser gran Dios, y á quien haces oracion: por Mahoma, que llamas su gran Profeta, por su Alcoran, y por todo lo que entiendes y crees de tu ley, y por ella te está mandado guardar, que dirás verdad, &c.? Debe responder: *si lo juro*; y el que le juramenta, le ha de decir luego: "Si así lo hicieres, hayas parte con él y con los demas Profetas en los paraisos en que crees estan; y si no, seas apartado de todos los bienes que dices te tiene prometido, y caigas en todas las penas con que el Alcoran amenaza á los que no creen en tu ley.„ Ha de decir: *Amen*. Así lo ordena la ley 21 de dicho tit.

267 Los Eclesiásticos, seculares de órden sacro han de jurar (precedida licencia de su Ordinario en el fuero secular y en causas civiles (*a*)) "como Sacerdotes y por las sagradas órdenes que han recibido;„ tocando al mismo tiempo y formando la Cruz sobre su pecho con la mano derecha. Los Religiosos Sacerdotes por lo mismo y por el *santo hábito que visten*, y los le-

(*a*) Cap. Testimon. 11 quæst. 1. cap. Super prudent. y cap. Quamquam 14 quæst. 2.

gos *por Dios, por la señal de la Cruz y por el santo hábito*, cuya fórmula es la establecida por uso y costumbre del foro ó de los tribunales. Los Caballeros de las órdenes militares por *Dios y por la Cruz de su hábito que traen al pecho*, tocándola al propio tiempo con la mano derecha; y así se practica por no haber ley que prescriba en todos estos otra forma de juramento ni solemnidad. Y aunque algunos dicen que al Sacerdote no se debe pedir que declare baxo de juramento, porque su declaracion jurada no admite prueba en contrario, no debe seguirse esta opinion errónea y puramente caprichosa, porque no hay texto canónico, ley, ni fundamento sólido en que apoyarla, y de no admitirla, como se admite acerca del dicho de otro qualquiera litigante ó testigo, se deduciria que el Sacerdote, aunque hombre, era incapaz de mentir.

268 Los Hereges, Arrianos, Eusebianos, Manicheos, Luteranos, Hugonotes, Calvinistas y demas sectarios, y los cismáticos han de jurar *por Dios todo poderoso, por los santos Evangelios, y por lo que creen de la Biblia ó Escritura sagrada, nuevo y antiguo Testamento*; y los pérfidos ateistas, puesto que niegan la primera causa, jurarán por aquello á que les obliga el juramento segun su secta. Los idólatras ó gentiles por el dios ó dioses que digan adoran, y con las ceremonias que acostumbren, en las que suelen estar muy bien instruidos, poniéndose en la extension del juramento segun las hagan, pues en nuestro derecho no hay ley que las exprese.

269 Los Arzobispos y Obispos jurarán como los Sacerdotes teniendo los Evangelios delante; pero sin poner las manos sobre ellos (*a*). Y se previene, que está prohibido se haga juramento en San Vicente de Avila, en el herrojo de Santa Agueda, sobre altar de cuerpo santo, reliquias del cuerpo de San Isidro de Leon, ni en otra iglesia juradera, aunque la parte lo pida, y el Juez lo mande, pena de pagar este, aquella y el que jurare 100 maravedis á la Real Cámara (*b*).

(*a*) Leyes 24 tit. 11 y 24 t. 16. P. 5. (*b*) Ley 5 tit. 7. lib 4 R.

270 Para hacer las partes sus probanzas con testigos forman regularmente sus interrogatorios con varios artículos ó preguntas, de las quales la primera y última se llaman *generales*, porque en todos se ponen; las demas son especiales, y se llaman *utiles*, porque conciernen al punto que se controviere. De todas procuraré instruir al Escribano.

271 Lo primero que se suele articular, es que los testigos sean preguntados "por el conocimiento de las partes, noticia del pleyto y generales de la ley:,, de cuyas preguntas la del conocimiento de los litigantes y noticia del pleyto se hace, porque sino los conocen, ni estan instruidos del hecho litigioso, no pueden deponer con claridad y verdad, aunque quando el hecho es respectivo á uno solo, basta que le conozca.

272 La ley 8 tit. 16 lib. 4 R. expresa las que llamamos *generales de la ley*, y se reducen á si el testigo es pariente por consanguinidad ó afinidad de alguna de las partes, y en qué grado; ó amigo íntimo suyo ó enemigo capital: si tiene interes en el pleyto: si desea que alguna de gane, aunque no tenga justicia y quál; y si fué sobornado, corrompido ó intimado por alguna de ellas, para que oculte la verdad ó mienta. Estas preguntas se dirigen á las tachas que se les pueden poner para debilitar ó desvanecer su dicho, si alguna los comprehende. Y es de advertir en primer lugar, que aunque el testigo declare que le tocan alguna ó algunas, no ha de dexar de exâminarle el Escribano, quien ha de preguntarle, quál es, y si dexará por eso de decir la verdad, y poner la respuesta que dé, que regularmente es la de que no dexarán por eso de decirla; y en segundo lugar, que si las partes nada dicen sobre las generales de la ley, fama y notoriedad, no debe preguntar acerca de ello á los testigos, porque carece de autoridad para suplir los defectos de ellas, y por su demasiada oficiosidad debe ser reprehendido.

273 A mas de lo dicho ha de preguntar á los testigos, aunque en el interrogatorio no se mencione, *de qué edad son*, como lo ordena la citada ley 8, *qué ofi-*

cio ó destino tienen, y de dónde son vecinos; pues debe saberse la edad para ver, si tienen ó no la que prescribe el derecho para testificar; bien que si es Sacerdote ó persona pública, como Abogado, Escribano ú otros semejantes, no es necesario preguntárselo ni expresarlo, y basta poner su profesion, porque se supone tenerla; excepto que sea sobre hechos antiguos ó edad de otro, en cuyo caso es preciso, porque de lo que pasó 50 años ha, mal puede declarar sino por oidas el de treinta; y la misma pregunta en quanto á la edad se ha de hacer á la parte; debe saberse tambien el oficio, por si es ó no vil, pues siéndolo, como el que le exerce, está envilecido, y nada tiene que perder de su honor, es capaz de todo, y no le causa rubor cometer la vileza de dexarse sobornar y mentir; y debe en fin saberse la vecindad para formar concepto de su dicho, hacer que le aclare, si depone confusamente, averiguar el carácter de su conducta, buscarle y castigarle si se perjura, y para otros fines conducentes al colitigante: á todo lo qual deben responder despues de juramentados; siendo de notar que el juramento del testigo no se puede hacer por Procurador como el de calumnia, y asimismo que la pregunta acerca de las generales de la ley, edad, oficio ó empleo y vecindad no solo se ha de hacer al testigo que es presentado en el término de prueba, sino tambien al que declaró antes y se ratifica dentro de él, sea ó no examinado al tenor del interrogatorio, ó solamente ratificado.

274 Las preguntas especiales llamadas *útiles* son las que conciernen al asunto litigioso, y han de ceñirse á lo alegado y excepcionado en el pleyto, pues de lo contrario no debe admitir el Juez los interrogatorios, y aunque los admita, no vale lo impertinente (a); pero como el cúmulo de negocios, con especialidad en lugares muy populosos, no le da tiempo para su exámen é inspeccion, se practica poner en el auto: *habiendo por presentado el interrogatorio quanto es pertinente*: cuya

(a) Leyes 2 tit. 12 P. 3, 174 del Estilo y 4 tit. 6 lib. 4 R.

cláusula surte tres efectos: el primero, cumplir en la parte posible con el mandato de la ley y no incurrir en la pena: el segundo, que si luego aparece que no debiéron admitirse las preguntas inconducentes, se desprecian y estiman por no admitidas, no haciéndose mérito de lo que los testigos depusiéron acerca de ellas; y el tercero, que aunque el testigo que por su infamia ú otro defecto legal no debia ser examinado, lo sea é induzca indicio para la tortura, no hará fé su dicho estando puesta la cláusula inserta (*a*). De la última pregunta general, que es la *fama*, y una de las especies de prueba propuestas, trataré en los nn. 329 y sig. de este capítulo.

275 Del interrogatorio de cada parte parece seria conveniente y deberia darse traslado á la otra, para que en su vista formase otro de repreguntas, á fin de que los testigos expusiesen mejor el hecho y la razon de sus dichos, y para hacerlos variar y apurar, si venian ó no sobornados; pero segun la práctica inconcusa del Consejo y de muchos juzgados Reales ni se comunica dicho interrogatorio, ni el Escribano debe manifestarle, y solo se hace en los tribunales eclesiásticos, por lo que se estará á su estilo. Mas el interrogatorio de repreguntas ni aun en estos se comunica, por no permitirlo el derecho (*b*). En aquellos en que se admiten repreguntas, se forma el interrogatorio como el de preguntas, refiriéndose al de estas en el pedimento con que aquel se presenta, pretendiendo que á los testigos que fueren interrogados, se repregunte esto ó lo otro, &c. y omitiendo la de *conocimiento*, y la de *publico y notorio*, porque como se hacen en el interrogatorio principal, son superfluas en el de repreguntas. Tambien se estila en algunas provincias nombrar acompañados que vean examinarlos, y les repregunten, no debiendo estos excederse ni hacer repreguntas que no sean concernientes

(*a*) Gom. lib. 3 Var. cap. 12. n. 20. Paz tom. 1 part. 1 temp. 8. nn. 50 y sig. (*b*) Cap. 2 de Testib. in 6. Paz tom. 1. temp. 8 nn. 93 sig.

al pleyto y preguntas, como muchos enredadores lo hacen, ni permitirlo, ni admitirlas el Escribano comisionado, pues se deben dirigir á apurar la verdad del hecho, y á no confundirla ni obscurecerla.

276 La habilidad y destreza del Escribano en los pleytos consiste en saber exâminar los testigos para no perjudicar á los litigantes, mayormente quando su prueba se afianza en sus dichos; en cuyo acto, como que exerce oficio de Juez en virtud de la comision que este le confiere, no debe llevar otra mira que la de investigar y aclarar la verdad sin pasion por una ni por otra parte. A este efecto debe enterarse del espíritu de las preguntas, del modo con que estan concebidas, y del fin á que se dirigen, para explicarlo á los testigos y evitar que tal vez declaren con error ó falsedad, sin saber lo que deponen, por no enterarse bien ó entender al reves la pregunta, como suele suceder; y hasta que satisfagan á una, no les ha de leer ni exâminar sobre la siguiente sino sobre cada una con separacion. Lo mismo ha de practicar con la parte, quando se le pide que jure posiciones al tenor de diversos capítulos.

277 Como en esto hay mucha ignorancia y condescendencia perjudicialísima, conviene advertir que en el exámen de testigos ha de tener presentes el Escribano las diez circunstancias que trae un capítulo del derecho canónico(a), cuya glosa las resume en los siguientes versos.

Auditus, visus, personæ, scientia, causa,
Fama, locus, tempus, ac certum, credulitasque.
Dum testes recipit judex, hæc cuncta notabit.

Es á saber: si oyó á los litigantes ó á otro lo que depone, quándo, en qué parage, y cómo se llama, quién se lo dixo, ó si lo vió, en qué dia y lugar sucedió, á qué hora, y quiénes estaban presentes: si conoce á los litigantes, desde quándo, con qué motivo, por qué sa-

(a) El 37 de Testibus et attestation.

be lo que declara, quál fué la causa del hecho litigioso y de moverse el pleyto: si le tiene por cierto, en que funda esta certidumbre, ó si le cree, y por qué: si de él ó de ser así hay fama pública en el pueblo, en qué tiempo se empezó á divulgar esta, si fué desde que se principió el litigio ó ántes, con qué motivo, y de quién sabe que provino; de suerte que dé razon de su dicho, pues no dándola no sirve (*a*), como ni tampoco el de oidas y creencia sino en ciertos casos que traen las leyes (*b*). De todo ha de poner la respuesta que se dé, y lo mismo ha de hacer el acompañado, debiendo el comisionado repeler lo demas, como que hace de Juez, y no es del caso ni sirve sino para confundir á los testigos y obscurecer la verdad.

278. Suele haber testigos tan protervos que mienten á rostro firme por odio, pasion ó soborno, ó palian los hechos de tal suerte que los desfiguran, sin hacer caso de la religion del juramento, del perjuicio que originan, de su responsabilidad á restituir, ni de las penas impuestas contra ellos; y para evitar en lo posible los perjurios y daños que pueden causar á las partes, especialmente en causas criminales, luego que el Escribano haya instruido al testigo de cada pregunta, debe mirarle atentamente á la cara, como que está leyendo y penetrando su corazon, oirle con agrado y mansedumbre sin interrumpirle miéntras hable, referirle lo que le responda, para que conozca que le entendió, y hacerle las preguntas expresadas en el número anterior, segun sea el caso, y otras concernientes á apurar la verdad, mirándole todavia á la cara, como lo manda la ley (*c*); pues en el semblante podrá conocer, si se perjura ó no, por ser dificil mentir sin inmutarse; bien que esto no es infalible, porque muchas personas con solo presentarse delante del Juez ó de algun individuo de justicia se inmutan y aturden, aunque esten inocentes. Lo mismo se debe practicar con la parte, quando se le tome declaracion. Si el testigo

(*a*) Ley 29 al fin tit. 16 P. 3. (*b*) Las 28 y 29 tit. cit. (*c*) La 26 del mismo tit.

vacila y titubea, el Juez segun algunos AA. ha demandar poner en los autos su vacilacion y causa de ella, pero no se acostumbra.

279 Pero si la razon que el testigo da de su ciencia y dicho, no es verosimil ni satisfactoria, ó parece contraria á lo que depone, ó está vario, ó se implica, ó titubea, ó es persona vil ó sospechosa, puede replicarle: "que cómo pudo ser, respecto lo que dice, &c. qué tiempo hacia, si estaba claro ó nublo, quando sucedió el caso; á qué hora fué; quiénes eran los circunstantes; de qué estaban vestidos;,, y segun sea el hecho ó cosa litigiosa, hacerle con arte y disimulo las demas réplicas, y repreguntas genéricas é indirectas que le dicten la imparcialidad, prudencia y deseo del acierto, y que se dirijan, no á que falte á la verdad, ni á confundirla, ni obscurecerla, sino á desentrañarla, patentizarla, descubrir su mentira y saber si viene ó no sobornado por quien le presenta, para lo qual debe desnudarse de toda pasion y no dexarse llevar de ningunos respetos humanos. Oida la respuesta del testigo debe decirle substancialmente lo que depuso y las razones que dió de su dicho, y si todo está conforme á su mente, sentarlo ó escribirlo sin añadir, ni quitar, leérselo muy despacio luego, para que quede plenamente enterado de lo que depuso, enmendar en el mismo acto lo que quiera se enmiende, y concluido poner al pie de la declaracion: "que se afirma y ratifica en ella, y qué es lo que sabe y puede declarar con verdad baxo el juramento que tiene hecho;,, y sabiendo firmar, hacer que la firme despues de salvadas las erratas, enmiendas, testaduras y adiciones que haya; pues si no sabe, no es menester, porque cada testigo debe ser exâminado con separacion, y nuestras leyes no mandan que no se admitan los que no saben firmar, ni que haya testigos que le vean declarar (*a*), así como ni tampoco son necesarios en los demas actos judiciales, excepto que en el juzgado se estile hacerse estos con ellos (*b*).

(*a*) Leyes 26 y 28 tit. 16 P. 3, y 8 tit. 6 lib. 4. R. (*b*) Paz in Prax. annotat. tit. de Tabellione num. 17.

280 En el exámen de la parte y testigos no se debe usar de preguntas y réplicas sugestivas, las quales, ó son claras ó paliadas: se llaman claras las que se hacen específicamente de algunas cosas, expresando las personas, circunstancias y qualidades de la causa civil ó criminal, ó de la cosa hecha, ó delito cometido, como si se pregunta al testigo, *si vió que Pedro mató á Juan en tal dia, en tal parte y á tal hora, hiriéndole con un puñal en el pecho; y paliadas*, quando se previene sutilmente al testigo, indicándole el modo de responder, ó se le abre camino y da luz para la respuesta, aunque en la pregunta no suene directamente. Estos modos de preguntar como perniciosos y reprobados por derecho (*a*) no se deben usar, y de lo contrario darán las respuestas los sugerentes y no los preguntados, con especialidad siendo pobres ó sencillos, pues estos, aunque asientan á ellas, mas lo harán tal vez por miedo, ó por no desagradar al que pregunta, que por ser verdad lo que dicen, como suele suceder.

281 Si el testigo despues de haber firmado su declaracion y apartádose del Juez ó Escribano que le exâminó, hablare ó tuviere tiempo para hablar con alguna de las partes, y quisiese corregir ó ampliar su dicho, no se le ha de admitir, por lo que haciendo muchas declaraciones debe ser atendida la primera; pero si hubiere declarado ambiguamente, ó no hubiese dado razon de su dicho, puede llamarle el Juez, aunque sea despues de hecha publicacion, para que la dé, aclare las dudas que resulten de su disposicion, y no quede oculta la justicia de la parte, y valdrá su dicho en este caso, no obstante que haya hablado con ellas. Lo mismo puede practicar el Juez á instancia de la parte que le presentó, quando esta halla que no fué preguntado al tenor de todas las preguntas de su interrogatorio, y las omitidas conciernen al pleyto (*b*).

(*a*) Ley 3 tit. 30 P. 7 Farinac. tom. 1. Prax. crim. q. 84 nn. 91 y 92, y tom. 3 q. 83 n. 84, y de Testib. q. 79 n. 78. (*b*) Ley 30 tit. 16 P. 3. Hermosill. en la 56 tit. 5 P. 5 gl. 6 n. 72. Vela diss. 38 n. 74.

282 No deben apartarse los testigos despues de juramentados de la presencia del que los exâmina, hasta que evacuen su declaracion, excepto que no pueda recibírsela entónces, en cuyo caso la ha de tomar despues, y deben esperarle hasta 15 dias á lo ménos (*a*): de lo qual se deduce no ser preciso que el testigo sea exâminado en el acto del juramento, y que puede serlo despues de algun tiempo; pero entónces debe practicar el Escribano dos cosas: la primera, extender el juramento en los autos, y que le firme si sabe, para que conste que fué presentado y juramentado en tiempo hábil; y la segunda, poner en la cabeza de la declaracion, "que la hace en fuerza del juramento que hizo en tal dia, el qual reitera en caso necesario.,, Quando el testigo juramentado en tiempo hábil dice que duda de lo que se le pregunta, ó no se acuerda bien, y pide término para hacer memoria de ello, se le debe conceder (*b*); y lo propio milita en la parte, con tal que lo diga en el mismo acto por sí y no por consejo de su Abogado (*c*); bien que esto es peligroso, y así solo se observa lo que ordena la ley recopilada posterior, y se ha explicado en el núm. 251. Y si uno, ú otro dice que no puede evacuar su declaracion por tener que ver algunos papeles, se le debe conceder tiempo para su inspeccion, y no concediéndose al testigo podrá pedir la parte, y el Juez deberá mandar que la evacue despues de la publicacion, lo qual he visto practicar como justo.

283 Aunque los interrogatorios contengan muchas preguntas, si la parte que los produce, dice al Escribano que tal y tal testigo sean exâminados solamente al tenor de ciertas y determinadas que señala, debe expresar en la cabeza de su deposicion para quáles fuéron presentados, y no exâminarlos de ningun modo sobre las restantes, porque á mas de ser superfluo no

(*a*) Ley 26 tit. 16 P. 3. (*b*) Ley 11 tit. 11 P. 3 verb. E si por aventura. (*c*) Ley 3 tit. 13 P. 3. Cap. 48 de testibus y cap. 7 de testibus cogendis.

aprovècha á la parte el que digan que las ignoran, se le evitan gastos, y no se pierde tiempo, pues no todos pueden deponer acerca de todos los particulares de los interrogatorios.

284 Cada testigo debe ser exâminado secreta y separadamente de los demas, sin que estos, las partes, ni otra persona le vean declarar, ni sepan lo que depuso, ni lo que se le preguntó, hasta que se haga publicacion de probanzas; y no se ha de apartar del que le exâmina, hasta que concluya su declaracion, como se ha expuesto (*a*), excepto que sea tan larga que requiera mas de un dia para hacerse. El Escribano ha de extender sus dichos á la letra y no en abreviatura, ni con la letra muy metida sin mudar palabra ni aclararla, sino como la diga, pues así lo manda la ley (*b*); pero no obstante se permite y está en práctica ponerlos con voces claras inteligibles y decentes que no varien la substancia, y ántes bien hagan mas perceptibles los hechos, porque de lo contrario, si el testigo es rústico, sirve no de declaracion sino de confusion su dicho; fuera de que cuesta muchísimo trabajo entender á algunos, y es menester casi adivinarlos y repetirles muchas veces lo que dicen, para que lo entiendan y vean que los entienden. Y si los testigos y las partes quieren escribir sus declaraciones, ó rubricar las hojas de ellas, nadie se lo debe impedir, pues tienen facultad para ello, como que son produccion y acto suyo que han de corroborar con su firma, sin que en esto injurien al Escribano, ni Juez que se las recibe, porque usan de su derecho.

285 Exâminándose los testigos por medio de intérpretes, han de jurar estos "que dirán en idioma Castellano lo mismo que aquellos depongan en el suyo sin añadir, quitar, interpretar, ni tergiversar cosa alguna," y si hay dos intérpretes en el pueblo, ha de ser exâminado cada testigo por ámbos á presencia del Escriba-

(*a*) Leyes 26 tit. 16 P. 3. y 28 tit. 6. lib. 3. R. (*b*) La 11 tit. 22 lib. 2. R.

no; para que no dude de su deposicion, á ménos que los litigantes se conformen en que uno solo asista el exámen y juramento, ó que en el pueblo no haya mas, en cuyos dos casos se ha de estar á su dicho, pues hace plena fé, (*a*), y así se practica.

286 Tienen obligacion las partes de satisfacer á los testigos las expensas é intereses que pierdan por el tiempo que ocupen en ir á declarar y regresar á sus casas (*b*); y no deben sobornarlos, corromperlos, intimidarlos, rogarles, ni inducirlos á que declaren lo que no saben, pena de ser castigadas conforme á derecho; pero se les permite hablarles y traerles á la memoria los hechos, encargarles sus conciencias sobre que digan la verdad, y lo que supieren y de qué se acordáren (*c*), y entregarles á este efecto copia del interrogatorio.

287 Puede apremiar el Juez á los testigos por prision y embargo de bienes á que compadezcan á su presencia á declarar baxo de juramento lo que sepan, sea en pleyto civil ó criminal; y no debe admitir su dicho dado ó enviado por escrito, pues á mas de no valer está prohibido (*d*). Ademas; en las causas civiles árduas y de importancia, y en las criminales debe el Juez exáminar por sí los testigos, sin cometer su exámen al Escribano ni usar de la cautela de que éste tome á solas sus dichos, despues que aquel los juramente, y luego en su presencia los lea el Juez; pena á este por la primera vez de 50 maravedis y al Escribano 20: por la segunda doblados, y por la tercera privados ámbos de sus oficios (*e*).

288 Hallándose algunos testigos fuera del territorio ó jurisdiccion del Juez que conoce de la causa, ha de enviar este requisitoria á el del pueblo en que viven, con insercion del interrogatorio y demas condu-

(*a*) Góm. lib. 2 Var. cap. 9 n. fin. y Ayllon n. 6. Cur. Philip. part. 1 § 17 n. 26. (*b*) Ley 26 al fin tit. 16 P. 3, y su glos. penult. y fin. (*c*) Ley 8 al fin tit. 6 lib. 4 R. (*d*) Leyes 6 tit. 6 lib. 4 R. y 31 y 35 tit. 16 P. 3, Góm. lib. 3 Var. cap. 12 n. 24. (*e*) Leyes 27 al fin tit. 16 Par. 3, 19 cap. 5 tit. 6, 15 tit. 7 lib 2, 50 tit. 4, y 28 y 44 tit. 6 lib. 3 R.

cente, para que los exâmine á su tenor (a); con cuya requisitoria, ó con la receptoría, si se despachare (1), se debe citar particularmente, como quando se sigue en rebeldía, á la parte contraria, si está en el pueblo, ó á su Procurador, por si quiere ir ó enviar persona que conozca y vea juramentar los testigos. Lo mismo se practica y debe hacer para compulsar instrumentos, cotejar los producidos, y redarguirlos civilmente de falsos, ó hacer prueba de vista ocular, sin embargo de la citacion general hecha con el auto en que se mande todo lo referido, como se colige de la ley 8 cit. Dicha requisitoria se debe cumplimentar yendo documentada, sea en causa civil ó criminal, no solo por el Juez con quien hable expresamente, sino tambien por el sucesor en su audiencia y jurisdiccion, aunque no se nombre en ellas, y el requirente haya fallecido ó cesado en su oficio, como sienta Covarrubias (b) y está en práctica.

289 Si las partes omiten articular en el interrogatorio principal algunos particulares de los alegados y conducentes á su defensa, sea por olvido, ó porque al tiempo de hacerle no creyéron poder probarlos, y despues de presentado hallan testigos que los declaren, pueden ponerlos por pedimento ó por otro interrogatorio pretendiendo se exâminen á su tenor; pero esto

(a) Dicha ley 27 y ley 8 tit. 8 lib. 4 R.

(1) El Señor Conde de la Cañada propone la duda de si pasados los 15 dias despues de la publicacion en que los privilegiados pueden pedir la restitucion para hacer probanza, podrá el Juez recibir inmediatamente las tachas á prueba, ó si la ha de suspender hasta que el menor haga la suya en el pleyto principal, esperando de consiguiente á que pase todo el término que para hacerla le conceda el Juez, no excediendo de la mitad del ordinario que permite la ley; y resuelve que debe hacerse dicha suspension, y esperar tambien á que se pida y haga publicacion de las probanzas que haya hecho el menor en uso de la restitucion: por manera que el auto de recibir las tachas á prueba es respectivo no solo á "las que se hayan puesto á los exâminados en el término de la restitucion sino tambien á las que estaban anteriormente indicadas, y se hallaban suspendidas por los quince dias referidos,, Véase á dicho autor Ins. Pract. p. 1. cap. 10 nn. 73, &c. y 98.

(b) Pract. q. cap. 11.

ha de ser precisamente dentro del término probatorio, pues ninguna ley lo prohibe, ni dice que se forme un interrogatorio solo; ni tampoco que no se puedan hacer por pedimento las preguntas á los testigos, lo qual es corriente, y así lo he practicado y visto practicar.

290 Un solo testigo, por autorizado y encumbrado que sea, no hace prueba, regularmente hablando, excepto que sea Emperador, Rey ó Papa (*a*); bien que quando no se trata de perjuicio de tercero, ó se convienen las partes, ó el testador mandó que en quanto á su herencia se esté al dicho de cierta persona que señala, ó en las causas en que de ningun modo, ó al ménos con grave dificultad se pueden presentar muchos testigos, ó quando con su dicho concurre la fama, ó para probar la causa verosímil de ignorancia, ó en negocios muy leves, y en otros varios casos que trae Reiffestuel (*b*), hace prueba el dicho de un testigo solo.

291 Dos testigos contestes en costa ó hecho, tiempo, lugar y circunstancias, como que Pedro mató á Juan en tal parte, en tal dia, á tal hora, con tal instrumento, &c. hacen plena probanza siendo hábiles, idóneos, y tales que no puedan ser desechados por razon de sus dichos ni personas; á ménos que sea para justificar paga ó liberacion de débito, ú otro contrato de que se haya otorgado escritura pública, ó testamento ú otra última disposicion, pues entónces son necesarios mas (*c*), como se ha sentado en la primera parte.

292 Pero no obstante esto se permite á cada litigante que presente hasta 30 testigos sobre cada pregunta ó artículo, como jure que no lo hace con malicia, ni por dilatar; y si no hay mas que una pregunta, los treinta solamente; mas si despues de nombrados tuviese noticia de otros, con quienes crea probar mejor su intencion, y lo jurare así, en este caso dexando los que no esten exâminados, se le deben admitir los que

(*a*) Ley 32 tit. 16 P. 3. cap. 28 de testib. y Clementin. únic. de probation. (*b*) Lib. 2 Decret. tit. 20 § 8 y tit. 19 § 3 nu. 165 &c. y 68. (*c*) Leyes 32 y 40 tit. 16 P. 3.

nuevamente nombre, hasta completar el número referido y no mas (*a*); y si de los presentados no quiere que se exâminen todos, nadie le puede precisar á ello, porque así como está en su arbitrio el hacer ó no prueba, lo está tambien el presentar y hacer que se exâminen ó no los presentados y juramentados, sin que haya ley que diga lo contrario. Pero es de advertir que en la segunda ó tercera instancia en grado de apelacion y suplicacion no se deben admitir interrogaciones, ni testigos acerca de los mismos artículos, ú otros directamente contrarios, sobre los que en las precedentes ó en alguna de ellas se recibiéron, sean relativos á los méritos de la causa paincipal, ó á las tachas de los testigos exâminados en qualquiera de las instancias anteriores; y el Abogado que pusiere las interrogaciones, incurre en la pena de 1℔ maravedís (*b*).

293 Aunque las partes despues de haber presentado algunos testigos digan que no quieren presentar mas, no por esto han de dexar de admitirse los que presenten hasta los 30 expresados, con tal que sea dentro del término probatorio, y que juren que ignoran sus deposiciones y las de los de su contrario, como lo manda la ley 34 tit. 16 P. 3. "E en tal caso como este decimos, que si los testigos que eran recebidos, non fueren abiertos, é jurare este que quiere aducir otros, que non sabe lo que dixéron los testigos que habia aducho primeramente, nin los otros que habia dado su contendor, é non fueren passados todos los plazos en que avia poderlo de provar: que debe ser recibida su prueba, é non ha porque le empecer (*perjudicar*) lo que dixo que non queria dar mas pruevas. E esto es porque los Juzgadores siempre deben ser apercibidos para pugnar de saber la verdad por quantas partes pudieren. Mas si los plazos fuessen passados, non ge los deven despues recibir, salvo ende carta, ó instrumento.,, Por esto los Escribanos en el requerimiento que hacen á las

(*a*) Leyes 11 tit. 22 lib. 2 y 7 tit. 6 lib. 4 R. (*b*) Ley 4 tit. 9 lib. 4 R. Covar. Pract. q. cap. 18 n. 6.

partes, para si quieren presentar mas testigos, si responden que no, y faltan algunos dias de término, ponen: "por ahora y sin perjuicio de presentarlos siempre que lo tengan por conveniente:„ cuyo aditamento es útil, aunque no necesario, por lo que el Escribano comisionado puede recibirlos, no obstante que se omita, sin que la parte tenga precision de acudir al Juez para ello durante el término probatorio, porque en virtud de la comision le subroga en su lugar y le da las facultades que á dicho fin le concede la ley.

294 No hacen plena probanza los testigos varios y singulares que son las que declaran sobre diversos hechos, de modo que cada uno testifica del suyo y no concuerda con el otro (*a*). La singularidad es de tres maneras, *obstativa*, *adminiculativa y diversificativa*(1). Se llama *obstativa ó adversativa* la que contiene contrariedad de los testigos que deponen de un mismo hecho, ó repugnancia en sus dichos, v. g. uno dice que Pedro hizo la muerte, ó hurtó en tal parte y á tal hora, y otro que esto fué en otro lugar y á otra hora; pues repugna que pudiese haber hecho y cometido una misma muerte ó delito en diversos parages y á distintas horas, por lo que á ninguno se debe creer, ni deferirse el juramento supletorio; y así mas vale un testigo idóneo que hace semiplena prueba, que muchos singulares con singularidad obstativa, aunque sean mil, porque uno hace sospechoso al otro y ámbos arguyen falsedad (*c*).

295 Adminiculativa ó acumulativa se llama, quando los testigos deponen de hechos diversos; pero que se ayudan mútuamente para probar aquello que se controvierte: como si uno dice *que vió á Pedro quitar un caballo*, y otro *que oyó decir á Pedro que habia quitado aquel mismo caballo*. Esto sucede generalmente todas las veces que las diversas deposiciones de los testigos se di-

(*a*) Reiff. lib. 2 Decret. tit. 20 §. 9 nn. 282, 283 y 284. (*b*) Farinac. de Testib. q. 64 n. 4. (*c*) Mascard. de Probation. conclus. 958 n. 20. Farinac. lug. cit. nn. 37, 41, 44, &c. y 50.

rigen á averiguar el hecho qüestionable ó litigioso; pues unos suelen deponer de vista, otros de fama, oidas, ó confesion de él, y otros de hechos que aunque distintos conducen al intento y no son repugnantes, por lo que el uno no hace sospechoso al otro; y así en las causas civiles si testifican de hecho por su naturaleza sucesivo, continuo, ó genérico hacen plena prueba (*a*); porque siendo interrogados sobre él, ó sobre el todo integral, aunque depongan de actos diversos, ó partes del preguntado, como todos miran por distintos medios á un propio fin, no se juzgan singulares sino contestes (*b*); pero si se trata de algun acto particular ó especial é individuo, no prueban plenamente; bien que inducen presuncion, y el Juez puede deferir el juramento supletorio (*c*). En las criminales no prueban tampoco para la condenacion de la pena ordinaria, mas inducen presuncion grande contra el reo y abren camino al Juez para inquirir, y aun muchas veces son suficientes para la tortura ó imponerle pena extraordinaria (*d*); pues para la ordinaria es indispensable que la prueba sea indubitada (*e*), no obstante haber delitos para cuya calificacion bastan testigos singulares siendo fidedignos.

296 Y singularidad diversificativa se llama, quando los testigos deponen de hechos diversos que no son contrarios ni repugnantes entre sí, ni el uno ayuda al otro: v. g. dice uno que Pedro prestó á Juan cien reales en tal dia, y tal parte, y otro que le prestó veinte en otro dia y parage, y así estos testigos, sin embargo de no enervar el dicho del uno el del otro, no hacen prueba; pero si alguno es mayor de toda excepcion, hará semiplena probanza, porque su deposicion conserva el valor que merece la de un testigo fidedigno (*f*).

297 Probando ámbas partes su intencion con testi-

(*a*) Farinac. q. cit. nn. 115, &c. y 164. Mascard. conclus. 1025 nn. 24 y sig. (*b*) Reff. lug. cit. nn. 297, &c. y 306. (*c*) Farinac. q. cit. nn. 52, 113 y 126. Mascard. conclus. 958 n. 20 al fin. (*d*) Farinac. Prax. crim. lib. 1 q. 37 nn. 34 y 35. (*e*) Reff. lug. cit. n. 307 hasta el fin. (*f*) Farinac. nn. 41 y 47. Reiff. nn. 294, 295 y 296.

gos debe el Juez seguir y gobernarse para dar la sentencia por los que depongan lo mas verosímil, tengan mejor fama, esten mas autorizados, y sean mas dignos, aunque ménos en número. Siendo iguales en fama y dichos, porque todos deponen lo que es posible hubiese sucedido, ha de estar á la pluralidad; y si lo son en el todo y deponen cosas contrarias, debe absolver al reo (*a*), sino es que el actor intente causa favorable, como son las de matrimonio, dote y testamento, que entónces ha de decidir por estas (*b*). Si los de una parte discordaren, debe creer á los que digan lo mas verosímil al hecho, y sean de mejor fama, aunque pocos: lo qual no sucederá, si presenta dos instrumentos contrarios, pues á ninguno debe creer, porque puede verlos ántes y mirar, si le aprovecha ó daña su presentacion, y así echese la culpa de su inadvertencia; pero en los testigos no puede saberlo, puesto que á la parte suelen decir una cosa y ante el Juez declarar otra, como lo vemos y lo dice la ley. Y si el testigo es contrario á sí mismo en su dicho, no hace fe (*c*).

298 Si comprometiéndose las partes en árbitros, estos recibieren testigos, y aquellas hicieran algun pacto sobre si el Juez ha de sentenciar ó no por sus dichos, en caso que los árbitros no decidan su contienda, se debe estar al pacto: si nada pactáron, está en eleccion de aquella contra quien se produxéron, el pasar por sus dichos ó hacer que vuelvan á declarar ante el Juez; pero si ya estuviesen muertos, deben valer sus deposiciones, y el Juez ha de sentenciar con arreglo á ellas; bien que no se priva la parte de alegar contra las personas y dichos de los testigos (*d*).

299 Consistiendo el pleyto ó la prueba en ciencia, arte ú oficio, han de nombrar las partes dos peritos para que declaren acerca del asunto litigioso, en caso que los haya en el pueblo, y si alguna no quiere nombrar por sí, lo ha de hacer el Juez de oficio por su rebel-

(*a*) Ley 40 tit. 16 P. 3. (*b*) Cap. 3 de Probation. y cap. últim. de Sentent. & re judicat. (*c*) Ley 41 tit. 16. P. 3. (*d*) Ley 38 tit. y P. cit.

dia; pero si no hay mas que uno, bastará y se deberá estar á su asercion, excepto en las causas árduas y de entidad, en las quales se deben buscar dos, sino es que las partes se conformen en uno (*a*). Con ellos y con el tercero que se elija en caso de discordia, asistan ó no todos tres á la vista ocular, ó reconocimiento, ó cada uno lo haga por si solo, como puede hacerle, y presénciele el Juez ó no, nada mas tiene que hacer el Escribano que recibirles el juramento: "de que dirán la verdad, como la conciban segun su inteligencia con arreglo á su arte, oficio, ó ciencia, sin causar agravio á ninguna de las partes;" pues los peritos ponen en borrador sus declaraciones y se las entregan, para que las extienda en los autos coordinándolas segun el estilo forense; bien que si el Juez concurre, debe juramentarlos este y no el Escribano. Para que depongan con justificacion y pleno conocimiento, se les han de manifestar siendo preciso, no solo los autos sino tambien los documentos producidos en ellos por las partes, y al tercero unos y otros con las declaraciones de ambos peritos, á fin de que en vista de todo se conforme con la que sea arreglada. Ademas, las partes deben ser citadas para asistir al juramento y reconocimiento, si quisieren, aunque no á la declaracion que hagan, señalándoseles el dia en que aquel se ha de evacuar, y han ne ser juramentados los peritos en el término probatorio, si el reconocimiento se pide dentro de él; pero el tercero puede serlo despues.

900 La quarta especie de prueba es la que se hace con *instrumentos, privilegios y libros de cuentas*. El instrumento de tres maneras: *publico, auténtico y privado*: de los dos primeros se tocó algo en el cap. 31 y final de la I. P. que puede verse. El instrumento público se llama así, porque le autoriza persona, en quien reside autoridad pública concedida por el Rey para ser creido, y se otorga ante testigos (*b*), por lo que no se debe dudar de

(*a*) Hermos. ley 56 tit. 5. P. 5 glos. 6 nn. 24, &c. y 60. Góm. lib. 2 Var. cap. 6 n. fin. vers. Et ex superioribus. Aillon n. 6. (*b*) Cap. 15 de Fide instrum. Covar. pract. q. c. 19. n. fin.

su otorgamiento. Este instrumento se compone de *protocolo ó registro*, *copia original*, *y traslado ó exemplar*, como se expuso en el cit. cap. por lo que si el producido en juicio está autorizando por Escribano no conocido en el juzgado en que se presenta, y la parte contra quien se produce, le redarguye de falso (como puede hacerlo en qualquier tiempo y estado de la causa, aunque al principio no lo haya hecho por inadvertencia) diciendo que el que le autorizó no es, ó no fué Escribano; no hace fé, si á lo ménos por fama pública del pueblo en que suena otorgado, no justifica el producente haberlo sido (*a*); ó si no está comprobado por dos ó tres Escribanos que den fé no solo de que lo es, sino tambien de que la firma y signo puestos á su final son suyos, pues puede ser Escribano y haberse suplantado el instrumento; y lo propio sucede habiéndose hecho en parte remota, segun se practica y estima en juicio (*b*). Pero si es muy antiguo que pase de cien años, hace fé, aunque no esté comprobado, ni conste que fué Escribano el que la autorizó, por la gravísima dificultad de hallar testigos del conocimiento de este (*c*). Con este motivo convendrá hacer algunas advertencias. Primera. Si un mismo litigante produce en juicio dos escrituras contrarias en un propio hecho, á ninguna se debe creer (*d*). Segunda. El Escribano no solo está obligado á custodiar y conservar el protocolo (*e*), segun se dixo en el cap. fin. cit. n. 26, sino que una vez otorgado el instrumento no debe entregarle á las partes ni á otra persona, porque á mas de no hacer fé por los fundamentos expuestos en dicho cap. n. 14, debe tenerle siempre en poder suyo, y así dará copias de él. Tampoco debe romperle, aunque lo quieran los otorgantes por razon de haber des-

(*a*) Ley 114 tit. 18 P. 3 cap. 2 de Fide instrumentor. (*a*) Parej. de Edition. tit. 1 resol. 3 §. 2 nn. 42, 51 y sig. Parlad. lib. 2 Rer. cap. fin. part. 1 §. 11 ampliat. 3 n. 17. (*c*) Greg. Lop. ley 115 tit. glos. 5. Parej. nn. 35 y 59. Covar. Pract. cap. 21 n. 7. (*d*) Ley 114 tit. 18. P. 3. (*e*) Ley 12 tit. 25 lib. 4 R. Covar. Pract. cap. 19 n. 2. al fin.

hecho el contrato (*a*); pues es acto que se publicó y puso en archivo del público, de que está constituido archivero y custodio de Escribano, y como tal carece de facultades para extraerle de este, fuera de que puede probarse su otorgamiento en lo sucesivo, hacérsele cargo de él y castigársele por su falta; y así los interesados no usen de él, ó revóquenle por otro, poniendo en aquel la competente nota de este. Tercera. Si el acreedor devuelve á su deudor el instrumento de la deuda ó le cancela, se entiende libertarle de ella, excepto que lo haga por fuerza, miedo, ó engaño, y se pruebe (*b*). Y quarta advertencia. Aunque el instrumento carezca de la fe de conocimiento del que le otorga, y de la deposicion acerca de él de dos de los testigos instrumentales, no será nulo, porque la ley no le invalida ni pone por forma tales requisitos (*c*), segun se ha sentado en la I. P. cap. 1. nn. 1. 247 y sig.

301 Alegando la parte que es falso el instrumento que se produce contra ella, porque en el dia que aparece otorgado, se hallaba fuera del pueblo del otorgamiento y en otro en que fue testigo de otro instrumento, y tan distante que no podia haber venido naturalmente; para probar su falsedad de presentar otro público hecho en aquel dia, en el lugar donde dice estuvo, y de que fue testigo, ó á lo ménos quatro testigos idóneos y legales que depongan haber estado en otro diverso de aquel en que suena otorgó el redarguido; pero si el instrumento no es público, bastan dos que así lo declaren; y séalo ó no, debe jurar el que alega la falsedad, que no lo hace de malicia ni por calumniar, sino porque cree que es falso: todo lo qual se entiende, quando la parte que le produce, quiere usar de él, pues si dice que no, no se ha de admitir prueba sobre su falsedad (*d*).

302 La falsedad es mutacion de la verdad hecha con

(*a*) Farinac. lib. 5 tit. 16 de Falsitat. & simulat. q. 154 nn. 30 y 31. (*b*) Ley 40 tit. 13 P. 5. (*c*) Burgos de Paz ley 2 de Toro p. 2 concl. 7 n. 1285. Gutier lib. 1 Pract. q. 144 al fin. (*d*) Leyes 112 116 y 117 tit. 18 P. 3.

dolo en detrimento de tercero, y se comete por escrito, dicho, hecho y uso, cuyos modos explica la ley (a). La presuncion de falsedad en los instrumentos es la que inducen el mal proceder de la persona que los presenta, si está acostumbrada á producir otros falsos, y contienen vicio visible: la mala gramática ó construccion, la diversidad de estilo ó forma de dictar del que los hizo, las cláusulas ó cautelas insólitas que contienen, excepto que intervengan causa justa para ponerlas, la diferencia de papel y signo, la tardanza en producirlos, el hallarse en un libro, ó estar escrita en la carta reciente un instrumento antiguo, quando consta que entónces no se hacian estos, la inverosimilitud que es imágen de la falsedad, el contener testigos muertos el moderno, ó el estar el uno muerto, y afirmar el otro que no presenció su otorgamiento, el haberse estrechado para concluirle, habiendo espacio ó campo bastante al principio, y ensanchado demasiado en este las líneas ó renglones: el hallarse cortado ó roto, ó antepuesto ó propuesto por órden inverso, el carecer de la solemnidad que requiere, y otras varias causas (b). Tambien se hace muy sospechoso, quando está manchado ó agugereado en lugar substancial, mas no si lo está en otro (c). Pero si se produxo sin mancha en juicio ante el Escribano de la causa, aunque despues se halle manchado, no pierde su valor ni la fe que merece (d). Y aunque el instrumento sea nulo, no por esto lo será el contrato ni testamento, si se prueba haber concurrido á ellos el competente número de testigos, y no es su substancial en el contrato la escritura (e).

303 Afirmando el Escribano de buena fama que no hizo el instrumento, debe ser creido, sino se prueba plenamente lo contrario; y tambien confesando que sí, aunque los testigos instrumentales lo nieguen, ó digan que

(a) La 1 tit. 7 P. 7. Farinac. de Falsitat. & simulat. lib. 5. tit. 16 q. 150 nn. 1, &c. y 6. (b) Farinac. lug. cit. q. 153. part. 9. (c) Mascard de Probat. conclus. 282 nn. 1, 2 y 3, y 284 n. 1. (d) Farinac. q. 153 cit. nn. 185, 186 y 187. (e) Burg. de Paz ley 3 de Toro p. 2 n. 1041. Parlad l. 2 cap. fin. part. 1 §. 12 limit. 1. n. ult.

no se acuerdan, si presenciáron ó no su otorgamiento, con tal que la copia concuerde con el registro y no en otros términos. Pero siendo de mala fama y todos los testigos instrumentales de buena, si estos concuerdan en una cosa, sea afirmando ó negando, y el instrumento ha poco tiempo que se hizo, deben ser creidos, y no el Escribano (*a*); de suerte que para declararse falso el instrumento son necesarias tres cosas: á saber; que los testigos sean mayores de toda excepcion, que todos concuerden en no haberse hallado presentes á su otorgamiento, y que el Escribano tenga mala fama, y así el que intenta semejante declaracion, se mete en árduo empeño (*b*).

304 Si la parte niega que el instrumento esté autorizado por el Escribano que parece estarlo, porque su signo, firma y letra son desemejantes á las suyas, y él asegura que le hizo, ha de ser creido: si lo niega no debe hacer fe; y si dice que le hizo, pero que fué falso y con error, tambien ha de ser creido. Si ha muerto, ó está ausente muy léjos, se deben elegir peritos que baxo de juramento cotejen la letra, firma y signo con otras de instrumentos ciertos que haya hecho, y segun declaren y parezca al mismo Juez, aunque concuerden en una misma cosa, puede declarar, si merece ó no crédito, porque la ley (*c*) fundada en que por la mudanza de tinta ó pluma, ó por enfermedad, ó vejez del que escribe, suelen desemejarse las letras, como lo vemos diariamente, pues muchas veces no conocemos lo que hemos escrito, y ademas algunos saben fingirlas é imitarlas perfectamente, no le obliga precisamente á estar por lo que produzca la mera comparacion ó cotejo sin otros adminículos verídicos, ó dos testigos fidedignos que juren haberle visto firmar el instrumento, por no ser prueba completa sino á lo mas semiplena. Y si se cotejan firmas, cartas, ú otros papeles privados, ha de ser con otros indu-

(*a*) Ley 115 tit. 18 part. 3 verb. E si por aventura. (*b*) De esto se habla en el lib. 1 cap. 1 n. 31 distinguiendo cinco casos para su mas perfecta inteligencia. (*c*) La 118 tit. 18 P. 3.

bitados del sugeto por quien suenan escritos, como son los que pasan ante el Escribano, de cuya certidumbre y veracidad no debe durarse, ó los que tiene reconocidos expresamente en juicio; pues siendo con otros de nada sirve el cotejo, porque no hay cosa cierta en que se afiance, lo qual procede igualmente en el actor y reo (*a*).

305 Aunque el instrumento no valga, se puede justificar su contenido por testigos ó por otro medio legal (*b*); y en la prueba de testigos instrumentales se incluye el Escribano; mas no quando se hace por otro instrumento, porque no ha de hacer de testigo y Escribano á un mismo tiempo. Y es de tener presente, lo primero, que el instrumento se presume falso por el hecho de querer el que le produce probar su contenido con testigos (*c*); y lo segundo que los instrumentos que la parte produce judicialmente, han de estar en el idioma vulgar del pueblo del juicio, y en letra legible y clara, pues de lo contrario se las harán traducir y poner á su costa en la corriente; aunque si pide que se acumulen algunos autos antiguos seguidos con algun causante ó antecesor del colitigante sobre lo mismo, y se manda, no está obligado á poner de letra usual lo que esté obscuro, y ántes bien debe el contrario ponerlo á su costa, porque es continuacion del mismo juicio, y lo propio que si se hubieran principiado con él, cuyo caso se me ofreció en cierto pleyto en el Consejo.

306 Aunque la parte que produce el instrumento, diga y proteste que solo quiere usar de él en lo que le sea propicio, le dañará lo que contenga contra ella (*d*); y una vez producido ántes de la contestacion, está obligada á producirle en la prueba, diga ó no su contrario que quiere redarguirle de falso civil ó criminalmente (*e*); así en la segunda instancia como en la primera, mayormente quando el instrumento mira á los méritos

(*a*) Véase á Covar. Pract. q. cap. 22 donde trata de esto con claridad. (*b*) Leyes 32 tit. 16 y 117 tit. 18. P. 3. (*c*) Mascard. de Probat. lib. 2. conclus. 740 n. 23. Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsump. 20 n. 23 (*d*) Pariador. lib. 2 cap. ult. part. 1 § 5 n. fin. (*e*) Ley fin. Cod. de Fide. instrum.

del negocio en lo principal, y hay causa justa, como lo es la de la antigüedad, ó media interes de la parte que le pide, y ningun perjuicio se causa á la que le ha de presentar (*a*), lo qual es corriente en la práctica. Pero se advierte, que el reo no está obligado á dar al actor sus propias escrituras (*b*), porque ni la equidad ni el derecho permiten que ninguno dé contra su voluntad y contra sí armas á su contrario (*c*); bien que siendo comunes á los dos tiene obligacion de manifestarlas y darlas (*d*), é igualmente la tiene cada uno de mostrar aquellas en que funda su intencion, si su colitigante lo pretende en los términos que expongo en el n. 351.

307 Tambien ha de reproducir en el término de prueba la hecha por testigos, instrumentos, ó de otra manera en otro juicio con el colitigante ó su causante, como quando siguió via executiva sobre paga de alguna cantidad deduciendo al mismo tiempo alguna accion ordinaria, sobre la qual se le reservó su derecho para el juicio correspondiente: en cuyo caso, si la prueba es respectiva á la accion ó excepcion ordinaria, debe reproducirla, pidiendo *se haya por reproducida y entienda con la prueba*, á lo que se deferirá, y tal vez no necesitará hacer mas; pues si no la reproduce ni hace otra, como que es visto no querer aprovecharse de ella, se quedará indefenso.

308 Para que haga fe el traslado ó exemplar sacado de la copia original, y pruebe contra la parte, contra quien se produce, se ha de haber dado en virtud de auto de Juez, precediendo citacion de aquella, si se halla autorizado por otro que aquel ante quien pasó, pues si lo está por este, y es de los de que puede y debe dar quantas copias le pidan, el mismo efecto produce que la copia original, como se ha sentado en la Prim. Part. (*e*) y

(*a*) Parej. de Edition. tit. 3 resol. 3 n. 9, y tit. 5 resol. 1 nn. 62 y 65, y resol. 5 n. 32. Corvar. lib. 1. Var. cap. 1 n. 5 Salg. de Reg. part. 3 cap. 9 n. 90. (*b*) Cap. 1 de Probat. y ley 4. Cod. de Edendo. (*c*) ley 7 Cod. de Testib. (*d*) Cap. 12 de Fide instrum. Begnudel. biblioth. verb. Probatio, n. 16. (*e*) Cap. fin n. 16. Véase á Covar. Pract. cap. 21. nn. 2, &c. y 6, donde trata qué fe merece el traslado, sea sacado del protocolo, ó de la copia original, por el Escribano ante quien se otorgó, ó por otro.

aunque no intervenga la citada solemnidad, ni haya pasado ante el Escribano que sacó el traslado, sino se redarguye de falso civilmente, no necesita comprobarse, por ser visto aprobarle y no dudar de él la parte contraria. Lo propio milita siendo sacado del protocolo con citacion ó sin ella, y por el Escribano ante quien pasó ó por otro en caso de no redarguirse (*a*). Y si se pierde el instrumento obligatorio, suple su falta la prueba clara de la deuda por otros medios (*b*).

309 Hace fé el traslado antiguo, aunque sea sacado sin dicha solemnidad, quando en virtud y á conseqüencia de él se ha dado posesion del derecho pretendido al que le presenta, ó á su causante, en cuyo caso basta el transcurso de 30 años, como lo afirma Covarrubias (*c*), y lo he visto executoriado por el Consejo en pleyto de un patronato Real de legos del lugar de Vicálbaro de esta jurisdiccion; pues mas crédito se debe dar á los instrumentos antiguos que á los dichos de los testigos, como está resuelto en derecho (*d*), porque la memoria de estos es débil, mudable y falible, y las palabras de los instrumentos firmes y constantes, y la antigüedad se tiene en lugar de ley y de verdad (*e*).

310 El instrumento *auténtico* (1), que es el que está corroborado con el sello del Rey, Príncipe, Arzobispo, Obispo, Cabildo, Abad bendito, Maestre de Orden Militar, ó de otra persona constituida en dignidad, como Grande, Duque, Conde, Marques ó de Consejo, hace fé para probar su contenido contra el que le mandó sellar, mas no á su favor. Lo propio milita en el que otra persona hizo por su mano, ó mandó hacer y sellar con su sello, obligándose en él á dar ó pagar alguna co-

(*a*) Parej. de Edition. tit. 1 resolut. 3 §. 3 no. 152 y sig. (*b*) Ley 1 Codic. de Fide instrument. (*c*) Lug. cit. n. 7 §. Tertius casus est. (*d*) Leyes 10 y 22 ff. de probat. Mascard. de Prob. tom. 1 al principio. q. 6 n. 11. (*e*) Escobar de Puritat. part. 1 q. 15 §. 3 no. 12 y sig. Quien quiera saber quando hace fe el instrumento antiguo, qué tiempo se requiere para constituir la antigüedad, y qué solemnidades se pueden presumir por el tiempo para la autoridad del traslado, vea á Covarrubias n. 7 cit. que trae nueve casos.

(1) Auténtico se llama tambien el instrumento público.

sa que consiste en número, peso ó medida, si le reconoce en juicio, en cuyo caso será tambien executivo, y no de otra suerte: mas no hará fe, si le niega, á ménos que se pruebe con testigos que le hayan visto firmar: ni tampoco quando es de otro contrato como compra, venta ó cambio de cosa raiz, &c. porque este debe otorgarse ante Escribano público y testigos para su perpetuidad, solo induce presuncion, y los testigos del instrumento auténtico de estos contratos no solo han de declarar haberle visto firmar, sino tambien deponer de su contexto (*a*).

311 El instrumento *privado*, segun se llama el que no está autorizado en forma por Escribano ni sellado como el auténtico, es de varias maneras, á saber: *apochâ ó chirographo*, baxo del qual se incluye la *antápochâ ó syngrapha*, libro de *cuentas*, *inventario privado y cartas* (*b*). Apochâ ó chirógrapho es el instrumento ó resguardo que el acreedor da á su deudor para acreditar lo que este le pagó, y que vulgarmente se llama carta de pago ó recibo: antápochâ es al contrario un instrumento de lo que el deudor percibe prestado ó á censo, ó en otros términos de su acreedor, con la qual acredita el débito de aquel, que en castellano llamamos *vale ó pagaré*: syngrapha es escritura ó cédula que hacen algunos para la fé de sus pactos (*c*): libro de cuentas es escritura privada, en que alguno sienta lo que da y recibe: inventario privado es aquella en que sienta sus bienes; y epistola ó carta es escritura privada que alguno envia á otro ausente.

312 Sin embargo de que se debe dar credito al instrumento público aun despues de la muerte del Escribano que le autorizó, y de los testigos que presenciaron su otorgamiento (*d*), no sucede esto con el privado, y así no hace fe ni prueba por sí solo en juicio, si se le opone esta objecion ó se redarguye de falso (*e*), como es conveniente para enervarle, en cuya atencion para que la

(*a*) Leyes 1 y 114 tit. 18 y 1 tit 20. P. 3. Greg. Lop. en estas glos. 10. (*b*) Mascard de Probation. q. 6 n. 26. (*c*) Nebrija in Vocabulario jur. verb. Syngrapha (*d*) Ley 55 tit. 28 P. 3. (*e*) Leyes 5. 6 y 7 Cod. de Probación. cap. 2. de Fide instrum.

haga, es preciso que le reconozca el que le hizo ó firmó, ó en defecto del reconocimiento ó por su negativa que se compruebe por dos testigos idóneos ó fidedignos á lo ménos que baxo del propio juramento declaren con su citacion que se le han visto firmar. Y aunque se coteje con otros verídicos é indubitados del que le hizo, y la letra y firma de todos se asimilen totalmente, ó declaren testigos que le tienen por suyo, por haberle visto firmar muchas veces; no hace esto prueba bastante (*a*), porque la ley no estima por tal la comparacion sola, y ántes bien lo dexa al arbitrio del Juez para que la aprecie ó desprecie (*b*), segun se ha sentado en el n. 304. Pero si no se redarguye de falso, ni se objeta defecto que destruya su legitimidad, hará prueba contra quien se produzca, aunque no lo reconozca ni se compruebe, porque es visto confesarle, y aprobarle tácita y virtualmente con su silencio, como lo he visto declarado en juicio.

313 De las tres cosas pertenecientes á la quarta especie de prueba y mencionadas en el n. 300, la segunda son los privilegios ó rescriptos. El privilegio *es una gracia ó merced que concede el Soberano á alguna persona, comunidad ó pueblo, ó una ley dada señaladamente á alguno por su utilidad* (*c*). Solamente puede concederle el que tiene potestad de hacer leyes, sea de propiomotu ó voluntad, ó por súplica del concesionario. Si contiene la cláusula, *de motupropio, cierta ciencia y plenitud de potestad ó poder absoluto*, no solo admite una plenísima interpretacion á favor del agraciado (*d*), sino que no se le debe objetar el vicio de obrepcion ni el de subrepcion (*e*); pero si carece de ella, se le puede argüir de haber ocultado para su consecucion alguna verdad substancial, que es la *subrepcion* ó dicho falsedad y mentira, que es la *obrepcion*, pues su concesion se entiende siem-

(*a*) Leyes 112, 114, 119. y sig. tit. 18 P. 3. Greg. Lopez en ellas. (*b*) Ley 118 cerca del fin tit. y P. cit. (*c*) Cap. 25 de Verb. signific. y leyes 1 tit. 11. P. 1, y 2 y 28 tit 18 P. 3. (*d*) Cap. 4 de Præbend. in 6, y sus glos. verb. Plenissimæ. (*e*) Cap. 23 del mismo tit. Ferrar. bibliot. verb. Privilegium, artic. 1. n. 12.

pre con la condicion tácita de que sea verdadero lo expuesto, aunque en él no se exprese (*a*), por lo que si contiene alguno de los dos vicios expresados, no vale (*b*). Puede ser personal y real: personal es el que se concede á una ó mas personas determinadas, ó por ley general á cierto género de personas, á las quales compete solamente y no á sus herederos, de suerte que no es transmisible (*c*); y real es el que se concede á la cosa, causa ó accion, y como coherente á ella pasa no solo á los herederos del concesionario, sino tambien á los que suceden en la misma cosa; y en caso de dudarse si es personal ó real, oneroso ó gracioso, se ha de entender personal y gracioso (*d*). Tambien puede ser mixto de real y personal, gracioso, remuneratorio, puro, convencional, comun ó de comunidad, y privado de personas privadas (*e*).

314 Se dividen los privilegios en afirmativos y negativos: los primeros son para dar, hacer ó percibir cierta cosa, y los segundos para no darla, hacerla ni pagarla (*f*). De ellos algunos estan incorporados en el derecho, quales son los de las Iglesias, Eclesiásticos, soldados menores, estudiantes, labradores, hidalgos, Jueces, Abogados, hijos de familia, fisco, acreedores, mugeres, &c. otros fuera de él, como el que se concede á alguna persona, comunidad ó pueblo: otros son contra el derecho, porque le derogan y eximen al privilegiado de la ley á que estaba subordinado, los quales solo puede concederlos el Soberano á sus súbditos; y otros no lo son, por no probibir el derecho el acto, cosa ó materia sobre que recae el privilegio, y puede concederse tanto á los vasallos como á los que no lo son (*g*).

315 No solo puede adquirirse el privilegio por concesion del Soberano hecha de su espontánea voluntad

(*a*) Cap. 2 de Rescript. Ferrar. lug. cit. n. 13 y verb. Rescriptum nn. 27, 28 y 29. (*b*) Leyes 36 y 37 tit. 18 P. 3. (*c*) Regla 27 tit. 34 P. 7. (*d*) Ferrar. addition. art. 1 cit. nn. 33 y sig. (*e*) Ferrar. artic. 1 cit. nn. 1, &c. y 10. (*f*) Ley 42 tit. 18 P. 3. Castill. de Tertiis cap. 19 n. 2. García de Nobilit. glos. 6 desde el n. 36. (*g*) Ferrar. lug. cit. nn. 15 y 16. Leyes 28, &c. y 34 tit. 18 P. 3.

ó á solicitud del privilegiado sino tambien por prescripcion ó costumbre (*a*); pues tiene fuerza de privilegio y por ella se adquieren la jurisdiccion, la facultad de exigir tributos, la exêncion de pagar diezmos y otras cosas (*b*); bien que para adquirir la jurisdiccion en estos dominios es necesario título con el uso de ella por espacio de 40 años continuos sin interrupcion civil ni natural; y á falta de título es indispensable la prescripcion inmemorial (*c*). Tambien se adquiere el privilegio por comunicacion ó participacion, que es quando el Soberano manda que el que concedió á uno, se extienda á otro, y que este participe de él (*d*); pero habiéndose concedido á personas singulares no se debe ampliar por identidad de razon á otras no expresadas en él, ni de un caso á otro (*e*). Tampoco se extiende la dispensa á casos en que milita mayor razon que en los contenidos en ella, y porque es odiosa por su naturaleza (*f*), y así lo contrario sucede en la legitimacion que es favorable, por lo que para la concesion de esta no es necesaria citacion de los parientes que deben suceder abintestato, y para la dispensa sí, aunque algunos lo niegan (*g*).

316 No las cosas claras sino las obscuras necesitan de interpretacion. La de los privilegios es de quatro especies: la una se llama *extensiva*, y es aquella por la que la disposicion de la ley se extiende á otro caso ó persona fuera de las palabras de esta y de la mente del Legislador, aunque no contra la intencion de este (*h*): otra *comprehensiva*, y es la que se hace fuera de las palabras de la ley y no de la mente del Legislador, como quando la decision de la ley se amplia

(*a*) Cap. 13 de Judic. y cap. 26 de verb. significat. (*b*) Cap. 9 de Offic. judic. ordin. Cap. 13 al fin de Foro compet. cap. 4 y cap. 18 de Præscription. cap. 9. de Privileg. y cap. 74 de Reg. jur. in 6. (*c*) Ley 1 tit. 10 lib. 5 R. y Matienz. en ella glos. 19. (*d*) Arg. cap. 2 de Privileg. lib. 6. (*e*) Leyes 12 y 13 ff. Solut. matrimon. y 42 ff. de Administrat. Tutor. (*f*) Cap. fin. de Postulat. Prælat. cap. 1 y 2 de Filiis presbyter. Mieres de Majorat. part. 1 q. 4 n. 2. (*g*) Matienz. ley 10 tit. 8 lib. 5 R. glos. 1 nú. 15 y sig. (*h*) Argum. cap. 4 vers. Nos igitur, de Confirmat. util.

á otro caso ó persona no comprehendida en aquellas, pero sí en la voluntad del Legislador, que es la que debe atenderse, y no las palabras con que la manifiesta ó explica (*a*): *otra autoritativa, auténtica, definitiva, ó judicial*, y es la que hace el Soberano que concede el privilegio ó su sucesor; y á ella se debe estar así en juicio como fuera de él; y la otra *doctrinal* ó *magistral*, que es la que pueden hacer los Doctores, Maestros y personas versadas en el derecho, mas esta, aunque tiene autoridad y hace opinion, no induce necesidad ni obligacion de asentir á ella como á la otra (*b*). Esto supuesto debo decir en primer lugar, que los privilegios que son contra el derecho comun, ó ceden en detrimento de tercero, se deben interpretar estrictamente, ya porque toda derogacion de aquel es odiosa (*c*), y las cosas odiosas se deben restringuir (*d*), ya porque no es visto derogarle ni querer privar el Soberano á nadie del que tiene adquirido, á ménos que el mismo privilegio lo exprese (*e*); y en segundo lugar, que los que no son contra derecho sino fuera de él, ni ceden en perjuicio de tercero, por ser unas meras gracias ó beneficios del Soberano, se han de interpretar latamente (*f*). Y si este concede privilegio, por el que dona villa, castillo ú otro lugar poblado, ó que se ha de poblar despues, ha de entenderse esta donacion con arreglo á lo que órdena la ley 9 tit. 4 P. 5 en estas palabras: "Pero decimos que quando el Emperador ó el Rey face donacion á Eglesia ó á Orden ó á otra persona qualquier, assi como de villa, ó de castillo, ó de otro logar en que oviesse pueblo ó se poblasse despues, si quando gelo dió, otorgó por su privillejo que gelo daba con todos los derechos que avia en aquel logar, é devia aver, non sacando ende (*de esto*) ninguna cosa: entiéndese que gelo dió con todos los pechos, é con todas

(*a*) Ley 16 ff. de Legib. cap. 88 de Reg. jur. lib. 6 (*b*) Ferrer. Bibliot. verb. Privilegium, artic. 2 nn. 21, &c. y 24. (*c*) Cap. 1 y cap. 2 de Filiis Presbyter. in 6. (*d*) Cap. 15 y 28 de Regul. jur. in 6. (*e*) Ferr. dicho artic. 2 nn. 19, &c. y 28. (*f*) Ley 27 tit. 18 P. 3 y regla 28 tit 34 P. 7.

las rentas que á él solian dar é facer. Pero no se entiende que él da ninguna de aquellas cosas que pertenecen al señorio del Reyno señaladamente, assi como moneda ó justicia de sangre. Mas si todas estas cosas fuesen puestas, é otorgadas en el privilejo de la donacion, estonce bien pasaria al logar, ó á la persona á quien fuese fecha tal donacion, salvo ende (*á excepcion de*) que las alzadas (*apelaciones*) de aquel logar deben ser para el Rey que fizo la donacion é para sus herederos, é deben facer guerra, é paz por su mandado (*a*)."

317 La confirmacion es ratificacion y corroboracion del derecho adquirido, y la de privilegios es un rescripto, por el qual el soberano ratifica y corrobora el primero expedido legitimamente, pues el que es nulo no se puede confirmar (*b*), y quando se confirma simplemente algun acto, no es visto confirmarse el que contiene nulidad (*c*). De dos maneras se hace la confirmacion: la una en forma comun, simple y ordinaria, y la otra en forma especifica y de cierta ciencia: la primera es aquella, por la que se confirma el derecho ó privilegio sin que preceda conocimiento de causa, ni darle mas vigor, ni conceder tampoco nuevo derecho, de modo que le dexa en el estado en que ántes se hallaba, sea el de valido ó inválido (*d*); y la segunda es la que se hace con pleno conocimiento, y exámen del privilegio y de todas sus circunstancias, de tal suerte que no solo corrobora el privilegio válido y da nuevo derecho al privilegiado, sino que revalida y concede de nuevo los privilegios revocados, viniendo á ser una nueva concesion (*e*). Se conoce serlo, quando contiene estas cláusulas: *de cierta ciencia, de plenitud de potestad ó de poder absoluto, no obstante qualesquiera leyes, decretos, usos, costumbres y estatutos en*

(*a*) Véase á Hermos. ley inserta glos. 1 desde el n. 36. (*b*) Ley 5 vers. Post. defectum ff. de Injust. rupt. testament. (*c*) Cap. 12 de Constitut. y 31 de Decimis. (*d*) Cap. 4 de Confirmat. util. cap. 5 de Concess. Præbend. Ley 2 tit. 18 P. 3. vers. Pero si fuere de confirmamiento, y su glos. 10. (*e*) Ferr. art. cit. nn. 2, &c. y 6.

contrario, pues los derogo y anulo, &c. y otras semejantes, ó quando en el privilegio de confirmacion se inserta el primitivo confirmado, que es lo mas seguro para evitar dudas, como lo manda la ley 2 que se cita en el número 324. Se divide la confirmacion en útil y en inútil: se llama útil la que es válida, y tal que el Juez no puede violarla ni aun tomar conocimiento de ella (*a*); é inútil, quando es de ningun valor, por haber sido obtenido el privilegio con vicios de obrepcion y subrepcion (*b*), ó por contener defectos substanciales segun las leyes, que no se subsanan con especificacion en su confirmacion; pues las cosas contrarias á derecho nunca se entienden confirmadas, excepto que el Soberano las conceda nuevamente.

318 No goza del privilegio el privilegiado contra el que lo es igualmente (*c*), y asi el menor no es restituido contra otro menor (*d*): lo qual se limita, en primer lugar, para con el que es dos veces privilegiado ó tiene doble privilegio, pues este goza de él contra el que lo es solamente una (*e*): en segundo lugar, quando el uno trata de adquirir lucro ó utilidad, y el otro de evitar su daño, pues este gozará del suyo contra aquel (*f*); y en tercer lugar, para con el privilegiado especifico, porque se prefiere al genérico (*g*), y en concurso de dos privilegios, uno general y otro especial, vale este porque el género se deroga por la especie (*h*): siendo de advertir que el privilegiado que viola y atropella los privilegios de otro, debe ser privado del suyo (*i*), por ser justo no se conserven los derechos y prerogativas al que se atreve á vulnerar y despreciar las agenas, y que se le trate del modo que tratará á los demas (*k*).

(*a*) Cap. 1 y cap. 3 de Confirmat. util. (*b*) Cap 3, 5, 6 y 7 de Confirmat. util. y cap. 20 de Rescrip. Ferrar. nn. 7, 8 y 9. (*c*) Surd. de Alim. tit. 9 q. 30. (*d*) Grac. discept. forens. cap. 661 n. 13. (*e*) Barbosa lib. 14 cap. 83 axiom. 26. (*f*) Ley 1 Cod. Si adversus Fiscum, ley ult. ff. Ex quibus causis mayor. y ley 11 § última. ff. de Minoribus (*g*) Menoch. consil. 52 n. 49. (*h*) Ley 9a ff. de Reg. jur. cap. 1 de Reg. jur. in 6. (*i*) Cap. 4 de Privileg. (*k*) Cap. 6 de Constitut. y 7 de Privileg.

319 Siendo personal el privilegio cesa y se extingue por muerte de la persona á quien se concedió, como se ha expuesto (*a*); mas no por la del que le concedió, ni por la deposicion de su oficio, si fue concedido absolutamente (*b*), pues siéndolo con alguna condicion ó limitacion á tiempo cierto se acaba con la muerte de aquel (*c*), aunque no, si lo fue con la cláusula, *hasta que le revoque*; porque para la revocacion se requiere acto nuevo positivo y contrario, y con la muerte del que le concedió, únicamente hay una cesacion de su voluntad ó falta de continuacion en ella (*d*). Si el privilegio es real, cesa por acabarse la cosa privilegiada (*e*), como se extinga ó perezca sin que haya esperanza de repararse ó volverse al estado que ántes tenia, y no en otros términos (*f*).

320 Se extingue asimismo por las causas siguientes. La primera es, quando cesa la final porque se concedió, pues no basta que cese la impulsiva ó la que movió á su concesion (1): lo qual se entiende del que deroga el derecho comun ó el de algun tercero, mas no del que proviene de mera liberalidad y munificencia del Soberano, y no es derogatorio de aquellos, porque este como no requiere causa, se conserva, aunque cese la que impelió á su concesion (*g*). La segunda es, haber espirado el tiempo de su concesion ó faltado la condicion puesta en él (*h*). La tercera es, por renuncia que haga de él libre y espontaneamente el privilegiado, quando fue concedido singularmente á su persona, porque cada uno puede abdicar de sí y renunciar lo que está establecido en su beneficio privativo (*i*); pues si se concedió principalmente en favor de alguna iglesia, comunidad, pueblo, estado, universidad ó dignidad, no se

(*a*) Regla 27 tit. 34 P. 7. (*b*) Cap. 9 de Offic. delegat. in 6 y 20 de Prebend. in 6. (*c*) Cap. 5 de Rescript. in 6. (*d*) Suarez lib. 8 de Legib. cap. 32 nn. 20 y sig. Ferrar. lug. cit. art. 3 n. 5. (*e*) Cap. 42 de Reg. jur. in 6. (*f*) Reiff. lib. 5. Decretal. tit. 33 nn. 171, &c. y 175.

(1) La causa final es el fin con que se hace alguna cosa, y la motiva ó impulsiva es la razon ó motivo que inclinó á hacerla.

(*g*) Cap. 60 de Appellation. Reiff. lug. cit. nn. 184 y 185. (*h*) Ferrar. lug. cit. nn. 19 y 20. (*i*) Ley 29 Cod. de Pact. cap. 6 de Privileg.

extingue ni pierde, por renunciarle alguno ó algunos de los individuos de estos cuerpos (*a*). La quarta es, el empezar á ser nocivo, pues entónces cesa por sí mismo (*b*). La quinta, por convertirse en daño de muchos (*c*). La sexta, por abusar de él la persona privilegiada (*d*); bien que por esta causa no siempre se pierde ipsojure, y es menester que recaiga sentencia declaratoria. La séptima es, no usar de él en juicio para su defensa el agraciado siendo demandado, ó no apelar de la sentencia condenatoria (*e*); y fuera de juicio en el discurso de 10 años entre presentes y 30 entre ausentes: lo qual ha de entenderse, quando es afirmativo y concedido con gravámen de tercero, y sin embargo de haber ocurrido al privilegiado ocasion de usar de él no lo hizo sabiendo que le tenia, pues por esta omision es visto renunciarle tácitamente (*f*): mas si es de pura gracia y no cede en detrimento de tercero, no se pierde por el no uso (*g*). La octava es, el contrario uso siendo privilegio negativo y oneroso á otro ú otros sugetos, no si es puramente gracioso y á nadie gravoso (*h*). Y quien alega haberse perdido por el no uso ó por uso contrario, debe probarlo, porque es el fundamento de su intencion (*i*); pero si es de confirmacion, debe probar que se ha usado el que le presenta, y no el que niega; y si en el privilegio posterior dice, *salvos los derechos de los privilegios de otros*, deben presentar los suyos todos los privilegiados, y valdrán solamente los primeros (*k*).

321 Y la nona y última causa porque cesa y se extingue el privilegio, es la revocacion ó derogacion hecha por quien le concedió, ó por su sucesor ó superior. La revocacion puede ser *expresa* ó *tácita*, y la expresa,

(*a*) Cap. 12 de Foro competent. (*b*) Cap. 61 de Reg. jur. in 6. (*c*) Ley 43 tit. 18 P. 3 verb. Otrosi decimos. (*d*) Ley 42 tit. 18 P. 3 al fin. (*e*) Dicha ley 43 verb. Otrosi decimos al fin. (*f*) Leyes 42 t. 18 P. 3 y 3 tit. 7 P. 5 al fin. Garcia de Nobilitat. dich. glos. 6 n. 38. Matienz. ley 2 tit. 10 lib. 5 R. glos. 17. (*g*) Ferrar. dich. art. 3 n. 35 y verb. Præscriptio art. 1 n. 17. (*h*) Dich. ley 43 al princip. Suar. lib. 8 cit. cap. 34 n. 20, y cap. 35 nn. 1 y 22. Reiff. lib. y tit. cit. nn. 212 y 213. (*i*) Greg. Lop. Ley 42 cit. glos. 8 al fin. (*k*) Ley 27 tit. 18 P. 2 y su glos. 3, &c. y 7.

especial ó *general*: se llama especial, quando se nombran en ella cierto ó ciertos privilegios determinados, y general, quando se revocan genéricamente todos los privilegios contrarios á cierta ley, constitucion ó decreto. La revocacion general es de dos maneras: *comun* y *extraordinaria*: la comun es la que se hace por cláusula general comun, como lo es esta: *No obstante qualesquiera privilegios*: la qual puesta en el privilegio posterior sin otra mencion expresa ni específica no revoca los incorporados en el derecho, ya porque se debe evitar quanto sea posible la correccion de este que no se presume, si no se expresa claramente (*a*): ya porque con la derogacion general no se juzga abolirse ni quitarse el derecho especial, excepto que el Soberano lo diga, pues si este lo quisiera, lo expresaria (*b*): ni tampoco se quitan, ni suprimen los privilegios que se hallan fuera del cuerpo del derecho, si se concedieron con la cláusula: „de que no se entiendan revocados, excepto que se haga de ellos mencion específica en el de revocacion.„ La revocacion general y extraordinaria es la que contiene cláusulas generales y extraordinarias: v. gr. „No obstante qualesquiera privilegios concedidos con qualesquiera cláusulas ó palabras: ó con las de que se deba hacer mencion literal y específica de los concedidos anteriormente, pues sin embargo de esto se revocan, y dan por referidos é insertos á la letra, como si lo fueran, para que nunca valgan, ni se pueda usar de ellos.„ Si el privilegio se concedió por modo de contrato ó por remuneracion de méritos y servicios, no se juzga revocado por la cláusula general comun, á ménos que en el posterior se ponga esta expresion específica y particular: porque esta revocacion cede en perjuicio de tercero, á quien por ella se pretende privar de derecho que tiene adquirido, y no se presume que el Soberano quiere quitársele sin causa, miéntras no lo exprese, sino es que se interese en

(*a*) Arg. cap. 29 de Election. in 6. (*b*) Cap. 2 §. 1 de Translat. Episcop. 12 de Decim. y 21 de Privileg. y ley 37 tit. 18 P. 3.

llo la causa pública que se prefiere á la privada (*a*).

322 La revocacion tácita se hace por acto del Soberano directamente contrario al privilegio, ó que no puede subsistir ó tener efecto, si no se revoca el anterior, siempre que sea de presumir tenia este presente: de modo, que por la ley general que no revoca expresamente los privilegios, se juzgan revocados los que estan en el cuerpo del derecho, porque como estos son leyes universales, se presume que el legislador las sabe, y que revoca la primera que contiene el privilegio del derecho comun, aunque en la posterior no lo exprese. Pero no se consideran revocados los que se hallan fuera del cuerpo de la legislacion, excepto que se mencionen, pues siendo su derecho privado, no se presume que el legislador le sabe, y así no se entiende haber querido revocarlos, miéntras no lo diga. Tampoco se revoca el privilegio primero por el posterior contrario, á no ser que se haga de él mencion especial, porque como el privilegio es un derecho privado y particular, presúmese que el Soberano concedió el segundo con ignorancia del anterior, y por consiguiente que esta concesion fue subrepticia y como tal nula (*b*). Y si se da sentencia contra el privilegio por el Soberano que pudo concederle, no se revoca tácitamente por aquella, sino que se reprueba y desecha como inválido y defectuoso (*c*).

323 Antes de la Era de 1442 que corresponde al año de 1404 se expedian los privilegios ó cartas de donaciones y mercedes Reales de dos modos: el uno por albalá ó cédula firmada por el Rey y sellada con sello de plomo ó cera, ó con otros signos de que usaban los Reyes; y el otro con sello en forma de rueda y expresion de los nombres del Rey, Reyna, Infantes, y demas Proceres y Ministros que los confirmaban, á cuyo privilegio llamaban *rodado* (*d*). En las Cortes cele-

(*a*) Leyes 27 verb. E si fueren, y su glos. 3, y 39 al princip. y su glos. 2 tit. 18 P. 3. Ferrar. Biblioth. dich. art. 3 nn. 39, &c. y 46. (*b*) Dicha ley 39. Ferrar. lug. cit. nn. 46, &c. y 49. (*c*) Ferrar. n. 50. (*d*) Leyes 2 y 4 tit. 18 P. 3.

bradas en Valladolid el referido año por D. Juan el II. se estableció que no se hiciesen dichas donaciones sin acuerdo de los de su Consejo, ó de su mayor parte y número de personas, exceptuando los oficios menores de la Casa Real, limosnas y otras cosas que expresa la ley 5 tit. 10 lib. 5 R. y actualmente se despachan los títulos, privilegios y sus confirmaciones por el Real y Supremo Consejo de la Cámara en virtud y á consequencia de Real decreto de la concesion de la gracia que precede: se refrendan por el Secretario de la Cámara, los firman ó rubrican los Señores de ella á la espalda de la firma Real, se registran y sellan en la chancillería ú oficina del Real sello, y se toma la razon de ellos en las contadurías que se previenen á su final.

324 Todo privilegio Real antiguo, sea ó no rodado, para hacer fe en juicio, debe contener el nombre del Rey que le concedió, los años que habia entónces que reynaba, el dia, mes, año ó era, y pueblo de su concesion y mencion específica de la cosa que se concedió: estar sellado con el sello, ó señalado con el signo que usaba, refrendado del Notario ó Escribano (ó llámese como hoy Secretario) ante quien se expidió: registrado en los libros de mercedes, ó de lo salvado, y no roto, cancelado, ni sospechoso en parte substancial, y ademas ha de ser conforme á los que aquel Rey expedia (*a*): lo qual deberá acreditar precisamente con otros indubitados el que le tiene, si se le niega ser suyo por contener defectos substanciales que le constituyan sospechoso, ó por otro motivo, aunque tenga sello de plomo ó cera, porque como este pende de hilos, se puede quitar de uno y poner en otro quando se quiera, de suerte que este sello por sí solo le da poco valor; y conteniendo todos los requisitos expresados hace prueba en juicio en todas cosas, lo que no sucede á las cartas selladas por otros, pues prueban solamente contra ellos (*b*). Si es rodado, debe contener á mas de lo expuesto los re-

(*a*) Leyes 2, 3, 4, 44, 111 y 114 tit. 18 P. 3. (*b*) Ley 1 tit. 20 P. 3.

quisitos que prescribe la ley 2 tit. 18 P. 3, y siendo de confirmacion ha de insertarse en este el confirmado, para que no se dude que lo fue con conocimiento de causa, como lo manda la ley (*a*); siendo de tener presente, en primer lugar, que el traslado del privilegio no hace fe, á ménos que el Rey le mande sellar, ó que se compruebe con su original, manifestando este el privilegiado (*b*); en segundo lugar, que el privilegio ó carta obtenida sin poder del dueño del pleyto, no vale, excepto que el que le obtuvo sea de los que pueden comparecer en juicio sin él (*c*); y en tercer lugar, que el rescripto ganado por uno de los socios aprovecha á sus consocios (*d*).

325 Los libros de cuentas en que sientan los mercaderes y otros lo que dicen les deben (que es la última de las tres clases de prueba respectivas á la quarta especie), no prueban sino contra ellos mismos; pero si incluyen cantidad cierta, y es mayor el débito, pueden sus herederos probarlo, á ménos que aquellos juren en el testamento que no es mas, ó remitan el exceso al deudor, pues entónces no se debe admitir prueba á los herederos, ni pueden pedirle (*e*). Y si los libros contienen varias partidas en pro y en contra, ha de aceptarlas ó desecharlas en el todo el que los tiene, porque se le prohibe admitir lo favorable y repudiar lo adverso (*f*).

326 La quinta especie de prueba es la que se hace *por vista ocular y evidencia de la cosa ó hecho*, y así ninguna es mejor que ella (*g*), quando puede haberla, como sobre edificios, términos de pueblos y heredades, inju-

(*a*) La 2 cit. verb. E si fuere de confirmamiento, y su glos. 8. (*b*) Dichas leyes 44 al fin y 114. verb. E todo esto. (*c*) Leyes 10 t. 5 y 39 al princip. tit. 18 P. 3 y su glos. 4. (*d*) Ley 40 tit. 18 P. 3 y su glos. única. Acerca de las donaciones de D. Enrique IV. véase la ley 4 tit. 10 lib. 5 R. y de las de D. Enrique II. en caso de reversion á la corona, la 11 tit. 7 y el auto acordado 7 tit. 7 del propio lib. que la declara. (*e*) Ley 121 dicho tit. y P. (*f*) Salg. Labyr. part. 3 cap. 4 n. 32. Noguerol allegat. 33 n. 35. Escobar de Ratiocin. cap. 13 n. 10. De estas clases de instrumentos trata con bastante extension Reiff. lib. 2 Decret. tit. 22 §§ 5, 6 y 7. (*g*) Ley 7 Cod. de Professoribus, cap. 15 caus. 2 quæst. 1.

rias graves y otros semejantes á que asiste ó puede asistir el Juez (*a*), en cuyos casos sin preceder este requisito no debe el Juez dar pleyto por probado, como lo dice la ley 13 al fin tit. 14 P. 3. „Ca en qualquier destas razones no deve el Juzgador dar el pleyto por provado, á ménos de ver él primeramente quál es el fecho, por qué ha de dar su juicio, é en que manera lo podrá mejor, é mas derechamente departir (*determinar*). En esta atencion podrá admitirse hasta despues de la conclusion, y si las partes no piden la vista ocular, puede el Juez de oficio mandarla hacer ántes de la sentencia para mejor proveer, asistir á ella y nombrar peritos que la hagan. Si se pide en la prueba, han de ser juramentados dentro de ella los inteligentes que se nombren.

327 La sexta especie de prueba es la que se hace por *presuncion* ó *conjetura*. Hay presuncion *de derecho*, *de hombre y de hecho*. La de derecho se divide en presuncion *solo de derecho*, y presuncion *de derecho y por derecho*: la primera es la que se halla mencionada en las leyes como una sospecha ó conjetura razonable y fundada; y la segunda es la que ademas debe tenerse por cosa cierta y verdadera segun las mismas leyes. La presuncion de hombre es la que no se menciona en el derecho y puede concebir toda persona sensata atendidas las circunstancias; pero esta no hace prueba, aunque sea del Juez, porque como hombre puede engañarse, á ménos de ser grande ó manifiesta (*b*). Y la presuncion de hecho es aquel juicio que se forma por las ocurrencias pasadas ó futuras de lo que sucedió y puede suceder, la qual tampoco hace prueba (1). Y es de tener presente

(*a*) Leyes 8 vers. Otrosi hay otra manera de prueba; y 13 tit. 14 P. 3. (*b*) Ley 14 tit. 14 P. 3. Menochio de Presumption. lib. 1 q. 3 y 60. Card. de Luca de Judic. disc. 33.

(1) Las divisiones de la presuncion que se hacen en este n. no se encuentran en nuestras leyes, y son seguramente invencion de los intérpretes, como á primera vista ellas mismas manifiestan. Los miembros de la presuncion de derecho, hasta ahora obscura y desafiadamente definidos, debieran ser más breves, más claros y significativos, y el miembro de *presuncion de hecho* deberia omitirse como comprendido baxo del de *presuncion de hombre*.

que la sentencia dada en virtud de presunciones no se debe mandar executar sin embargo de apelacion ó suplicacion, y que si no hay otras pruebas, y no se apela de ella, pasa en autoridad de cosa juzgada (*a*), como se practica (*b*).

328 La séptima prueba que se hace es por *ley* ó *fuero*, sobre lo qual se debe tener presente, que si los litigantes son extrangeros, y la controversia es sobre contrato celebrado en su pais ó sobre cosa que se halla en él, se ha de decidir con arreglo á sus leyes y fueros haciéndolos constar; pero si la cosa está, ó el contrato se celebró en nuestra península, se debe resolver por las de ella á causa de que las de su nacion no tienen aquí fuerza de tales (*c*). Y si son regnícolas, se ha de observar lo que manda la ley 1 de Toro, que es la 3 tit. 1 lib. 2 R.

329 Y la octava especie de prueba y última pregunta general es la *fama y notoriedad*, y así se articula en los interrogatorios: *que los testigos digan de público y notorio, pública voz y fama, y comun opinion.* La fama unas veces no es mas que una vana voz del vulgo ó rumor del pueblo que no tiene autores ciertos ni razones probables para que el hecho sea creído, y asi no debe ser atendida ni estimada por tal: otras veces se origina de algunas personas perversas y sospechosas que por su propia utilidad y comodidad, ó por malevolencia esparcen una voz, y esta solo merece un absoluto desprecio; y otras veces trae su orígen de personas graves y timoratas, de cuyo interes no se trata, por lo que no es de presumir que este fue la causa de esparcirse y originarse. Por tanto, se llamará propiamente *fama*, ó se apoyará un hecho en la fama, quando todos los vecinos ó la mayor parte del pueblo afirman haberle visto ú oido decir á personas ciertas y fidedignas que le vieron. La fama se diferencia del *rumor*, en que para este basta que

(*a*) Cur. Philip. ilust. part. 1 §. 17 n. 37. (*b*) Quien quiera instruirse de la materia de presunciones, vea al Sr. Castillo lib. 4 controv. cap. 2. (*c*) Ley fin. tit. 14 P. 3.

algunos digan alguna cosa sin señalar el autor de quien la saben.

330 La fama originada de personas timoratas y fidedignas hace (regularmente) semiplena probanza: bien que se dexa al arbitrio del Juez, para que atendidas la qualidad de ella, las causas, conjeturas y personas de quienes trae su orígen, la gravedad del negocio contencioso y otras circunstancias, haga de ella el aprecio que merezca; de manera que aun sobre hacer prueba semiplena en materias civiles estan vacilantes los AA. por ser falaz y seguir fácilmente muchos el dicho de uno (*a*), como á cada paso vemos; pero en los negocios criminales no la hace, porque en estos debe ser clara como la luz, concluyente é indubitada, y no se han de determinar por sospechas (*b*).

331 Mas sin embargo la fama prueba plenamente en hechos antiguos que exceden la memoria de los hombres (*c*), en cosas de leve perjuicio (*d*), en las de difícil prueba (*e*), quando concurren con ella otros adminículos y presunciones (*f*), ó se trata del interdicto de recuperar para que el despojado sea restituido (*g*); ó de probar la muerte de alguno en guerra, naufragio, ó parte remota, como se dixo en el n. 145, ó quando la opinion de todos los hombres del pueblo es de la certidumbre inmemorial de aquella cosa, ó la ley quiere que baste la fama para la prueba de algun hecho, y en otros casos que trae Mascardo (*h*).

332 Como la ley presume que la vida del hombre puede llegar hasta cien años (*i*) (1), discuerdan los AA.

(*a*) Reiff. lib. 2 tit. 20 §. 12 nn. 400 y 401. (*b*) Ley 12 tit. 14 P. 3. (*c*) Cap. 13 de Prob. Mascard. consil. 754 n. 7. (*d*) Mascard. nn. 8 y 17. (*e*) Mascard. conclus. 754 cit. n. 22. (*f*) Cap. 27 de Testibus, 1 de Appellat. y 11 de Præsumpt. (*g*) Mascard. n. 24. (*h*) Conclus. 154 desde el n. 22. (*i*) Ley 26 tit. 31 P. 3. Covar. lib 2. Var. cap. 7 n. 6.

(1) La ley 26 cit. dice que si se concede á ciudad ó villa el usufructo de algun edificio ó heredad sin señalar tiempo, debe durar 100 años; "E esto es por esta razon, porque el usufructo que es otorgado señaladamente al comun de algun lugar, por la muerte de todos se pierde. E asmaron (*pensaron*) los sabios, que en el tiempo de los 100 años pueden ser muertos quantos eran nacidos el dia que fuesse otorgado el usufructo."

acerca de si por fama se podrá probar la muerte del ausente, cuyo paradero se ignora. Unos lo niegan absolutamente, fundados en que se requiere nuncio ó portador cierto de la noticia de dicha muerte (*a*), porque la fama suele traer su principio de autor incierto y á veces falso (*b*): otros lo afirman, con tal que el que se dice difunto haya estado ausente diez años (*c*); y otros cuya opinion es la segunda, distinguen: si ha poco tiempo que se supone muerto, v. g. cinco años ó ménos, ó el pueblo en donde se dice que murió, está cercano, es menester que depongan dos testigos fidedignos haberle visto enterrar, como lo manda la ley (*d*); y si por la distancia del pueblo no se pudiere justificar esto, para que la prueba se pueda tener por cierta, es preciso en primer lugar, que la fama esté corroborada con otros adminículos, á saber, con su generalidad, con la larga distancia del pueblo en que se asegura haber muerto, con la ausencia de él que exceda de diez años (*e*), con la deposicion de si tenia edad abanzada, si estuvo en la guerra sin volver despues de algun tiempo como el de un año, en que se esperaba su regreso, &c. (*f*) en segundo lugar, que se acredite á lo ménos con dos testigos mayores de toda excepcion que depongan haberlo oido á otros fidedignos que nombre, y públicamente á la mayor parte del pueblo, por no bastar que en sitio público lo hubiesen oido á uno solo; como tambien que expresen de qué personas ha nacido la fama, que estas sean próvidas y honestas, y que ningun interes tengan en su declaracion; y en tercer lugar, que la fama se origine de causa razonable, como si el supuesto difunto se embarcó, hubo alguna tempestad, no volvió quando se le esperaba, ni la nave tampoco, y ni de él ni de esta se supo, por mas exâctas y

(*a*) Cap. 19 de Sponsal. Sanchez de Matrim. disp. 41 in Summar. lib. 2 q. 3 n. 13. (*b*) Cap. 7 de Cohabit. Clericor. Sanchez lug. cit. (*c*) Gom. ley 80 de Toro n. 31 vers Hodie tamen. Perez en la 3 tit. 1 lib. 5. Ordenam. al fin. (*d*) La 14 tit. 24 P. 3. (*e*) Dicha ley 14. (*f*) Navar. y otros que cita Sanchez de Matrim. lib. 2 cap. 46 in Summar. q. 3 n. 13 al fin.

exquisitas diligencias que se practicaron en su busca, en los parages en que podia hallársele, y otras causas que especifican los AA. (a) pues la fama ha de traer su orígen de noticias probables, en cuya intencion los testigos deben expresar las causas de que se deriva, á fin de que el Juez discierna, si son probables, ó una voz vana (b); y no probándose la muerte en bastante forma solo podrá el que intenta suceder al que se supone difunto, solicitar que baxo de fianzas se le encargue la administracion de sus bienes (c). Pero si alguno pretende pension, salario, ó réditos vitalicios de otro, no le basta la presuncion legal de que puede estar vivo, por lo que el hombre puede llegar á vivir, sino que debe probar que realmente vive al tiempo de pedir, que es el fundamento de su intencion (d); y así la prueba del que se funda en vida, es muy diversa de la del que alega la muerte de alguno.

333 Quatro cosas se requieren á lo ménos para que la fama pruebe. La primera es, que sea uniforme, constante, perpétua, y no vaga, leve, ni contraria, ó mezclada con alegacion ó dichos contrarios; porque si unos dicen que sí y otros que no, no se sabrá de qual cosa es la fama (e). La segunda es, que traiga su orígen de personas honestas y fidedignas que pueden persuadir al pueblo á decirlo y creerlo así; pues de lo contrario no será fama sino rumor ó una voz vaga del pueblo que es despreciable. La tercera es, que se pruebe legítimamente á lo ménos por dos testigos mayores de toda excepcion que expresen las causas probables de que se ha originado: que estas sean capaces de inducir al pueblo ó su mayor parte á creerlo; y que asimismo digan baxo de juramento que aquel ó su mayor parte lo cree así, por habérselo oido (f): debiendo entenderse por mayor parte la de aquellos que pueden y á quienes toca saberlo, segun sea

(a) Mascard. concl. 748 n. 11 y conclus. 1075 n. 8. Sanchez lug. cit. n. 16. (b) Mascard. conclus. 748 cit. nn. 5, 6 y 7. (c) Greg. Lop. ley 14 tit. 14 P. 3 glos. 2. (d) Glos. 2 cit. al fin. Cur. Philip. part. 1 §. 17 n. 22. (e) Roland. lib. 1 consil. 3 n. 49. (f) Farinac. lib. 2 Prax. crimin. §. fin. q. 47 nn. 208, 210 y sig. Mascard. conclus. 750 nn. 1, 2 y 8.

lo que se va á probar: v. gr. si se trata de la ciencia de algun Teólogo, basta que haya la fama entre la mayor parte de los Teólogos de que posee bien la Teología, pues los demas no tienen voto, porque la ignoran (a). Y la quarta cosa es, que siendo interrogados, (como deben serlo) depongan del tiempo del orígen de la fama, y que este no sea posterior al principio del pleyto, en cuyo caso no prueba, porque tiene contra sí la presuncion de que le motivó el litigio, y de que quien le movió la esparció (b). Tendrá presente todo esto el Escribano para saber preguntar á los testigos acerca de la fama de lo que deponen.

§. VIII.

Del término de prueba siendo mayores los litigantes, cómo se cuenta, desde quándo corre, y si se podrá suspender y practicar otra cosa durante él.

334 La dilacion es lo mismo que término ó espacio de tiempo que se concede al actor y reo para evacuar algun acto judicial. El término se divide en *legal, judicial y convencional*: se llama legal el que concede la ley, estatuto, estilo ó costumbre sin ministerio del Juez ni de los litigantes: judicial el que concede el Juez por disposicion ó con permiso de la ley; y convencional, el que se conceden mutuamente las partes. El término probatorio es el que se da al que quiere acreditar su derecho, ó el que se concede al actor y reo para probar su intencion y sus excepciones despues de contestado el pleyto.

335 Puede conceder el Juez á los litigantes el término que contemple necesitan para probar su intencion, pues está en su arbitrio abreviarle, segun forme juicio por los méritos del proceso, calidad de las personas, cantidad, y distancia del pueblo en que se ha de hacer la prueba; mas no ampliar el prescripto por la ley, porque esta se

(a) Mascard. n. 9. (b) Mascard. nn. 30 y 31.

lo prohibe expresamente (a), excepto que haya causa justa para ello y se pruebe, que entónces no solo puede abreviarle y restringirle, sino tambien revocar el concedido y ampliar todos los legales, aunque esten prefinidos con palabras taxâtivas (b) (1); porque como las leyes se crearon para los casos comunes, y los Legisladores no pudieron tener presentes los extraordinarios que pueden ocurrir, ni se puede autorizar de justo el que por falta de término suficiente queden indefensos los litigantes, dexaron al prudente arbitrio del Juez su ampliacion, restriccion y revocacion.

336 Esto supuesto debo sentar que el término ordinario y perentorio que la ley concede en las causas civi-

(a) Ley 1 tit. 6 lib. 4 R. (b) Ley 3 tit. 15 P. 3 y dich. ley 1 tit. 6 lib. 4. Paz tom. y part. 1 temp. 5 n. 20. Cur. Philip. part. 1 §. 16 n. 3. Pareja. de Edition. tit. 6 resolut. 4 y tit. 7 resolut. 6 n. 14. Salg. de prot. Reg. cap. 1 n. 129.

(1) No podia llegar á mas la osadía de nuestros comentadores. Su funesto prurito de interpretar no liberta de sus glosas ni aun á las leyes que cuerda y expresamente rechazan toda interpretacion. La ley concediendo término señalado para una diligencia judicial prohibe con las mas claras palabras que ningunos Señores Ministros ni Jueces puedan alargarle. Sin embargo los intérpretes arrogándose la mayor autoridad y haciéndose superiores á la misma ley les dan facultades para prolongar las dilaciones. La ley instruida por una dilatada experiencia de la malicia de los litigantes ccarta los términos para que no se obscurezca la verdad y se abrevien los pleytos. Sin embargo los intérpretes parece se empeñan en eternizarlos abriendo una anchurosa puerta á los sobornos, enredos, trampas y fraudes. La ley conoce que los males que pueden originarse de no quebrantar, ó de observar con todo rigor los términos, son muy pocos en comparacion de los innumerables que puede ocasionar su violacion. Sin embargo los intérpretes solo tratan de evitar los primeros y no ponen la atencion en los segundos. La ley con ojos perspicaces extiende sus miradas hasta el fin de muchos siglos. Sin embargo los intérpretes no pasan con su vista del término de pocos dias ó pocos momentos. La ley con sus moderadas y suficientes dilaciones amonesta á los litigantes que esten prevenidos para poder dentro de ellas aprovecharse de su derecho. Sin embargo los intérpretes por favorecer demasiado é indiscretamente á los litigantes les hacen descuidarse, de manera que para demostrar y obtener su justicia no sean bastantes ningunos términos. La ley en fin es sabia maestra y buena política en el señalamiento de las dilaciones judiciales; y sin embargo los intérpretes teniéndola por tan ignorante como lo son los mas de ellos, quieren suplir ó remediar con sus exposiciones lo que conceptuan descuido ó necedad de los Legisladores.

les es el de 80 y de 120 dias: de 80, quando la prueba de testigos se ha de hacer dentro de los puertos del lugar ó provincia en que el pleyto se controvierte; y de 120, quando se ha de evacuar fuera de ellos, que la ley llama *de puertos allende*. Y si todos los testigos se hallan fuera del reyno ó en provincias ultramarinas, v. gr. en las islas de Canarias, puede el Juez conceder seis meses, ó el que con atencion á la disiancia del pueblo del litigio, cantidad y calidad del negocio, y personas litigantes conceptúe suficiente, añadiéndole ó menguándole, para que estas justifiquen lo que les convenga, y no queden indefensas por falta del competente (*a*): de lo qual parece se infiere, que si parte de la prueba se ha de evacuar dentro y parte fuera, deberá hacerse cada una en el término que le está asignado respectivamente, y no toda fuera del de los 80 dias, porque para los testigos que se hallan de puertos adentro, no concede mas la ley; pero como ella no hace mencion de este caso, ni lo prohibe, y lo que no está prohibido se entiende permitido: como el término es comun á los litigantes y hasta que espire, no se ha de hacer publicacion, ni se causa detrimento al contrario, se les permite en dicho caso hacer toda su prueba pasados los 80 dias, y no se anula por esta razon, lo qual he visto practicar así.

337 Mas para que se conceda el término ultramarino ó extraordinario, son precisas de parte del que le pretende quatro cosas: la primera, que le pida juntamente con el ordinario, sea quando la causa se recibe á prueba, ó quando se proroga, de modo, que corran ámbos á un propio tiempo, porque pasado el ordinario está prohibido al Juez conceder el ultramarino; la segunda es, que mencione los nombres y apellidos de los testigos de que intenta valerse, y el parage de su residencia, y dentro de 30 dias perentorios justifique no solo que se hallan en aquel, sino tambien que al tiempo del hecho litigioso estaban en el pueblo ó lugar donde sucedió; y lo mismo procede, quando estan fuera del reyno: la ter-

(*a*) Leyes 1, 2 y 3 tit. 6 lib. 4 R.

cera es, que jure no pide el término maliciosamente por alargar el pleyto; y la quarta, que se deposite luego la cantidad que merezca al Juez de la causa para las expensas que el colitigante haga en ir ó enviar persona al pueblo, en que dice hallarse sus testigos, á conocerlos, y verlos presentar y juramentar, pues no siendo pobre ó el fisco debe ser condenado en ellas, sino prueba su intencion (*a*).

338 Si el hecho que se intenta probar, acaeció en las Indias ó en otros parages remotos, y los testigos estan en ellos, se ha de pedir el término de año y medio, dos, ó mas segun la distancia, y el Juez ha de conceder el competente: cuyo término es ordinario y como tal se debe pretender, no como ultramarino, pues este se llama así, quando el hecho pasó en esta península, y los testigos con quiénes se ha de justificar, se hallan en parage ultramar, no quando sucedió allá; en el qual caso, como es accidental que la demanda se ponga aquí, y es de creer que los testigos estan en su tierra, cesa la presuncion de malicia, á cuya consequencia para su peticion y concesion no se necesita ninguno de los requisitos que para la del ultramarino, como tampoco quando la prueba se ha de hacer dentro del reyno, porque las leyes no lo mandan; bien que la parte debe expresar el lugar en que se hallan, para que su contrario pueda ir ó enviar á conocerlos y verlos juramentar, porque de lo contrario no podrá hacerlo ni tacharlos; pero no se debe prorogar sin causa justa é impedimento probado, quál es la falta de embarcacion ú otra semejante, ni concederse restitucion, segun se colige del espíritu y contenido de las leyes citadas (*b*); y así se observa.

339 Como los Jueces no tienen precision de recibir de una vez los autos á prueba por todo el término legal, los reciben por 15 ó 20 dias, ó por el que les parece á su arbitrio segun la necesidad y la naturaleza de

(*a*) Dichas leyes 1, 2 y 3 tit. 6 lib. 4. Gutier. lib. 1 Pract. q. 56. Paz part. 1 temp. 8 nn. 37 y 39. Cur. Philip. dich. §. 16 nn. 11, 12 y 13. (*b*) Gutier. lib. 1 Pract. q. 55. Cur. Philip. nn. 14 y 15.

la causa: en cuya atencion si los litigantes quieren gozar enteramente del ordinario, y que se entienda ser el mismo y no otro nuevo, deben pretender una ó mas veces que se prorogue; y para que se conceda la prorogacion, es indispensable que la soliciten dentro del concedido, pues si ocurren á pedirla despues de pasado, y este es todo el legal, no debe prorogarle, aunque en caso que el primero sea limitado, y la parte jure y justifique que estuvo imposibilitada en él de hacer su prueba, puede conceder hasta quarto plazo, el qual será nuevo término y no el mismo ni prorogacion de él (*a*); pues no hay que prorogar, por haber espirado, á cuya conseqüencia lo que entónces se debe hacer, es: „dar traslado de la pretension al contrario, y mandar que con lo que dixere ó no, se traiga dentro de tercero dia:„ cuyo auto se le notifica, y si contradice la pretension, y quien la hace no justifica á lo ménos sumariamente el impedimento que tuvo para probar en el primer término, ó para pedir la prorogacion, ú otra causa justa, no debe deferir el Juez á su concesion, y si defiere, se puede apelar (*b*); lo qual se ha hecho á mi instancia en dos pleytos que he seguido en esta corte, pues por haber espirado el primer término de 20 dias en el anterior á el en que se pidió, tenido en su poder los autos el actor y no justificado imposibilidad, me opuse á la nueva concesion, y se le denegó; pero si la consiente ó no la contradice, puede condescenderse á ella, aunque no se haga juramento ni justificacion, y valdrá la prueba que se haga en el nuevo término (*c*); bien que en esto tienen mucho lugar la equidad y arbitrio del Juez, teniendo presentes la naturaleza de la causa, el término que pasó, y el motivo ocurrido para no haber pretendido su prorogacion; de suerte que para que la parte no quede indefensa, respecto no haber ley que trate específicamente de este

(*a*) Leyes fin. tit. 15 y 33 tit. 16 P. 3. Cur. Philip. §. 16 cit. n. 4
(*b*) Salg. de Reg. part. 2 cap. 1 n. 118. Cur. Philip. nn. 35 y 37.
(*c*) Cap. fin. de Accusat. lib. 6. Marant. de Dilation. n. 12.

caso, podrá concederle por equidad el término que estime competente para que haga su prueba en él. El término probatorio corre de momento á momento desde el dia de su última notificacion exclusive, segun corren naturalmente los dias, y de este modo se debe contar, por cuya razon si acude la parte á pedir la próroga á la hora de audiencia del siguiente á el en que espiró el concedido, no llega á tiempo por no ser dentro de él, y si en la última notificacion se pone la hora, corre desde ella.

340 Si la parte pide la próroga dentro del término, se le ha de conceder llanamente, y aunque sea para probar hecho acaecido de puertos allá, no necesita expresar causa, ni mas de que tiene que hacer su prueba mas allá de ellos, por hallarse allí algunos de sus testigos, pues la ley no exige otro requisito, entendiéndose ser y continuar el mismo término, aunque la próroga se decrete mucho despues de pasado el anterior, porque la omision ó imposibilidad del Juez en no decretarla quando se pide, ó del Escribano en darle cuenta, no debe perjudicar á la parte que cumple con llegar á tiempo, y de lo contrario nada le serviria, pudiendo ademas suceder que quando se defiriese á la próroga, ya no hubiese que prorogar, y quedase indefensa. Por tanto, para precaver este perjuicio y evitar dudas de si ocurrió ó no á pedirla en tiempo hábil, lo que se practica y debe practicar, es: poner el Escribano originario, ó su Oficial mayor en el pedimento de, ó nota del dia y hora en que este se presenta, con la qual se estima haber estado suspenso el término desde que espiró hasta que se prorogó ó hizo saber á ámbos litigantes la próroga, lo qual es corriente, se ha practicado á mi instancia en el Consejo, y he visto practicar en los demas tribunales de esta corte. El Escribano y su Oficial mayor no deben negarse á poner la nota ni á recibir el pedimento, aunque sea de noche.

341 Los litigantes son correlativos, entre ellos debe haber igualdad: lo que no es conveniente para el uno,

no lo es para el otro (a), y lo favorable ha de ser para entrámbos (b), en cuya atencion el término probatorio es comun á los dos y todo para cada uno, como asimismo sus prórogas, aunque uno solo las pida (c); y sea ó no probatorio, se les debe hacer saber, para que les conste y empiece á correr, pues miéntras no se les notifique, no corre, ni como ignorantes de él les perjudica (d). Si se les notifica á ellos ó á sus Procuradores en distintos dias, empieza á correr desde el siguiente al de la última notificacion, sean dos los litigantes ó muchos como en un concurso, porque todo compete á todos y á cada uno para probar; y si se empezára á contar desde la primera, sucederia que no era enteramente comun para cada uno, y por consiguiente que el uno gozaba de todo él y los otros no, ó que corria en dos tiempos, y no era un solo término sino dos ó mas, y que el del uno se concluia ántes que el de los demas, lo qual es contra la mente de las leyes.

342 Lo propio milita, quando las prórogas se hacen y notifican ántes que espire el término ó dilacion anterior, pues no se cuenta, ni debe contar el prorogado hasta que se acaba el primero, porque continúa este y es uno mismo (e); pero si se decretan despues de haber espirado habiéndose pedido en tiempo, empieza á correr el que se prefine en ellas, y debe contarse desde el dia siguiente al de su notificacion en la forma expuesta, entendiéndose suspenso el de su intermedio (f); y lo mismo procede, quando aunque se haya decretado ántes, no se hizo saber hasta mucho despues: todo lo qual, no obstante las dos opiniones diametralmente opuestas que hay acerca del modo de contarse, esto es, de si corre de momento á momento, ó si se ha de contar el dia de la notificacion, es lo que se practica inconcusamente en esta corte que debe servir de regla á todo el rey-

(a) Ley 41 ff. de Regul. jur. y cap. 32 del mismo tit. in 6. (b) Ley 21 ff. de Regul. jur. (c) Cur. Philip. §. 16 cit. n. 9. (d) Salg. de Retent. part. 2 cap. 20 n. 21 y de Reg. prot. part. 1 cap. 7 nn. 59 y 74. (e) Bonad. lib. 3 Polit. cap. 14 n. 7. Parej. de Ediction. tit. 6 resolut. 4 y 6 n. 14. (f) Cur. Philip. ilustr. part. 1 §. 16 n. 4 al fin.

no, así como en las causas criminales manda expresamente la ley 2 tit. 10 lib. 4 Recop. que los términos y dilaciones que se guardan en la corte, se guarden en todas las ciudades, villas y lugares de estos reynos, y no otros diversos de ellos sin embargo del uso contrario (1), mayormente quando habiendo dos opiniones opuestas se ha de seguir la mas recibida (a) (2). Y quando alguna de las partes pide término para despachar los autos por verse apremiada, debe contarse el que se le concede, no desde el dia en que los toma, sino desde el siguiente al de su notificacion inclusive, y pasado el concedido, aunque haya tomado los autos dos dias ántes de espirar este, se le puede apremiar á su vuelta, porque de lo contrario sería mayor que el que tal vez pretendió, y el Juez le concedió.

343 Siendo feriados todos ó la mayor parte de los dias corre tambien el término, porque es continuo en este caso (b), del mismo modo que corre y se deben contar para apelar segun derecho (c). Si las ferias son repentinas, y por esta causa padece detrimento la parte, debe ser restituida por todo el tiempo que duraron (d); y para que no quede indefensa por defecto del competente y evitar dudas (bien que no debe haberlas, pues el testigo puede ser exâminado en ellas habiéndose juramentado en dia útil) ha de pedir al Juez que habilite los dias feriados, ó los suspenda, á lo qual debe deferir, y de esta suerte se consigue que todos sean

(1) No osaré yo afirmar que la práctica de la corte en órden á los términos de las causas civiles debe servir de regla á todo el reyno, ya porque no hay ley en que apoyarlo, y ya porque la segunda citada solo habla de las dilaciones en las causas criminales haciendo tres veces mencion de estas, sin que haya expresion que pueda referirse ó comprehender los términos de aquellas.

(a) Parlad. lib. 2 Rer. cap. fin. part. 5 §. 10 nn. 3, 4 y 5. Cur. Philip. lug. cit. n. 7.

(2) Mejor seria decir que habiendo dos opiniones contrarias deben exâminarse ambas detenidamente para adoptar la mas razonable, sólida y conforme á derecho.

(b) Ley 3 Cod. de Dilation. vers. Feriæ. (c) Ley 24 tit. 23 P. 3. (d) Ley 21 §. 7 ff. Ex quibus causis majores.

diles. Si repentinamente hay alguna suspension de tribunales, v. gr. por parto de Princesa ú otra celebridad, ó causa semejante, despues que se abran, ha de pretender se declare haber estado suspenso el término y no corrido en ellos, á lo que se debe deferir tambien, mas no, si no lo pide: lo qual he visto practicar y declarar en esta corte, porque en un caso imprimado y de que la parte estuvo ignorante, no le debe perjudicar el no haber ocurrido á pedir la suspension ó habilitacion. Y en la requisitoria ó despacho exhortatorio que se expida para hacer probanza fuera del territorio del Juez que conoce de la causa, se ha de expresar qué dia se recibió á prueba, quanto término está pasado, y quánto falta que correr, para que la parte no se descuide en presentar sus testigos en tiempo hábil, ni sea perjudicada por este defecto, ni pueda alegar ignorancia.

344 Reciben muchas veces los Jueces lisa y llanamente los autos á prueba por via de justificacion con término limitado, v. gr. 20 ó 30 dias que suelen prorogar hasta los 70, añadiendo algunos la qualidad de que el término sea preciso y perentorio, y entónces no defieren á la próroga sin causa. Este modo de actuar que ha introducido la práctica, es legal, sin embargo de que las leyes no hablan expresamente de él, y se funda en que como el espíritu de estas se dirige á que quanto ántes se dé la justicia al que la tenga, y no se eternicen los pleytos, confiriendo para ello á los Jueces la facultad de restringir ó abreviar el término; quando advierten que los litigantes pueden probar su intencion brevemente, ó que les falta algun adminículo para hacerlo mejor, limitan el término legal, quedando en su arbitrio el prorogarle ó no: en cuyo caso, así como en el auto regular de publicacion se dice, *hacese en este pleyto publicacion de probanzas*, se pone de esta suerte: *de las justificaciones hechas se comunica traslado recíproco á las partes*, lo qual es substancialmente lo mismo (1).

(1) *El término y plazo único de 30 dias que concede la ley con el mismo efecto que tenian ántes los tres sucesivos, se reserva á la*

345 Recibida la causa á prueba han de tomar las partes por su órden los autos para formar sus interrogatorios, y pedir se compulsen con citacion contraria los instrumentos y cosas que les conduzcan sacar, segun lo alegado y deducido, y que se comprueben los producidos ántes, si estan redarguidos de falsos civilmente, por no ser los originales y haberse sacado sin la referida citacion; pues si no se redarguyeron, es superfluo pretender su comprobacion, por ser visto no dudar de ellos, y no han de solicitar se compulsen los que señalaren, sino señalarlos, porque no se debe admitir, ni admite señalamiento absolutamente indefinido, aunque sí siendo de en parte de cosa determinada y cierta, v. gr. de tal libro de casados las partidas que señale, de tal convenio ó estatuto, las condiciones, artículos ó capítulos que me convengan, &c. Si conviene á las partes probar algunos particulares nuevos concernientes á la

prudencia y arbitrio del Juez que le coarte al que considere suficiente para que hagan las partes su prueba atendida la calidad de la causa y de las personas, y el número y distancia de los lugares donde se haya de hacer. Algunas veces usan los Jueces de este medio deseando abreviar las causas, y las reciben á prueba con término de treinta dias, pero rara vez logran el fin: porque la que se interesa en la dilacion pide que se prorogue, y el Juez se halla en la necesidad de hacerlo, y viene á llegar á los ochenta dias cargando á las partes con los pastos de las prorogaciones que solicita, y de sus respectivas notificaciones, y si quieren mantener la providencia de limitar y abreviar el término, dan ocasion á las partes para que la reclamen pidiendo su reposicion y apelando de lo contrario, y el Juez está en la precision de admitir esta apelacion, pues aunque el auto de prueba y restriccion de términos para ella sea interlocutoria, trae gravámen irreparable, y el mayor que se puede irrogar á las partes, porque en las probanzas está toda la virtud de la causa y del vencimiento ó pérdida, y por lo mismo no hay medio de dejar á estas apelaciones introducen el recurso de la fuerza de no otorgar, y declarándola, como efectivamente la declaran los tribunales superiores, viene á reponerse todo lo obrado desde el dia en que pudo interponerse la apelacion. Salgado de Regia protect. parte 2. cap. 1. n. 137. al 139.

" Para evitar estos graves inconvenientes tan contrarios á la brevedad que solicitan los Jueces con la restriccion de los plazos para probar, observan ya los tribunales en la sentencia ó auto de prueba recibir la causa á ella por los ochenta dias de la ley comunes á las partes." Señor Conde de la Cañada Instit. Prac. P. 1. cap. 3. n. 10. y 11.

accion intentada que por olvido no hayan alegado, pueden alegarlos en el mismo pedimento con que presenten el interrogatorio; de cuyo pedimento y no de este se debe dar traslado al contrario, para que alegue y pruebe contra ellos, ó impugne su admision, si no conducen al pleyto.

346 El órden regular de tomar los autos siguiendo el del juicio es: primero el actor y luego el reo, por lo que se han de entregar á aquel, si ámbos acuden á un tiempo á tomarlos, y si no los vuelve á los 8 ó 15 dias (tal vez como suele suceder, con ánimo de que el reo quede indefenso, y no pueda formar su interrogatorio), se le puede apremiar á su vuelta, pues debe tenerlos ménos tiempo por tres razones: la primera, porque quando llega á poner la demanda, tiene, ó debe tener preparados todos los medios de probar su intencion, puesto que le sobró tiempo para premeditarla y buscarlos, lo qual no sucede al reo que se vé sorprendido con la demanda y costreñido con los términos legales así para contestar como para excepcionar y probar: la segunda, porque el actor como que toma primero los autos, goza enteramente de todo el término, y miéntras el reo prepara sus defensas y forma su interrogatorio, puede hacer su prueba, siendo así que el reo solo goza de él desde que se le entregan; sin que sirva alegar que la mitad del término toca al actor, y que los puede tener durante ella, porque es todo para todos, no se puede dividir, por no permitirlo la ley, y la práctica contraria introducida por litigantes de mala fe para alargar los pleytos y causar costas al contrario es corruptela y se debe abolir; y la tercera razon es, porque aunque el reo tenga los autos el resto del término probatorio, en nada perjudica al actor, por no hacerle falta regularmente, sino que se le ofrezca ratificar testigos, ó hacer algun reconocimiento, pues para la comprobacion de instrumentos se pueden separar de los autos, como se hace, ó cotejarse despues de pasado el término. Dicho órden de tomar los autos no es necesario, por no mandarlo ni aun hablar de él las le-

yes, en cuya atencion si el reo acude primero por ellos, se le deben entregar, y si ninguno los quiere, no se le puede precisar á que los tome; y el término probatorio corre y no es visto suspenderse en los tribunales donde se comunican los interrogatorios, miéntras una parte tiene el de la otra para hacer repreguntas á los testigos contrarios, porque ninguna ley lo dice, y porque pasado el tercero dia de su comunicacion le puede apremiar á su vuelta, por ser bastante tiempo tres dias para exâminarle.

346 Los testigos presentados en el juicio civil ordinario han de ser exâminados con citacion contraria dentro del término probatorio, aunque haya dias feriados; pero si falta tiempo por esta ú otra razon, pueden declarar despues, con tal que hayan sido presentados y juramentados precisamente dentro de él; y aun despues de la publicacion pueden declarar y explicar, sea á pedimento de parte, ó de oficio del Juez, lo que hayan depuesto confusamente, ú omitido por no habérseles preguntado, y tambien dar razon de sus dichos (*a*), como se ha sentado en el n. 281. Asimismo se han de ratificar en el término probatorio con citacion contraria los que sin haber precedido esta fueron exâminados ántes de la prueba y contestacion; y si algunos han fallecido, ó estan ausentes en parte remota, de donde no puedan regresar para ratificarse, se ha de recibir con testigos íntegros y fidedignos á instancia de la parte que los produxo, y no de oficio, informacion de abono, en la que deben declarar: „Que el que abonan, era buen Christiano, temeroso de Dios y fidedigno: que por tal estuvo siempre reputado entre todos los que le conocian y trataban: que en esta atencion no les queda ninguna duda de que diria la verdad en la declaracion que hizo tal dia, ni de que se debe dar entera fe y crédito á quanto expuso en ella: que saben que falleció en tal dia, por haberle visto cadáver, ó que está

(*a*) Ley 36 tit. 16 P. 3 y en ella Greg. Lop. Curia Philip. part. 1 §. 16 cit. n. 20.

ausente en tal parte, por haberlo oido decir públicamente en el pueblo, ó que se ignora su paradero desde de tal tiempo que se ausentó, &c. Pero si precedió la citacion á su exámen, aunque no es necesario que se ratifiquen, y basta que se reproduzcan sus dichos en la prueba como parte de ella: sin embargo como ántes de la contestacion no hay juicio, no dañará, para que no se alegue que depusieron fuera de él y no en tiempo oportuno, y que no fueron preguntados por las generales de la ley, por cuya causa se ignora, si algunas los comprehendan y se les puede tachar; como tambien para obviar otros escrúpulos y reparos que sugieren á los litigantes de mala fe su cavilacion, y su poca ó ninguna justicia. En la ratificacion (como que viene á ser corróboracion de la declaracion primera, si en ella se ratifican llanamente, ó nueva deposicion hecha con las solemnidades legales caso que varie en algo) pueden los testigos añadir, quitar y enmendar lo que depusieron en la primera, segun se acuerden, y hayan recapacitado los hechos sobre que fueron interrogados, á cuyo fin se les debe leer aquella á la letra, y valdrá, si por otro motivo no claudican sus aserciones, lo qual tendrá presente el Escribano, pues así se observa.

348 Lo expuesto en el núm. anterior es corriente en la práctica de los tribunales de Castilla, no obstante que algunos (a) fundados en las palabras, *para probar y haber probado*, y *para presentar la probanza*, que trae la ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop. hablando del término que concede para la prueba, afirman que despues de éste no se pueden examinar los testigos, aun habiéndose juramentado en tiempo hábil, ni tampoco quando el Juez concedió ó prorogó todo el de la ley, y aunque en el auto de prueba se omitan las palabras expresadas, pues el estilo de los referidos tribunales superiores é inferiores ha temperado el rigor de la ley con omitir dichas expresiones en el auto de recepcion, y

(a) Pariador. Rer. part. 2. cap. 6. §. 2. n. 8. Cur. Philip. log. cit. n. 19 y otros que cit.

ponerle lisa y llanamente, habiendo obligado á ello la necesidad, para que las partes no quedasen indefensas, y se aclarase la verdad: lo qual se entiende, aun quando se haya concedido todo el término legal, como lo he visto practicar y aprobar repetidas veces; bien que si se concede todo aquel, y se ponen las referidas expresiones, entónces, como que el Juez por el hecho de ponerlas advierte que el término es bastante para todo, páreceme no podrán examinarse despues de pasado, á ménos que por alguna causa no se hubiese podido hacer ántes y se acredite en forma para que aprecie sus dichos (1).

349 Los instrumentos públicos se pueden redarguir de falsos absoluta ó civilmente con la protesta ordinaria: absolutamente, segun se ha dicho en los nn. 301 y sig. y civilmente por una de quatro causas, á saber: *eficiente*, que es quando son hechos por persona inhábil, v. gr. por el que no era Escribano público, ó aunque lo fuese, estaba excomulgado, quando le hizo, ó suspen-

(1) Quando el término para probar señalado por el Juez es menor que el de la ley, continuan los AA. en que si se presentan y juran dentro de él los testigos, podrán hacer y extender sus declaraciones aun despues de pasado; pero si se hubiese recibido la causa á prueba por todo el término legal, resuelven lo contrario. Otros AA. añaden la diferencia de que el término se hubiese concedido *para probar y haber probado*, en cuyo caso no admiten las declaraciones habiendo corrido, aunque sí, quando se dió el término *solamente para probar*. El Señor Conde de la Cañada habla extensamente de este punto y concluye con estas palabras. »A mí me parece que podia evitarse la obscuridad que producen las opiniones referidas, y las razones en que se fundan reduciéndolas á una muy sencilla, natural y sólida, y consiste en que el término de prueba menor que el de la ley usando del prudente arbitrio que dispensa al Juez la l. 1 tit. 6 lib. 4, procede de un auto interlocutorio, qual es el de prueba, y como este puede reformarse por el mismo Juez que le dió, ya lo haga por palabras prorogando el término; ó por hechos que induzcan iguales efectos, se convence con toda evidencia que quando el Juez recibe el juramento á los testigos dentro del término señalado en el auto de prueba que se supone ser menor que el de ley, y reserva recibir las declaraciones despues de él, se entiende que lo prorroga por el tiempo que sea necesario para concluir aquella probanza, y por este medio ordinario puede extenderle al que señala la ley.» Inst. Pract. part. 1 cap. 8 nn. 29 &c. y 33.

só: *material*, quando se hicieron sobre cosa reprobada por derecho: *formal*, quando en su formacion no se observaron las solemnidades legales, como si faltó la fecha, subscripcion, ú otra cosa substancial, ó si el traslado presentado se compulsó sin la debida citacion del contrario; y *final*: v. gr. si se hicieron ó sacaron con vicios de obrepcion y subrepcion, si estan raidos ó rotos en parte substancial, ó contienen otros defectos substanciales (*a*). La cláusula de la *protesta ordinaria* que se pone, quiere decir que no se procede con malicia, ni por diferir el pleyto ni causar costas á su colitigante sino meramente por convenir á la defensa del que redarguye y dudar de ellos, puesto que no son los originales, ni los ha visto ni sido citado para compulsarlos.

350 Para remover el vicio y sospecha de falsedad ó suplantacion de los instrumentos y testimonios redarguidos de falsos civilmente se deben comprobar ó cotejar con sus originales ó protocolos de donde se sacaron, precedida citacion de la parte contraria, y señalamiento de dias y horas, á fin de que asista, si quiere, á su cotejo; y si no son los originales, han de ser indubitados, pues el traslado autorizado sacado de papeles que la parte tenga en su poder, y que por no haberse compulsado con citacion ó de otro modo legal, no hacen fe, aunque se coteje con ellos, no servirá, mayormente quando es visto que se opuso la redargucion no solo al traslado sino tambien á los documentos de donde se sacó por exhibicion, en cuya atencion es indispensable acudir á cotejarlos con sus originales, por no serlo aquellos y ántes bien dudarse de su veracidad. A la manifestacion ó exhibicion de estos no debe excusarse el que presentó sus copias, si el que redarguye, ó su Procurador, ó Letrado quiere verlos (*b*); é igualmente está obligado qualquiera de los litigantes á la del testamento ó escritura que tenga en su poder, si el con-

(*a*) Reiff. lib. 2 tit. 22 §. 9 n. 256. (*b*) Ley 3 tit. 5 lib. 4 R.

trario lo pretende (a). En su comprobacion ó cotejo ha de tener muchísimo cuidado el Escribano ó Receptor, pues debe poner todas las enmiendas, testaduras, raspaduras, entretenglonaduras, y demas cosas y defectos que advierta así en los traslados producidos como en el protocolo, original ó libro becerro de donde se compulsáron, expresando si estan salvadas, segun lo manda la ley, y de una misma letra y tinta, ó de diversas: dirigiéndose por ellos y no por el traslado: dando fé no solo de las señas del instrumento, ó libro producido ó exhibido para la comprobacion; á saber: si está foliado ó no, con qué pergamino ó cubierta, de qué color, y á qué folio y quántos tiene, y si todas las hojas estan ó no rubricadas por el que le autorizó: sino tambien de todo lo demas digno de reparo que haya en él y en el trasunto, y de si en lo referido concuerda ó no con él, manifestándolo todo con individualidad, pues de otra suerte á mas de no cumplir con su obligacion se expone. Pero no debe admitir á la parte contra quien se produce, alegaciones ni objeciones que se dirijan á enervarle ó anularle por otras razones substanciales que resulten de su mismo contenido, ya porque el acto del cotejo ó comprobacion solo es para notar los defectos que se advierten con la material inspeccion, lectura, y vista ocular del original y trasunto, y ver si este concuerda con aquel; y ya porque el Escribano ó Receptor es un mero executor sin la mas leve jurisdiccion para la admision de dichas objeciones, si expresamente no se le concede: de manera que todos los demas defectos se deben exponer y deducir ante el Juez de la causa como el único que tiene facultad para conocer de los méritos de ella, y de quanto intenten y produzcan en apoyo de su intencion los litigantes. Lo mismo se debe practicar en la comprobacion de los privilegios, libros y otros papeles, porque versa igual razon, lo qual ignoran muchos que deban saberlo, y tendrá presente el Escribano. Mas si se compulsaron con la

(a) Ley 17 tit. 2 P. 3.

debida citacion, ó no los redarguye de falsos la parte contraria, luego que se le comunican, como lo debe hacer, no es necesaria su comprobacion, por ser visto aprobarlos, y no dudar de la veracidad de su contenido, ni despues debe redarguirlos sin nuevo motivo.

351 No se deben extraer los padrones y papeles originales para las pruebas, sean de hábitos ú otras, de los archivos públicos en que estan, ni de los oficios de Escribanos sus protocolos, ni tampoco de las iglesias los libros parroquiales, sino que á presencia de las personas á cuyo cargo está la custodia de unos y otros, se han de sacar y compulsar las partidas é instrumentos que se necesiten, segun está mandado para evitar su pérdida y extravío, y los irreparables daños que experimentaba el público por hacerlo (a). Lo propio debe observarse con los papeles, instrumentos y privilegios que se hallan en archivos de personas privadas, porque milita igual razon y las leyes no distinguen; con la diferencia de que á aquellas se debe compeler litigando entre sí y estando en el pueblo del juicio, á que los muestren ó exhiban en la audiencia para cotejarlos con las copias producidas, ó á sacarlas de ellos con la correspondiente citacion; y evacuado el cotejo ó compulsa se les han de devolver sin demora baxo de recibo, para que los custodien en sus archivos; pero no quando estan fuera del pueblo. Así se concilia el mandato de las leyes que ordenan mostrarlos, con el de las que prohiben su extraccion de los archivos: logran verlos las partes, y no se les causa detrimento, que es lo que como justo se observa en esta corte. Por tanto, se debe abolir como injusta y perjudicial la práctica de algunos tribunales contraria á esta, que es propiamente corruptela, pues ninguna ley manda que se presenten los originales y se queden en los autos, sino que se muestren, es decir, que se exhiban ó manifiesten para que la parte contraria los vea, y se saque copia de ellos ó

(a) Leyes 28 tit. 22 lib. 2 y 79 cap. 54 tit. 4 lib. 3, y auto 4 tit. 12 lib. 2 R.

se coteje la producida ; entre lo qual hay notable diferencia, porque con la presentacion se despoja de sus armas al que las tiene para su defensa, sin oirle ni vencerle, y con la exhibicion no. Asimismo se debe observar lo propio con los libros de caxa que los comerciantes y cambistas tienen en sus casas para su giro y comercio. Pero en los pleytos de reversion á la corona de cosas enagenadas de ella y en otros en que es interesada, se deben presentar originales los privilegios, donaciones, y concesiones Reales y Pontificias, si el Fiscal Real lo pretende, porque es privilegiada, tiene fundado derecho á ellas, y así el poseedor debe manifestar el título en cuya virtud las posee. Lo dicho es lo que se practica y tendrá presente el Escribano, pues por haber presentado los originales muchas casas privadas, fallecido los que los produxeron, y no haberlos vuelto á recoger é ignorar en donde paran para pedirlos y reivindicarlos, se ven desposeidas de haciendas, privilegios y regalías.

352 Miéntras dura el término probatorio, ninguna cosa se puede hacer mas que la prueba, ni el Juez puede tampoco pasar adelante, porque fue establecido únicamente para ella, y si se hace, es nulo, como lo dice la ley 2 al fin tit. 15 P. 3. „E aun decimos que mientra el plazo durare que el juzgador dá á algunas de las partes, no deve facer ninguna cosa nueva en el pleyto, nin se trabajar dello; fueras ende sobre aquella razon porque fue dado el plazo, assi como recibir testigos, ó ver las cartas ó los privillejos que aducen antel en prueva„. Así que si se introduce algun artículo *perjudicial*, se debe pedir al propio tiempo suspension de él, deferirse á ella, y subsistir suspenso hasta que se declare lo que corresponda sobre el artículo. Las razones son: la primera, porque como la ley prohibe que se practique otra cosa durante él, y si se practica, se procede contra su mandato, para no violarle se usa del medio de la suspension, que es el único que la sutileza de los Jueces y Letrados, y la equidad y necesidad han hallado, para que ni los litigantes quedasen indefensos por falta de tér-

mino competente, ni las leyes se quebrantasen, pues no hablan de ella: la segunda, porque de no hacerlo así correrian á un tiempo dos términos, uno de prueba sobre lo principal, y otro sobre evacuacion del artículo, lo qual no puede ser, porque como distintos, incompatibles y creados para cosas diferentes deben correr en diversos tiempos: la tercera, porque en los juicios se deben evacuar con la respectiva audiencia todas las pretensiones é incidentes, pues de omitirse habria que reponer los autos al estado que tenian quando se intentaron, como muchas veces sucede, originándose gastos y dilaciones; y la quarta, porque de lo contrario se incidiria en uno de dos escollos, ó de que ínterin se substanciaba y determinaba el artículo, se pasase el término de prueba y la parte que le habia introducido, quedase indefensa en lo principal por su defecto, lo qual resisten las leyes y la razon, ó de que si la hacia, no se evacuaba el artículo y el término corria, llegase el caso de la publicacion, por haber espirado este, y hubiese precision de volver atras, que era á determinar el artículo; y si se hacia venir al juicio á un tercero, la hubiese tambien de oirle y abrir de nuevo el término de prueba, con lo qual se diferia mas el pleyto.

353 Empieza la suspension desde el dia en que se presenta el pedimento pretendiéndola é introduciendo el artículo, aunque mucho despues se defiera á ella, ó por executoria se declare no haber lugar á este. Miéntras dura, ninguna de las partes, sabiéndola judicialmente, puede hacer prueba; y si la hace, y la contraria respondió quando se le citó, que queria hallarse presente á juramentar los testigos, compulsar ó comprobar instrumentos, ó hacer otro género de prueba, (cuya respuesta debe admitir el Escribano comisionado, y señalarle dias, horas y parage, para que concurra, sin que necesite dar pedimento á este fin, porque no hay ley que lo prevenga) y por haber formado el artículo, no asistió, es nula como hecha fuera del término legal y sin la correspondiente solemnidad, por lo que se han de volver á juramentar los testigos á su presencia, y

cotejar los instrumentos presentados y compulsados, si no quiere pasar por lo actuado durante la suspension.

354 Pero si en los dias que le señalaron y mediaron ántes de notificársele la suspension, se juramentaron algunos testigos, pueden ser exâminados durante ella, por haber sido juramentados en tiempo hábil, aunque á conseqüencia de la citacion para su juramento no le hubiese presenciado; y lo propio milita, si se sacaron ó comprobaron despues de ella algunos documentos, en cuyo caso no debe la otra parte pedir nulidad de lo actuado, ni aunque la pida, ha de deferirse á ella, pues de no haber asistido échese á sí mismo la culpa, porque el Juez ó Escribano que entiende en la probanza, no tiéne obligacion de esperarle, ni con este motivo debe causar costas al litigante cuya prueba hace, como lo dice expresamente la ley 23 tit. 16 P. 3. Todo esto se ha practicado á mi instancia en el Consejo en pleyto en que recibido á prueba formé cierto artículo, para que se citase á un tercero al juicio, y habiendo pasado los 80 dias y mucho mas, hice se declarase no haber corrido el término desde la presentacion del pedimento, y que no sirviese la prueba que la parte contraria habia hecho, miéntras estuvo pendiente, porque no obstante saberlo la habia continuado el Receptor comisionado.

355 Si una de las partes pide con justa causa la suspension por ciertos dias del término probatorio que falta, y el Juez defiere á ella, se debe poner el siguiente auto: „Mediante los motivos que se exponen, se suspende el término probatorio por tantos dias, y pasados vuelva á correr sin nueva providencia.„ Este auto se debe notificar á ámbos litigantes, y finalizados los dias suspendidos continúa el término sin necesidad de mas decreto, pedimento, ni notificacion, ni de volverle á hacer saber, como algunos poco instruidos piensan.

§. IX.

De la publicacion de probanzas, y restitucion del término probatorio que compete á los menores y demas que gozan del mismo beneficio.

256 Pasado todo el término porque la causa ó negocio principal se recibió á prueba, y no siendo menores ó privilegiados los litigantes, está prohibido, regularmente hablando, admitir testigos en primera instancia (r), á fin de evitar sobornos y perjurios (*a*), aunque se pueden examinar los que fueron juramentados dentro de él, como se ha dicho en el n. 347: y así lo que se debe practicar, es pedir una de las partes publicacion de probanzas, si las hicieron, en cuyo solo caso es substancial en el juicio segun nuestro derecho (*b*), pues si no

(r) El Señor Conde de la Cañada trata, si pasados los 80 dias de la ley y ántes de la publicacion de probanzas se podrá hacer prueba, y despues de haber ventilado juiciosamente esta question exponiendo por la afirmativa y negativa muchas leyes, razones y doctrinas, nos da su decision en estos términos. "Considerados con profunda meditacion los fundamentos expuestos por las dos partes de este artículo, reducido á si pasado el término ordinario de los ochenta dias y ántes de la publicacion de las probanzas puede y debe el Juez recibir las que ofreciere en primera instancia alguna de las partes, hacen bastante embarazosa la resolucion, y la dexaria al juicio de otros que supieran discernir mejor que yo la fuerza de las doctrinas explicadas; pero estimulado de la obligacion y del deseo con que escribo estas *Instituciones prácticas* de facilitar la debida instruccion, me resuelvo á decir que yo adopto los principios naturales de equidad y buena fé en abrir la mano á descubrir y calificar la verdad y la justicia por todos los medios que no traigan graves inconvenientes en dilatar los pleytos por malicia, y causar considerables perjuicios á las partes; y precabidos estos dos extremos con el juramento y demas calidades que previenen las leyes, y se han reputo en sus casos, no hallaria reparo en admitir y exâminar los testigos que se presentasen pasados los ochenta dias, y ántes de la publicacion de probanzas, haciéndose con citacion de la parte contraria y dentro de un breve término que no produxese considerable dilacion." Instit. Pract. part. 1 cap. 8 nn. 34, &c. y 72.

(*a*) Leyes 37 tit. 16 P. 3 y 5 tit. 6 lib. 4 R. Matienz. in Dialog. Relator. cap. 16 n. 1. Paz tom. y part. 1 temp. 8 nn. 134 y 135.

(*b*) Ley 1 tit. 8 lib. 4 R.

la piden, no se vicia el proceso por su defecto (*a*), ni si no hicieron probanzas, tiene sobre qué recaer. Y es de tener presente que en segunda ó tercera instancia no se deben hacer probanzas por testigos, ni admitirse interrogatorios sobre los mismos artículos ú otros directamente contrarios sobre los que se recibió el pleyto á prueba en la instancia anterior, sea en lo principal ó en tachas, pena de mil maravedis al Abogado que formase dichos interrogatorios, y de nulidad de la probanza (*b*).

357 Si las partes no hicieron probanzas y espiró el término señalado para hacerlas, pueden concluir para difinitiva, ó pedir que se les entreguen los autos para alegar de su derecho y justicia, pues deben entregárseles sin hacer publicacion, ni si la una los pide, dar traslado á la otra, porque no hay materia sobre que recaiga, ni motivo para el traslado, de suerte que este y la publicacion son ociosos en dicho caso; y lo mismo procede, quando una sola hizo prueba, y la otra concluye sin embargo renunciando la publicacion, ó quando ámbas la renuncian (*c*). Pero no obstante que ámbas la hagan, y la de la una se concluya mucho ántes que la de la otra, como suele suceder, no se ha de hacer la publicacion hasta que espire todo el término probatorio concedido, aunque la una lo pida, si la otra lo contradice (*d*); pero si conformándose ámbas, segun se practica.

358 Mas qualquiera cosa que se haga, de la pretension de publicacion se ha de comunicar traslado á la otra parte, para que exponga, si está ó no pasado el término, ó falta que examinar algun testigo juramentado, ó tiene algun motivo que la impida por entónces, á cuyo fin en qualquiera instancia puede tomar y se le debe entregar la pieza corriente ó todos los autos excepto las probanzas; y si nada dice á la prime-

(*a*) Paz lug. cit. nn. 136 y 137. (*b*) Ley 4 tit. 9 lib. 4 R. (*c*) Ley un. tit. 6 lib. 4 R. Cur. Philip. part. 1 §. 16 n. 29. (*d*) Ley tit. cit. 6 lib. 4 R.

ta audiencia ó á los tres dias de notificado el traslado, ha de deferir el Juez á la publicacion y hacerse saber esta á ámbos litigantes (a): de modo que segun nuestro derecho es menester dar dos pedimentos, el uno pidiendo llanamente la publicacion, y el otro insistiendo en ella y acusando la rebeldía, como se practica en el Consejo; pero en algunos juzgados inferiores de esta corte se da uno solo, y el Juez dice; *traslado y autos*; y pasado el tercer dia, contado desde el siguiente al de la notificacion, sin responder, se pone el auto de publicacion, que en el efecto es lo propio, y se excusa un pedimento. Este auto parece implicatorio en quanto el Juez da traslado y al mismo tiempo llama los autos; mas no lo es, porque el traslado sirve únicamente para que la parte contraria exponga, si ha espirado ó no el término, ó hay algun impedimento para deferir á la publicacion; y el llamarlos es para hacerla, si nada dice, y está pasado, por lo que se observará en esto el estilo del juzgado, pues en lo substancial nada se altera.

359 Sirve la publicacion para que los litigantes puedan ver recíprocamente todo lo que han justificado con testigos, instrumentos y demas medios legales de que se han valido, y en vista de ello aleguen lo conducente á su defensa, si quieren (b).

360 Debe hacer la publicacion de las deposiciones de los testigos el Juez originario del pleyto y no el delegado que en virtud de su comision las recibió, pues ántes bien tiene que remitírselas cerradas, segun se practica (c). Hecha y notificada á las partes se les han de entregar todos los autos con las probanzas por su órden, primero al actor que al reo, para que aleguen de bien probado, cuyo alegato surte el efecto de la instruccion legal para el Juez, de que habla la ley. De este alegato se ha de comunicar traslado al reo, y del de este á aquel que debe concluir para difinitiva, y si

(a) Leyes 37 tit. 16 P. 3, 51 tit. 4 lib. 2 y últ. cit. (b) Paz temp. 8 cit. nn. 133, 134 y 149. (c) Paz nn. 147 y 148.

por no concluir se da traslado de lo que alegue, al contrario, lo debe hacer este, porque la ley (*a*) manda que con cada dos escritos que las partes presenten, sea habido el pleyto por concluso, aunque estas no concluyan, así para sentencia interlocutoria ó recibirle á prueba como para difinitiva. Pero aunque siguiendo el órden del juicio debe alegar primero el actor, como no hay ley que lo mande, si este no quiere y tiene cuenta al reo la brevedad, puede hacerlo, porque de lo que diga el actor, se le ha de conferir traslado, y entónces podrá rebatir sus fundamentos y el contenido de los instrumentos que haya presentado. El término legal para alegar es el de seis dias á cada litigante (*b*); mas esto se entiende en pleytos ligeros, y quando no ocurre motivo para mayor dilacion, pues habiéndole se ha de conceder el que contemple el Juez necesario, y así se practica pidiéndole las partes.

361 Lo dicho en los números precedentes procede, quando ámbas partes son mayores de 25 años, é idóneos y fidedignos los testigos de que se han valido; pero si alguna de ellas es menor al tiempo que el pleyto se recibe á prueba, y consta en los autos, ó goza del privilegio de menor edad, como son el fisco, iglesias, hospitales, concejos, universidades, colegios, cabildos, mayorazgos, patronatos, capellanías y demas obras pias, y quiere usar de él para hacer prueba, si no la hizo, ó para probar lo que omitió en el término ordinario regular, ó alguna excepcion nueva que alegue (1), le ha de conceder el Juez por vía de restitucion una vez y no mas, pidiéndolo, la mitad del término que se dió primero para hacer la probanza principal, ya se diese en presencia, ya

(*a*) La 9 tit. 6 lib. 4 R. (*b*) Ley 1 tit. 8 lib. 4 R.

(1) Segun la ley 5 lib. 4 R. pueden los menores y demas privilegiados pedir la restitucion en primera instancia para oponer excepciones nuevas, con tal que lo hagan ántes de la conclusion para difinitiva, pero este término, dice el Señor Conde de la Cañada (lug. cit. cap. 9 nn. 74 y 75) debe entenderse limitado á los mismos 15 dias que se conceden á los referidos para hacer prueba valiéndose de dicho beneficio.

en rebeldía, sin dar traslado de la pretension ni oir sobre ella al mayor, aunque este resista la concesion, denegando otra restitucion en el mismo auto de concesion (a).

362 Atendida la ley 3 cit. parece que el término que se conceda por via de restitucion no ha de ser la mitad del prorogado sino del primero concedido para probar; mas no obstante segun la práctica inconcusa del Consejo se concede la mitad de todo el término ordinario, sea ó no prorogado, porque es uno mismo concedido en varias veces y no término nuevo, excepto que se haya recibido la causa á prueba por cierto término, v. gr. 20 dias, y este haya espirado sin pedir próroga dentro de él, ó del prorogado, pues en este caso se concede solamente la mitad del corrido; bien que si no se concedió todo el término probatorio, no se debe dexar indefenso al privilegiado, y así se le ha de conceder no solo la mitad del primero concedido sino tambien el que tuviere por competente el Juez segun la naturaleza del negocio litigioso (b), como lo he visto practicar. Lo mismo se observa en los demas tribunales de la corte y debe observarse á su imitacion en los restantes del reyno.

363 Para esta concesion de término no necesita el privilegiado de justificar lesion como en los contratos (1), porque ninguna ley lo manda, y basta acreditar sumariamente (como debe hacerlo sino consta) que le compete el privilegio (c); pero contra el término ultramarino y extraordinario no hay restitucion, á ménos que no se hubiese concedido para la prueba principal, en cuyo caso pidiéndose despues se ha de conceder el preciso, aunque exceda al ordinario, para que el litigante no quede indefenso por este motivo, haciendo constar, y cumpliendo las tres cosas últimas de

(a) Ley 3 cit. § lib. 4 R. (b) Parlad. lib. 2 Rer. cap. 11 n. 4.

(1) Puede verse al Señor Conde de la Cañada que funda esto en sólidas razones Cap. 9 cit. nn. 65 y 66.

(c) Paz in Prax. tom. 3 part. 1 temp. 8 nn. 156, 158 y 160. Cur. Philip. dicho §. 16 n. 25.

las quatro que para su concesion quedan referidas en el n. 337. (a) Y dicho término no es nuevo sino ampliacion del ordinario que por privilegio compete al litigante, y así se ha de pedir, „que en virtud del privilegio y por via de restitucion se amplie á la mitad del concedido:„ á cuya conseqüencia, de las probanzas hechas en él no se hace nueva publicacion ni mas que una sola en cada instancia, y lo que se observa es pedir los autos con ellas, luego que espira, para alegar de bien probado, y se mandan y deben entregar, teniéndose la prueba hecha en el término de la restitucion no por nueva sino por aumento y suplemento de ella. Y aunque el menor lo sea al tiempo de demandar ó ser demandado, si al de recibirse el pleyto á prueba ha salido de la menor edad, no le competirá el privilegio de restitucion, por haber cesado el motivo (1).

364 Tres cosas precisas se requieren para que al privilegiado se conceda por restitucion la mitad del término probatorio, haya hecho ó no probanza. La primera es, que la pida, si está hecha publicacion de probanzas, dentro de los 15 dias inmediatos al en que se notifique el auto de publicacion, como lo dispone la dicha ley 3 tit. 8 lib. 4 R. que dice: „Porque la experiencia ha mostrado quanto daño se ha rescibido en hacer probanza por via de restitucion despues de las probanzas publicadas, por la sobornacion de testigos y corrupcion; queriendo obviar á la tal malicia, ordenamos

(a) Gutier. lib. 1 Pract. q. 69. Acev. ley 5 tit. 8 lib. 4 R. n. 39.

(1) Si pasado el término ordinario de la prueba cumple el menor los 25 años, goza de dicho privilegio: si entra en la mayor edad pendiente el mismo término y quando le queda el suficiente para hacer su probanza, goza tambien de el: si muere en la menor edad y su heredero ó sucesor es mayor, gozará asimismo del beneficio; y en fin si el menor sucede al mayor de edad, ha de distinguirse: si este murió pendiente el término de prueba y en tiempo que podia hacer la suya, le competirá á aquel el privilegio, y si falleció despues de pasado el término ordinario porque el pleyto se recibió á prueba, procederá lo contrario. Así decide los casos referidos el Señor Conde de la Cañada lug. cit. nn. 79, &c. y 87, donde podrán verse los fundamentos en que se apoya.

y mandamos, que si qualquiera de las partes pidiere en la primera instancia restitucion *in integrum* para hacer su probanza, por ser en caso que haya lugar de pedir restitucion por alguna parte ó personas, ó universidad que tenga privilegio ó derecho para la pedir que agora haya hecho probanza ó no, se le conceda y otorgue, pidiéndola dentro de quince dias despues de la publicacion.„ Pero ni esta ley ni otra alguna prohibe que se pretenda ántes de la publicacion, ni precisa á que se pida solamente despues de hecha esta, y sí permite únicamente su concesion, pidiéndose dentro de dichos 15 dias, que es dar estos mas al privilegiado, para que delibere en ellos, si le conviene ó no hacer, ó ampliar su prueba, de suerte que puede pretenderla luego que espiren los 80 dias, ó el término concedido, y concluido el de la restitucion pedir la publicacion, como si aquella no se hubiera solicitado. La segunda cosa precisa es, que alegue y quiera probar ó no excepciones nuevas, si pretendiere la restitucion hecha publicacion, deposite luego la pena que parezca al Juez atendidas la calidad y circunstancias de la causa y personas, para pagarla en caso que no pruebe (*a*); bien que pocas veces se impone, ni manda depositar esta pena (1). Y la tercera es, que si pidiere la restitucion en segunda instancia sobre excepciones nuevas que no se opusieron en la primera, ó aunque se hubiesen opuesto, se repitieron por no haberse deducido en el término y con la solemnidad debida; fuera de lo expuesto jure no pedir con malicia dicha restitucion, sino porque cree probar lo que alega y conviene á su defensa; mas el término para probarlas no ha de exce-

(*a*) Leyes 5 y 6 tit. 5, y 3 tit. 8 lib. 4 R.

(1) Ni en los tribunales inferiores ni en los superiores se hace depositar cantidad alguna al que por via de restitucion pide término para hacer probanza, y la razon que ha podido mover á los Jueces á concederle sin aquel requisito, consiste en que por temor de la pena podrian contenerse los menores y aventurar su derecho por falta de prueba, rezelando que los testigos de que se valiesen, variasen en sus deposiciones. Señor Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 1 cap. 9 n. 72.

der de la mitad del concedido en la primera. Si se pidiere en tercera instancia ó en grado de suplicacion sobre las que no se pusieron en las dos, ha de jurar asimismo que vinieron de nuevo á su noticia; pero así en la segunda como en la tercera no se ha de pretender la restitucion despues de los 15 dias expresados, pues no se debe conceder, ni el término ha de pasar de la mitad del que en la misma causa de suplicacion fué señalado para probar; y se puede imponer pena arbitraria al que la pretendiere, y mandarle que la deposite del mismo modo que en la primera instancia (*a*). El juramento de no pedir con malicia la restitucion se suele hacer tambien en dicha instancia sin embargo de que no lo manda la ley.

365 El término de la restitucion es comun, y así puede gozar de él el no privilegiado probando ó ampliando su probanza sobre lo articulado y alegado (*b*). Asimismo una vez concedido á solicitud del privilegiado no puede arrepentirse ni renunciarle en perjuicio de su contrario sin que este preste su consentimiento, sea la causa dividua ó individua, porque adquirió derecho á disfrutarle (*c*).

366 El no privilegiado no puede hecha publicacion alegar nueva excepcion en la misma instancia, para que el pleyto se reciba á prueba sobre ella por testigos sino tan solo probarla por confesion de la parte contraria ó por instrumento público (*d*): lo qual se limita en caso que la excepcion alegada nuevamente sea sobre la falsedad y suplantacion verdadera de alguno producido en el juicio, contra el qual nada articuló ni probó, pues entónces puede recibirse á prueba sobre ella con término arbitrario aun despues de la conclusion: y aun, tambien en segunda instancia sino la alegó, probó, ni renunció probarla en la primera, y no en otros términos, con tal que jure no alegarla maliciosamente; no debiendo ad-

(*a*) Ley 5 tit. 9 lib. 4 R. (*b*) Lo dispone así expresamente la ley final tit. 8 lib. 4 R. (*c*) Gutier. lib. 2 pract. q. 22. Cur. Philip. ilustr. part. 1 §. 16 nn. 6 y 9. (*d*) Ley 5 al fin. tit. 5 lib. 4 R.

mitirse para justificar dicha excepcion pruebas que no sean muy claras y concluyentes; pero despues de executoriado el pleyto no puede alegarla, si no la probó entónces, excepto que no se haya conocido de ella plenamente (*a*).

367 No solo compete el privilegio de restitucion á los que gozan del beneficio de menor edad, siendo principales en la causa, sino tambien quando salen á ella por sí como opositores, ó coadyuvando como terceros el derecho de otros no privilegiados; bien que acerca de esto hay discordia entre los AA. por no especificarlo la ley, y así se pide pasados los 15 dias ó conclusa la causa, será arbitrario en el Juez el concederla ó no segun los méritos del proceso y razones que se aleguen (*b*).

368 Ningun privilegiado goza del privilegio teniéndole ámbos litigantes en especie y acto, á ménos que el uno trate de conseguir lucro y el otro de evitar daño, en cuyo caso compete á este como leso y gozará de la restitucion (*c*); por lo que de la pretension ó ampliacion de término que el uno introduzca, se debe dar traslado al otro, para que exponga, si se le debe conceder ó no, y con audiencia de ámbos deferir ó denegar la solicitud, como lo he visto practicar en el Consejo, aunque lo contrario se ha de decir siendo uno solo menor. Lo mismo procede, quando acredita no haber podido hacer su prueba en el término ordinario, habiéndola hecho el otro, pues entónces se le debe conceder para que no quede indefenso; si bien en el discurso del ordinario debe pedir suspension de él, exponiendo el motivo de su imposibilidad, y ha de deferirse á ella hasta que cese el impedimento que no depende de culpa suya, porque al impedido legítimamente no corre término ni prescripcion.

(*a*) Leyes 116 tit. 18, y 1 y 2 tit. 26 P. 3. Covar. Pract. q. cap. 19 n. 8 vers. Hæc sane. Parej. de Instrument. Edition. tit. 1 resolut. 2 §. 2 n. 14. Cur. Philip. part. 1 §. 16 n. 32. Parlad. lib. 2 cap. 17 n. fin. (*b*) Gutier. lib. 1. Pract. q. 66. Gom. lib. 3. Var. cap. 12 n. 10. Valenzuel. consil. 165. Covar. lib. 2. Var. cap. 3 n. 10. (*c*) Covar. Pract. q. cap. 7 n. 4.

369 Si la cosa litigiosa es individua y pertenece á dos, uno mayor y otro menor, y ámbos litigan sobre ella contra otro, gozará el no privilegiado del privilegio del que lo es, mas no siendo dividua. (*a*) Sobre si compete ó no el beneficio de la restitucion al menor que es Letrado ó Jurisperito, hay dos opiniones contrarias; (*b*) pero lo cierto es que la ley habla general é indistintamente, y quando no distingue, no debemos distinguir.

§ X.

De las tachas ó repulsas de los testigos, del tiempo y forma de ponerlas, y del término para probarlas, como tambien de las alegaciones en derecho.

370 Para probar su intencion los litigantes y enervar la de sus contrarios se valen muchas veces de testigos que son parientes, ó íntimos amigos suyos, ó enemigos de aquellos, y de otros que tienen prohibicion de testificar en juicio, los quales se mencionaron en los nn. 257 y sigg. En esta atencion queriendo las leyes evitar el perjuicio que pueden causar con sus deposiciones, proveyeron de remedio permitiendo que se les pongan las tachas y defectos que tengan, para que justificadas se desprecien sus dichos como sospechosos.

371 Los litigantes no pueden tachar al tiempo de hacer su prueba los testigos presentados de contrario, porque es artículo impertinente, á no ser por razon de enemistad y no otra; (*c*) pero hecha publicacion en qualquiera de las instancias podrá cada uno poner tachas no solo á los referidos testigos sino tambien á sus dichos abonando los suyos. (*d*) (1)

(*a*) Gutier. lib. 1 Pract. q. 67. Fontanel. decis. 112 y 120. (*b*) Vela dissert. 37. n. 30. Garcia de Expens. cap. 23 n. 34. Gom. lib. 2. Var. cap. 14 n. 5. (*c*) Marant. part. 6 de Testium repulsa n. 8. (*d*) Leyes 22 y 37 tit. 16 P. 3, 6 al fin. tit. 33 P. 7 y 1 tit. 8 lib. 4 R.

(1) Puede tacharse á los testigos así al tiempo de su presentacion y juramento como echa la publicacion, aunque no se hubiesen tachado

372 Para que se admitan las tachas ó repulsas de los testigos, deben concurrir de parte del que las opone, tres requisitos: El primero es, que en qualquiera instancia sin diferencia las proponga dentro de los seis dias siguientes al de la notificacion de la publicacion de probanzas y no despues, porque no se concede mas término ni restitucion. (1) El segundo es, que las especifique con toda claridad y distincion, como tambien las causas de que provienen: por exemplo, si pone al testigo la de excomunion, ha de expresar si esta es mayor ó menor, quien le excomulgó, en qué tiempo y lugar, y por qué razon: si la de falsario, en qué tiempo y pleyto dixo falso testimonio: si la de perjuro, en qué caso, lugar, tiempo y por qué razon se perjuró: si la de homicida, á quien mató alevosamente, en qué tiempo y lugar; pues no se deben ad-

antes, sobre cuyo punto podrá verse al Sr. Conde de la Cañada, quien despues de haberle tratado magistralmente exponiendo las leyes patrias que hacen al propósito y sus razones, concluye así: „La enunciada ley 1 tit. 8 lib. 4 de la Recop. enmendó estos perjuicios, disponiendo reservar la prueba para comprehender unidamente las tachas de los testigos y las de sus dichos despues de publicados: pues aunque tachen antes de este tiempo las personas de los testigos, no se suspende el pleyto principal, ni se reciben à prueba, reservando hacerlo en el oportuno despues de la publicacion."

„Y aun en este tiempo y caso concurre otra circunstancia de gran momento à favor de esta última disposicion, y es que no se da sentencia sobre las tachas que se ponen à los testigos ni à sus dichos, y solo sirve su prueba para instruir el animo del Juez de la fe que debe darles, y proceder à la sentencia del pleyto principal." Inst. Pract. p. 1 cap. 10 nn. 38, &c. y 62.

(1) Aunque para alegar las tachas contra las personas ó dichos de los testigos señala la ley 1 citada el término perentorio de seis dias que empiezan à correr desde que el auto de publicacion se notifica à la parte ó à su procurador; el Sr. Conde de la Cañada fundado en razon y autoridad dice que esto debe entenderse de un modo efectivo y posible, sin que puedan empezar à correr los seis dias sino desde aquel tiempo en que las partes hayan visto los testigos que declaran en la probanza contraria, y combinado sus dichos para asegurarse de la calidad y vicios de sus personas, de la falsedad que contengan sus declaraciones, y del modo de probarlos; pues de otro modo correria el término de los seis dias contra el ignorante ó impedido." Luc. cit. nn. 67, &c. y 71

mitir tachas generales y no bien especificadas. (a) Y el tercer requisito es, que para eximirse de la pena de ofensor proteste y jure no ponerlas de malicia, ni con ánimo de infamar al testigo sino únicamente por convenir á su defensa, pues de esta suerte no habiendo malicia, se libertará de la pena, aunque no justifique la tacha. (b) De estos requisitos los dos primeros son indispensables por exigirlos la ley. (c)

373 Se pueden poner las tachas en interrogatorio ó pedimento, pues no hay ley que prefina en donde. Los seis dias para oponerlas han de ser, segun parece, para cada parte, porque de lo contrario sucediera que si quien toma primero los autos, los consume, por ser voluminosa su prueba ó la de ámbos, ó por otro motivo, no podrá el otro usar de su derecho, especialmente no habiendo presenciado el juramento de los testigos, ó no conociéndolos, ó ignorando hasta entónces la tacha, y será perjudicado; pero sin embargo no se observa lo dicho, porque de permitirse, si los litigantes eran muchos, se consumiria largo tiempo; y respecto á que en el término de prueba puede indagar la parte las que tengan los testigos de su contrario, y á que se le cita para ello, para conocerlos y verlos juramentar, impútese la culpa de su omision. Así pues, los seis dias son para todos indistintamente y no para cada uno solo, porque la ley no permite mas ampliacion, y nadie tiene facultad para dilatar el término que prescribe, (1) mayormente en materia odiosa como esta.

374 Siendo admisibles las tachas se ha de dar término arbitrario para su justificacion, con tal que no exceda de la mitad del probatorio concedido en la causa principal, sean ó no menores los litigantes, ó uno sí y otro

(a) Leyes 19 tit. 10 lib. 2 y 2 tit. 8 lib. 4 R. (b) Paz tom. y part. 2 temp. 9 n. 22. Cur. Philip. part. 1. § 17 n. 13 cerca del fin. (c) Sobre si en el término dado en segunda instancia para tachar á los testigos presentados en ella se podran probar las tachas de los exâminados en la primera, vease á Paz lug. cit. n. 7 y á Covarr. Pract. q. cap. 18 n. 5.

(1) Lo contrario dice el autor en el n. 335.

no, porque es perentorio; y en ninguna instancia se ha de conceder restitucion para ponerlas, ni probarlas, ni recibirlas á prueba hasta que pasen los 15 dias despues de la publicacion en que se puede pedir la restitucion, caso que haya privilegiado á quien deba concederse; ni el Juez le puede ampliar, aunque sí abreviar, si le pareciere: (a) de suerte que deben correr á un propio tiempo el de la restitucion, si le hubiere, y el de tachas, ó por mejor decir, ha de ser todo uno, (1) dentro del qual no solo se han de presentar sino tambien exâminar los testigos de ellas, y pasado no se deben recibir aunque esten juramentados; porque como las tachas son odiosas, para admitirlas y probarlas se exâmina y concede el término con gran conocimiento de causa, por lo qual se debe restringir. (b) Pero si no litiga algun privilegiado que goce del beneficio de menor edad, no se ha de esperar á que pasen los 15 dias, é inmediatamente se han de recibir á prueba las tachas que se propongan. Del pedimento ó interrogatorio en que se especifican, se ha de dar traslado al colitigante (2) para que diga, si son ó no admisibles, y oponga á los testigos de su contrario las que tengan; y si dentro de los três dias siguientes al de la notificacion del traslado nada responde, se le acusa una rebeldía, y siendo de

(a) Ley 1 tit. 8 lib. 4 R. cap. 22 de Re judicat.

(1) El Sr. Conde de la Cañada propone la duda de si pasados los 15 dias despues de la publicacion en que los privilegiados pueden pedir la restitucion para hacer probanza, podrá el Juez recibir inmediatamente las tachas á prueba, ó si la ha de suspender hasta que el menor haga la suya en el pleyto principal, esperando de consiguiente á que pase todo el término que para hacerla le conceda el Juez, no excediendo de la mitad del ordinario que permite la ley; y resuelve que debe hacerse dicha suspension, y esperar tambien á que se pida y haga publicacion de las probanzas que haya hecho el menor en uso de la restitucion: por manera que el auto de recibir las tachas á prueba es respectivo no solo á „las que se hayan puesto á los examinados en el término de la restitucion sino tambien á las que estaban anteriormente indicadas; y se hallaban suspendidas por los 15 dias referidos.“ Vease á dicho autor lug. cit. nn. 73, &c. y 98.

(b) Marant. lug. cit. nn. 6 y 7.

(2) Lo contrario dice el Sr. Conde de la Cañada fundado en que

admitir las admite el Juez recibiendo la causa á prueba de ellas, lo qual practica tambien, aunque lo contradiga; mas no siendo admisibles debe despreciarlas y declarar no haber lugar á su admision.

375 Para justificar las tachas por testigos se han de buscar los que sean idóneos y fidedignos que ninguna tengan; pues en el fuero secular no se admite prueba de tachas contra tachas; ni se hace publicacion particular de los exâminados por restitucion, ni tampoco hay ni debe haber mas que una en cada pleyto, como se ha expuesto, por lo que en el término de esta se han de proponer y probar las que tengan así los exâminados en el ordinario como los que se exâminen en el de la misma restitucion, si las tienen, porque la ley no da mas ampliacion; y por lo mismo manda que aunque litigue alguno, á quien competa el beneficio de menor edad, no se reciba la causa á prueba de tachas, hasta que hayan espirado los 15 dias en que se puede pedir la restitucion. (*a*) (1) En el fuero eclesiástico se pueden admitir tachas contra tachas, quiero decir, testigos que declaren las que tienen los que tacharon á los exâminados en la causa principal, que llaman reprobatorios de los reprobantes de estos, y no mas. (*b*)

376 Tres son los géneros de tachas que se pueden oponer á los testigos: el primero contra sus personas, diciendo que son inhábiles para testificar absolutamente en toda causa, ó para haber testificado en aquella en que depusieron: el segundo contra su exámen, v. gr. por defecto de jurisdiccion del que los exâminó, por haberse exâminado fuera del término competente, ó no en secreto, admitiendo á muchos á un propio tiempo, ó despues de hecha publicacion, ó por haber faltado la ci-

no lo previene la ley, como lo hace en todos aquellos casos en que lo considera necesario, ni se observa en los demas interrogatorios o artículos que se proponen. Log. cit. n. 72.

(*a*) Ley 3 cerca del fin. tit. 8 lib. 4 R. Cur Philip. part. 1 § 16 n. 30 al fin.

(1) Téngase aquí por repetida la nota primera del n. anterior.

(*b*) Cap. 49 de Exception. contra testes proponendis.

tacion de la parte contraria ó no sido juramentados, &c. Y el tercero contra sus dichos, como por haber depuesto cosas contrarias, obscuras, inciertas, vacilantes, no verosímiles, ni conducentes al hecho litigioso, ó totalmente falsas, ó singulares, ó fuera de lo articulado, ó sobre lo que no se les juramentó, ó por no haber dado la razon de su ciencia y dicho. (*a*)

377 Aunque para poder tachar á los testigos contrarios no es menester protestar contra sus personas y dichos al tiempo que se juramentan, á fin de que no se les admita declarar, y basta hacerlo despues, como se estila; es útil no obstante, quando se reprueba al testigo por algun defecto en favor del mismo protestante, pues de omitir en este caso la protesta es visto aprobar á lo ménos su persona, y aun su dicho. Pero si el defecto es relativo solamente á su persona, v. gr. por estar excomulgado, no es precisa la protesta, ántes bien si se hace, debilita su asercion, y surte el efecto de que deponiendo algo á su favor, no le aproveche, por presumirse depuesto por temor, y porque con la protesta quiso que en nada se le diese crédito. (*b*) Así es menester gran precaucion en las que se hacen en semejantes casos, pues pueden ser nocivas al protestante. (1)

378 La parte que presentó testigos en algun juicio, no puede tachar sus personas en él, aunque no se hayan exâminado, ni tampoco en otro, si se presentan contra ella, porque es visto haberlas aprobado, (*c*) excepto por enemistad ú otra causa legal nacida y sabida despues; pero contra sus dichos puede alegar y probar en el término expresado lo que le convenga, sea por razon de falsedad, contrariedad, error, equivocacion, ú otro motivo. (*d*) Y para que sus deposiciones no le perjudiquen, conviene que en el pedimento con que presenta su interrogatorio, ó al tiempo de la presentacion de ellos protes-

(*a*) Cap. 49 cit. Reinff. lib. 2 Decret. § 17 nn. 534, 535 y 536.
(*b*) Dich. cap. 49 al fin. Reinff. §. 17 cit. n. 538.
(1) Téngase presente lo dicho en la nota del n. 371.
(*c*) Ley 31 tit. 16 P. 3 y Greg. Lop. en ella glos. 4. (*d*) Dicha ley 31.

te: *que no ha de ser visto aprobarlos ni estar á sus declaraciones mas que en lo favorable*; con cuya cautela no se le puede reconvenir de que aprobó lo que depusieron contra ella.

379 En órden á si el Juez prodrá repeler de oficio los dichos de los testigos inhábiles, es de advertir que en ellos pueden concurrir varias especies de inhabilidad: unos lo son para testificar absolutamente en qualquiera causa respecto de todas personas como los infantes, delinqüentes, pupilos, &c. porque la ley los reprueba: otros para testificar contra ó en favor de ciertas personas como los padres por los hijos, estos por ellos, los parientes por otros parientes, sino que sea sobre edad, los domésticos, &c. otros contra personas determinadas como el enemigo capital contra su enemigo, excepto que lo sea de ámbas partes; (*a*) y otros que no pueden testificar en ciertas causas como el Clérigo en las de sangre. (*b*)

380 Esto supuesto debo decir que si el testigo es inhábil por culpa, infamia, edad pupilar y otras cosas semejantes, puede el Juez repeler de oficio su dicho, porque la ley le prohibe testificar por el bien público, y así no tiene facultad la parte para habilitarle; pero si la inhabilidad no es legal sino respectiva á los litigantes, y estos la pueden remitir, v. gr. por ser domésticos, parientes, amigos, enemigos, &c. no debe repelerlos sino á su instancia, porque con su silencio es visto que los aprueban y habilitan. (*c*)

381 Pasado el término de la restitucion y prueba de tachas, si las hubo, han de alegar las partes de bien probada su intencion y la justicia que les asiste, segun resulte de sus probanzas, y si no las hicieron, alegarán solamente de su derecho.

382 Si alguno de los litigantes no quiere tomar los autos, aunque segun las leyes 51 tit. 4 lib. 2 y final tit. 6 lib. 4 R. basta acusarle una rebeldía para haberlos por

(*a*) Vease la nota segunda del n. 267. (*b*) Reinff. lib. 2. Decret. tit. 20 §§ 1, &c. y 17 inclusive. (*c*) Gom. lib. 3. Var. cap. 12 n. 22 Paz tom. y part. 1 temp. 9. en. 9 y 10.

conclusos así para auto interlocutorio como para sentencia difinitiva, se estila no obstante en algunos juzgados acusarle dos. A la primera "la ha el Juez por acusada, y manda se le notifique que dentro de tercero dia responda al traslado que le está conferido:" cuyo auto se le hace saber, y pasados los tres dias, sino los ha tomado, se la vuelve á acusar, insistiendo en que se hayan por conclusos legítimamente, y el Juez defiere á ello; bien que algunas veces suele mandar se le vuelva á notificar que dentro de segundo dia responda, y pasado sin haberlo hecho se declaran por conclusos, debiendo hacerse saber en estos casos la conclusion á ámbas partes, para que les conste; y lo mismo se practica, quando son muchos los litigantes, pues á todos los que no quieren tomar los autos, se acusan las rebeldías en un mismo pedimento hablando con ellos sin ser necesario para cada uno el suyo separado. Pero tomándolos ámbos los puede el Juez haber por conclusos con dos escritos de cada uno así para sentencia interlocutoria ó recibirlos á prueba como para difinitiva, segun lo ordena la ley 9 tit. 6 lib. 4 citado, y se ha advertido en el n. 233, y concederles el término que le parezca competente para alegar, pues los seis dias de la ley son para pleytos ligeros, excepto que haya nuevo motivo para volver á alegar, porque si se producen ó sacan nuevos instrumentos, como que se deben comunicar á la otra parte, podrán alegar ámbas con este motivo nuevamente, y así lo he visto practicar.

383 Aunque no es substancial en el juicio, ni se anula este por no alegar las partes de su derecho y justicia en vista de sus probanzas, por lo que pueden dexar de hacerlo y concluir; no obstante, está introducido por varios motivos que se les comuniquen y aleguen. El primero es, para que deliberen, si han de continuar el pleyto ó ceder. El segundo es, porque el alegato es una especie de defensa, en el qual, estando hecho como se debe, se epilogan, no solo todos los hechos resultantes de los autos y las reflexiones que hacen de ellos, sino que se impugna con solidez todo aquello en que el contrario

apoya su intencion. El tercero es, porque una vez que las probanzas se ponen en los autos, son comunes á ambos litigantes, y se les deben manifestar, si las piden, y de lo contrario pueden apelar, lo qual se halla dispuesto en las condiciones de millones súplica sexta en las del quinto género fol. 94 vuelto, donde se ordena que en los pleytos civiles y criminales se den las informaciones en derecho de unas partes á las otras, para que así se aclare mejor la verdad á ménos costa suya, y no experimenten daño los pobres, con tal que no haya mas de dos alegatos, principal y réplica, ni los Jueces los puedan recibir. Y el quarto es, para poner mas evidente al Juez la verdad, y que determine con mayor prontitud y conocimiento lo que estime arreglado segun los méritos de la causa; (*a*) bien que el Juez no debe sentenciar por lo que se exponga en el alegato sino por lo resultante de autos, á cuyo fin los debe inspeccionar con toda prolixidad; y á la verdad en esta corte y en donde informan los Abogados verbalmente á los Jueces, es ociosa la alegacion de bien probado, y un gasto inútil de tiempo y dinero, porque aquella no se lee regularmente. Y de las alegaciones ó informaciones en derecho que se hacen para mera instruccion del Juez, no se debe conferir traslado, excepto que se pongan con los autos, como deben ponerse al fin de ellos, si se pide, segun lo manda dicha ley porque en este caso y no en el otro se hacen comunes y corresponden al proceso. (*b*)

§. XI.

De la conclusion de los autos para difinitiva, y de si despues de concluſos podrán hacerse probanzas.

384 Concluir en los pleytos quiere decir que los litigantes renuncian todas las pruebas y defensas que les

(*a*) Marant. part. 6. act. de Actor. edition. nn. 53 y 54. (*b*) Marant. ing. cit. n. 58. Menoch. de Arbitrar. cas. 175.

competen, y que nada mas quieren ni tienen que justificar en ellos. La conclusion es substancial en el juicio, pídanla ó no las partes, (a) por lo que siendo dos solas las que litigan, y concluyendo la una, se ha el pleyto por concluso legítimamente, sin que se deba dar traslado de la conclusion á la otra, como se practica en el fuero eclesiástico, sino tan solo hacérsele saber para que le conste que ya está concluso, no para otro efecto; y siendo mas de dos como en un concurso, es menester que concluya la mayor parte en número, en cuyo caso se han por conclusos conforme van concluyendo, y se va mandando hacer saber la conclusion, y correr el traslado ó traslados, hasta que se concluye por los mas y se les hace saber; bien que si por la presentacion de nuevos documentos de la una alegó la otra, y al mismo tiempo concluye esta, se debe dar traslado de su alegacion á la que los produxo, aunque no sean mas que dos los litigantes, para que en vista de lo que responda á ella, vuelva á concluir; pero siendo muchos, sino toman los autos, se les acusan las rebeldías expresadas en el n. 38 c. La conclusion, por ser cosa substancial del juicio, debe ir firmada de Letrado, y no ha de hacerla por sí solo el Procurador, porque podrá perjudicar á su parte.

385 Por el Juez á instancia de ámbas partes ó de una de ellas (y aun quando lo resistan) declarar la causa por conclusa, si pasados los términos que les prefine, no alegan de bien probado; como tambien si no habiendo probanza, una pide que se haya el pleyto por concluso, y porque la otra nada responde al traslado que se le comunica, le acusa la rebeldía á la primera audiencia. (b) Pero si los litigantes son muchos, se ha de observar lo que se ha sentado en el número anterior.

386 Sin embargo de estar prohibido hacer probanzas con testigos en primera instancia despues de la publicacion y conclusion, por evitar que las partes en vista de lo depuesto por los presentados corrompan otros

(a) Así se echa de ver en las leyes final tit. 6 y 1 tit. 7. lib. 4 R. (b) Leyes 52 tit. 4 lib. 2 y 10 tit. 6 lib. 4. R.

que se perjuren, excepto sobre falsedad de instrumentos producidos en la prueba ó posteriormente, como se ha dicho en el número 356; no lo está el hacerla por instrumentos despues de la conclusion, y aun despues de visto el pleyto, siempre que no esté sentenciado; y de ellos se debe dar traslado al contrario para que los impugne y se cotejen, si se sacaron sin su citacion; y exponga lo que le convenga acerca de su contenido, pues de lo contrario quedaria indefenso y habria nulidad; mas para que se admitan y manden sacar, debe jurar la parte que hasta entónces no tuvo noticia de ellos, y que no los pide ni presenta con malicia, ni por diferir el pleyto sino solamente por conducir á su justicia, lo qual es corriente en la práctica y conforme á derecho, (*a*) porque no hay riesgo de soborno, perjurio, ni otro fraude como con los testigos. Ademas, para probar la falsedad y suplantacion de los instrumentos expresados ha de conceder el Juez al que los redarguye de falsos, término competente, recibiéndole juramento de que no lo hace con malicia (*b*) sino por convenir á su defensa, ó jurándolo él, como queda expuesto en el pedimento en que solicita la prueba de su falsedad. (1)

(*a*) Leyes 1 tit. 2, y 1, 2, 3 y 5 tit. 5 lib. 4 R. Paz part. y tom. 1 temp. 8 n. 145. (*b*) Ley 116 tit. 18 P. 3 Cor. Philip. part. 1 §. 26 n. 32.

(1) „Supuesta la presentacion de escrituras despues de la conclusion toma el Juez un conocimiento pasagero de lo que contienen, y si concibe que no conducen, ni prueban la principal intencion de la parte, ó á lo ménos duda de ello, provee el auto siguiente: *Póngase con los autos para los efectos que haya lugar, sin perjuicio de su estado.*"

„El instrumento que se presente despues de la conclusion ha de tener la precisa calidad de probar la intencion del que lo produce de un modo claro y convincente. . . y como esta demostracion ha de resultar del conocimiento del proceso y combinacion de las pretensiones, no es fácil decidir esta calidad sin mas alto exámen y conocimiento de la causa en lo principal."

„Si por el conocimiento que tomase el Juez con respecto al estado en que se halla la causa para dar sentencia difinitiva, ó suspenderla admitiendo las escrituras, hallase que estas no influyen en el mérito de la justicia, y que presentadas antes de la conclusion en tiempo oportuno no inclinarian el animo del Juez á que la concibiese y declarase á favor del que las

387 No solo puede hacerse la prueba por instrumentos despues de la conclusion sino tambien por confesion, ó posiciones de la parte contraria concernientes al pleyto, porque la confesion no es propiamente prueba sino relevacion de ella. (a) Igualmente puede hacerse por juramento supletorio á instancia de la parte en los casos en que há lugar, y quedan expresados en el núm. 92, y asimismo por vista ocular en los pleytos sobre que puede recaer (b) y se han referido en el núm. 326.

388 Tambien puede recibir el Juez de oficio qualquiera prueba despues de la conclusion para investigar la verdad, y sentenciar con mas justificacion y conocimiento, porque para él nunca concluye el pleyto; (c) como asimismo á instancia de parte ó de oficio exâminar segunda vez el testigo que no fué interrogado sobre todas las preguntas del interrogatorio concernientes el pleyto, si fué presentado para todas; y en caso de haber depuesto confusamente, hacer que declare su

propone y presenta, entónces podrá estimar y declarar que no deben admitirse, y proceder en el mismo auto á dar sentencia difinitiva en lo principal de la causa.„

„Por este medio se ataja la malicia de los que usan en aquel tiempo de escrituras frivolas con el fin de dilatar la sentencia, y si con solo presentarlas con el juramento indicado se hubiesen de admitir y comunicar á las partes contrarias, como seria preciso, abriendo el juicio con alegaciones, excepciones de falsedad, comprobaciones, y otras diligencias que dilatarian por mucho tiempo el fin de aquella causa.„

„Pero si al tiempo de oir y reconocer lo principal del proceso, y cotejarlo con las escrituras presentadas, concibiese el Juez que si son verdaderas y legítimas, podrá formar nuevo juicio acerca de la justicia de la parte que las presenta, proveer un auto admitiéndolas, y mandando dar traslado de ellas á las otras partes que litigan, suspendiendo la sentencia difinitiva.„

„Si el Juez por el contexto de la escritura concibiese al tiempo de su presentacion que con ella prueba la parte su justicia, siendo cierta, legítima y valedera, puede y debe admitirla inmediatamente, comunicándola á las otras partes para que usen de su derecho y defensa en los terminos y por los medios indicados en el caso antecedente.„ Sr. Conde de la Cañada Instit. Pract. part. 1 cap. 11 nn. 48, 50, 51, 52, 53 y 56.

(a) Ley 2 tit. 12 l. 3. Greg. Lop. en ella glos. 1 y 2. Al. Marant. part. 6 cit. nn. 4 y 6. (c) Dicha ley 2 tit. 12 y cap. 10 de fide instrum.

dicho, (a) *mandando que para mejor proveer se haga esto, ó lo otro*, de cuyo auto no se puede apelar; bien que si no quiere hacerlo, no está obligado á ello, sin embargo de que algunos dicen que sí, y que no lo haciendo tiene lugar la apelacion. (b)

§. XII.

De la recusacion de los Jueces superiores é inferiores, y subalternos de los tribunales: de las causas por qué puede hacerse, y del modo de hacerla.

389 La recusacion segun mi propósito *es un remedio legal de que se vale un litigante contra un Juez ú otro ministro que tiene por sospechoso, para que no conozca ó no entienda en la causa.* En qualquiera estado del pleyto se puede recusar al Juez y al Escribano ó Escribanos de él, como no se haya publicado la sentencia; (c) (1) y quanto haga el legítimamente recusado contra la recusacion es ipso nulo. (d)

(a) Ley 30 tit. 16 P. 3 y cap. 48 de Testib. (b) Paz tom. y part. 1 temp. 10 nn. 11, &c. y 17. (c) Covar. Pract. cap. 26 n. 3. Paz tom. y part. 1 temp. 10 n. 20.

(1) La razon de esto que dan varios AA. consiste en que para dicha recusacion no es necesario expresar causa, y basta el juramento de no hacerla con ánimo de calumniar ni de alargar el pleyto que puede prestarse en qualquiera estado del juicio sin alargarle; pero no obstante el Sr. Conde de la Cañada dice que sólo admitiria la recusacion del Juez que la parte habia aprobado con su demanda ó contestacion, si se extendiese dicho juramento á decir que el motivo de sospecha habia nacido ó llegado nuevamente á su noticia, con lo qual removeria la grave presuncion de que recusaba sin justa causa, como se hace las mas veces. Y mas abaxo añade el citado autor que la expresada recusacion está puesta aun desde los principios á la malicia de los litigantes, mayormente „si se hacen despues de estar escrita y firmada la sentencia del Juez ordinario, y entregada al Escribano; pues admitiéndose en este caso la recusacion... las mas veces lo harán las partes por haber llegado á entender que la sentencia las perjudica, y es justo que el mayor peligro y facilidad se contenga y corrija con prevenciones mas estrechas.„ Vease al referido autor part. 3 cap. fin. nn. 52, &c. y 58.

(d) Curia Philip. P. 1. §. 7 n. 34.

390 Muchas son las causas porque se puede conceptuar al Juez sospechoso, y ser de consiguiente recusado: la 1.ª es por tener grande familiaridad con la otra parte, pues no basta que sea alguna: la 2.ª por ser consanguineo ó afin de ella, aunque no, si lo es igualmente de ámbas: la 3.ª quando es Teniente del Juez ordinario y se tiene á este por sospechoso con justa causa, aun quando contra aquel no la haya; y lo mismo procede, quando el señor lo es, pues se puede tener por sospechosa á toda su familia: la 4.ª quando es enemigo capital del recusante, ó lo fué en otro tiempo, aunque esté reconciliado: la 5.ª quando es pariente del pariente de su enemigo, ó commensal suyo, ó de este, ó su paysano, ú oriundo de su pais, y hallándose en tierra extraña se tratan como hermanos; bien que la amistad que solo proviene del paysanage, no es causa suficiente para la recusacion, como advierte Gregorio Lopez: (a) la 6.ª quando es súbdito de la otra parte por razon de la jurisdiccion, ú otro motivo, v. g. vasallo ó sufraganeo, pues por temor puede hacer una injusticia: la 7.ª quando fué Abogado de ella en aquella causa, mas no, si lo fué en otra del todo diversa: la 8.ª quando favorece demasiado á la otra parte y grava al recusante: la 9.ª si tiene otro pleyto igual al que pende ante él, pues se presume juzgará en este del modo que quiere se juzgue en el suyo; la 10.ª si el recusante tiene algun pleyto con el Juez como persona privada: la 11.ª quando el Prelado quiere ser Juez en pleyto de su iglesia, porque se presume le tendrá excesiva aficion: la 12.ª quando fué consultor en la causa, aunque no fuese Abogado, y reveló su voto, mas no, sino lo hizo: la 13.ª si fué electo por consultor á pedimento solo de la otra parte, ó testigo en la causa, y luego pasa á ser Juez en ella: la 14.ª si es Canónigo de la misma iglesia de la que lo es una de las partes, pero no, siéndolo ámbas: la 15.ª si la parte contraria impetró á su señor por Juez suyo en la causa, ó el mismo

(a) Ley 4 tit. 27 P. 4 glos. 4.

Juez procuró serlo, ó es socio suyo, ó ámbos viven juntos: la 16.ª quando el recusante tiene apelado de sentencia del propio Juez, pues pendiente la apelacion se hace sospechoso para otra sentencia: la 17.ª si recibió don ó premio de la otra parte, pues se presume corrompido, y para probarlo bastan tres testigos singulares fidedignos, aunque cada uno deponga de hecho y regalo distinto dado al Juez, si con sus dichos concurren otras presunciones y circunstancias, como lo ordena la ley 6 tit. 9, lib. 3 Recop.: la 18.ª quando por algun motivo puede redundar la causa en daño ó provecho del Juez, v. g. por estar obligado á eviccion, ser fiador de la otra parte, &c.: la 19.ª quando es imperito y la causa ardua, excesivamente severo y cruel, ó indiscreto; y la 20.ª si es compadre de la otra parte, ó no quiere oir al recusante, aunque el pleyto sea claro. Por estas causas y por otra qualquiera que baste para remover al árbitro y Procurador, puede ser recusado el Juez. (a)

391 Si el Juez letrado es ordinario ó delegado secular, no es menester expresar la causa de la recusacion, pues basta jurar que no se le recusa con malicia ni por calumniarle, sino tan solo porque se le conceptua sospechoso, y pedir con modestia se haya por recusado y se acompañe conforme á derecho, mediante á que no se le puede recusar en todo. (1) La

(a) Las trae y apoya Maranta part 6 tit. de appellat. nn. 18, &c. y 73.

(1) El Sr. Conde de la Cañada es de sentir que sería mejor obligar al recusante á que expresase la causa de su recusacion, como está prevenido por derecho canónico, y tambien por nuestras leyes respecto á los Ministros de los consejos y audiencias: ya, entre otras razones, porque quien recusa al Juez, duda de su integridad y le hace injuria: ya porque como de las causas para recusar unas son inocentes respecto á los Jueces y otras no, el que recusa sin expresar ninguna, dexa al arbitrio del público que impute al Juez recusado la mas ofensiva; y ya porque bastando el juramento del recusante abusará facilmente de él por la seguridad de que no puede descubrirse ó acreditarse su malicia. Puede verse á dicho autor leg. cit. nn. 1, &c. y 17.

recusacion se ha de hacer por escrito, no verbalmente, y si falta el juramento expresado, no se admite, aunque no se pida esta al recusante, (a) sin embargo de que una ley de Partida (b) solo le precisa á hacerle, quando la parte contraria le pide. Lo mismo creo se debe practicar con el Asesor necesario del Juez lego, qual es el Alcalde mayor, donde el Corregidor es de capa y espada, con el Auditor de guerra, el Asesor de alguna capitanía general ó comandancia; y otros semejantes que son Letrados y tienen jurisdiccion, á los quales no se quita el conocimiento como á los Asesores voluntarios, de que se trata en los números 398 y 399, y así deben acompañarse como los Jueces ordinarios. (1)

392 La persona con quien debe acompañarse el Juez en las causas civiles, ha de ser un hombre bueno, y en las criminales uno de los Jueces del pueblo: no habiéndole, han de nombrar los regidores á dos de estos por acompañados, y si no se convinieren, ó no los hubiese, ha de elegir el Juez quatro hombres buenos de los mas ricos de él, los quales deberan echar suertes sobre quáles de ellos han de ser acompañados, y

(a) Ley 1 tit. 16 lib. 4 R. Covar. dicho cap. 26 n. 1. Paz temp. 10 cit. n. 22. (b) La 22 cit. verb. Por ende.

(1) „El acompañado que nombre el Juez ordinario no puede serenar los rezelos de la parte que le recusó: porque si este fué sospechoso al tiempo de la recusacion, quedará con ella mas irritado y contrario, como lo acredita la experiencia...„

„Quando el acompañado no se adhiera al dictamen del Juez principal que sucede las mas veces, quedarán en discordia, y producirá mayores daños á las partes; y esta es otra prueba de no ser suficiente este medio para remover la sospecha, ni para evitar los daños que temia la parte que recusó al Juez ordinario.„

„Los Ministros de los tribunales superiores que fueren recusados, siendo probada y declarada la causa por suficiente, son removidos enteramente, sin que baste para quitar la sospecha el que los compañeros juzguen con el mismo recusado. ¿Cómo pues podrá extinguirse el rezelo permaneciendo el Juez en el conocimiento de la causa con solo un acompañado que nombre él mismo?„

„Lo dispuesto por el derecho canónico con todos los Jueces eclesiásticos que se recusan, califica igualmente no haber tenido por suficiente el acompañado, y haber estimado necesario remover al Juez recusado.„ Dich. autor ing. cit. an. 26, &c. y 29.

jurar los dos á quienes toque, que usarán legal y fielmente su oficio, determinarán rectamente el pleyto, y guardarán secreto en lo que fuese necesario; (a) y no siendo Letrados han de buscar un Asesor que lo sea. El recusante debe pagar sus derechos al acompañado, y se le puede compeler á ello por embargo y venta de bienes, (b) porque da motivo á que se causen.

393 Siendo recusados los Alcaldes de Corte que tienen provincia y como Jueces ordinarios conocen de lo civil en primera instancia con los Escribanos de Provincia, se pueden acompañar con otro Alcalde, ó con persona de ciencia y conciencia; (c) porque en dicho caso no se distinguen de aquellos para este efecto, como quando juntos en sala entienden en algun negocio. Lo mismo practica hoy regularmente qualquier Juez ordinario letrado, si hay otro en el pueblo, por evitar los rodeos de la ley, observando en quanto al número de recusados lo dispuesto para con los Asesores de los Jueces legos, de que se habla en el núm. 399, pues por hombre bueno se entiende segun derecho (d) el Juez ordinario.

394 No confirmándose en las causas civiles el Juez ordinario secular recusado y su acompañado, ha de ir la causa al superior, si se apela de la sentencia de alguno; pues si no se apela, es válida la propicia al reo, excepto en los pleytos de matrimonio, dote, libertad, testamento, alimentos, causas pias y otros, en los quales vale la que se pronuncia á favor de lo expresado, aunque lo sea tambien á favor del actor; y ántes de pronunciarla pueden nombrar tercero, y lo que los dos resuelvan, será sentencia, porque aquel se reputa Juez ordinario. (e)

395 Por si el recusado fuere delegado y no se conformare con el acompañado, ha de ir la causa al superior, porque sus sentencias no lo son, y como de-

(a) Leyes 22 tit. y 1 y 2 tit. 16 lib. 4 R. (b) Acev. dich. ley 1 nn. 11, 21, &c. y 34. (c) Aut. 5 tit. 10 lib. 2 R. (d) Ley 31 tit. 34 P. 7. (e) Ley 17 y 18 tit. 22 P. 3.

legados ámbos no pueden nombrar tercero, para que la de uno de ellos lo sea. (a) Estos han de pronunciar juntos la sentencia, aunque el ordinario y su acompañado la pueden dar juntos ó cada uno de por sí separadamente, por no prohibírselo el derecho. (b)

396 Si en las causas criminales, y en las de libertad y servidumbre el Juez ordinario y acompañados discordaren, valdrá la sentencia pronunciada por la mayor parte, y dando cada uno la suya será válida la favorable al reo; pero si el recusado delegado y acompañados no se conformaren, ha de ir la causa al superior, porque el parecer de estos es uno, y no prevalece contra el del Juez, á ménos que uno de ellos se conforme con el de este, pues entónces como de mayor parte será sentencia. (c)

397 Debe asistir el Juez acompañado con el recusado en su audiencia á dar la sentencia y providencias que ocurran, no teniendo impedimento legítimo; y si no es Juez, respecto de conferírsele jurisdiccion debe jurar tambien que usará bien y fielmente su encargo, y administrará justicia á las partes, pues siéndolo no necesita hacer el juramento, por haberle hecho quando entró á serlo, ni se estila, aunque la ley 1 tit. 16 lib. 4 R. manda indistintamente á todos los acompañados que le hagan; (d) pero no puede ser recusado sin probarse causa, (e) porque no se le contempla sospechoso sino ántes bien imparcial.

398 El que impetró al Juez para que conociese de su negocio, acudiendo á este fin al Soberano ó á su tribunal supremo, ó puso voluntariamente la demanda ante un Juez, no puede recusarle despues sino por nueva causa de enemistad ú otra superveniente, aunque sea

(a) Dicha ley 17 Cur. Philip. part. 1. § 7. n. 15. (b) Bobad. lib. 2 c. 2 n. 159 y lib. 3 cap. 8 nn. 117 y sig. Gutier. lib. 1 Pract. q. 94 n. 2. vers. Ego vero. (c) Ley 18 tit. 32 P. 3. Paz tom. 1. part. 5 § 12 nn. 53, &c. y 57 Cur. Philip. part. 1 § 7 n. 15. (d) Leyes 22 tit. 4 P. 3, y 1 y 2 tit. 16 lib. 4 R. Covar. dicho cap. 26 nn. 1, 2 y 3 Salg. de Retent. part. 2 cap. 19 n. 44. (e) Greg. Lopez dicha ley 22 glos. y vers. Et an iste adjunctus poterit recusari.

en la de reconvencion puesta por el reo; porque por el mismo hecho de suplicar que se le nombrase, ó de acudir ante él para que le administrase justicia, es visto haberle aprobado y no tenido por sospechoso. (a)

399 Si el Juez ordinario es lego, debe nombrar á su arbitrio por Asesor un Letrado aprobado para pronunciar la sentencia difinitiva ó acto interlocutorio que tenga fuerza de difinitivo, y mandar se haga saber el nombramiento á los litigantes, á fin de que si tienen por sospechoso al nombrado, le propongan otro ú otros, de quienes no tengan sospecha, (pues no les debe ocultar quien es, (b) aunque algunos (c) sienten lo contrario) como se echa de ver de la ley 2 tit. 21 P. 3 que dice: "E por ende los juzgadores ante que den su juicio, deven tomar consejo con tales omes en esta manera, diciendo primeramente á las partes: facemos vos saber que queremos aver consejo sobre vuestro pleyto. Onde si vos habedes por sospechosos algunos omes sabidores desta villa, ó desta Corte, dadnoslos por escrito; é despues que gelos ovieren dados escritos, deve tomar el juzgador que ha de juzgar el pleyto, uno ó dos de los otros que sean sin sospecha, é mandar á ambas las partes que vengan antellos, é recuenten todo el pleyto de como passó, é muestren, é razonen ante aquellos consejeros aquellas razones que mas entendieren que les ayudarán." Así pues, se les hace saber el nombramiento de Asesor, para que á la primera audiencia le recusen, si quieren, como lo pueden hacer, sin necesidad de justificar ni expresar causa; bien que hasta pasada la audiencia del dia siguiente no se le deben llevar los autos; y una vez recusado no debe entender en el negocio, porque no adquiere jurisdiccion como el acompañado para conocer de él, por ser mero consultor, en cuya atencion tampoco necesita jurar como aquel, pues la ley no lo exige, y así se observa. Pe-

(a) Greg. Lop. lug. cit. vers. Et nota quod reconventus. (b) Bobadill. Polit. lib. 3 cap. 8 n. 218. Parlad. differ. 70. n. fin. (c) Greg. Lop. ley inserta verb. diciendo. Perez en la 24 tit. 3 lib. 2 del Ordenam.

ro despues de consentido tácita ó expresamente el nombramiento por las partes y aceptado por el Asesor, no se le debe recusar en aquel pleyto ni tenérsele por recusado sin justificacion sumaria de causa superveniente ó ignorada hasta entónces, (a) al modo que para con los árbitros y arbitradores ó compromisarios se dirá en el n. 404. Si el pleyto consiste en denuncias ó penas de ordenanza, no necesita el Juez lego asesorarse, (b) ni tampoco para substanciarle, pues basta el Escribano que debe saber los trámites de su substanciacion.

400 Con motivo de hacer recusaciones generales de los Asesores voluntarios algunos litigantes cabilosos, y conformarse solamente con el Letrado que nombrasen el Señor Presidente ó Gobernador del Consejo, ó los Presidentes ó Regentes de las Chancillerías y Audiencias, en cuyo distrito se seguia el pleyto; procurando con estas ilegales, vagas y maliciosas recusaciones vejar ó molestar á sus contrarios, dilatar la decision y conseguir otros fines perniciosos; para evitar los gravísimos daños que con ellas se les causaban, proveyó el Consejo á representacion fiscal el auto que dice así: "En la villa de Madrid á trece de mayo de mil setecientos sesenta y seis los Señores del Consejo de S. M. dixeron: que para evitar los graves perjuicios que se experimentan por la facilidad y abuso de admitirse en los juzgados ordinarios de estos reynos recusaciones vagas de Abogados asesores, dilatando por este medio malicioso la breve expedicion de las causas, sus defensas y determinaciones en los dominios y provincias de los litigantes, tan recomendadas por todo derecho: debian de mandar y mandaron que los Jueces ordinarios no admitan recusaciones vagas de Asesores, aunque sea con el pretexto de consentir en el que nombrase el Señor Presidente del Consejo, los Presidentes, Regentes ó Decanos de las Chancillerías y Audiencias, ó de otros qualesquiera Superiores: que solo se permita á cada parte

(a) Greg. Lop. ley 2 tit. 21 P. 3 glos. 9. (b) Bobad. lib. 3 Polit. cap. 8 n. 254. Acev. ley 7 tit. 18 lib. 4 R. n. 105.

la recusacion de tres Abogados asesores para la determinacion ó artículos de cada causa, quedando los demas de la residencia del juzgado y su provincia hábiles, para que el Juez pueda nombrar de ellos y no de otros al que tuviesse por mas conveniente, sin permitir sobre ello instancia, contextacion, ni embarazo que difiera su conclusion en perjuicio de los litigantes y buena administracion de Justicia." (a) La recusacion de los tres no se entiende disyuntivamente, como quieren entenderla algunos litigantes de mala fé, para cada auto ó artículo sino copulativamente para todos los artículos, autos y sentencia que se provean en cada juicio ó pleyto; de suerte que si hacen la recusacion solamente para los artículos, puede ser de tres: si no mas que para la sentencia, de tres tambien: si recusan á tres para algun artículo, á ninguno mas pueden recusar ya en aquella causa; y si recusan para cada artículo el suyo hasta el número de tres, quedan hábiles todos los restantes para la sentencia y demas providencias, artículos y recursos que ocurran en el pleyto ó juicio, sea posesorio ó petitorio; pues en cada uno, haya ó no artículos, no se debe recusar mas que á tres de los de la provincia, ni admitir la recusacion de otros, porque de lo contrario podria no quedar Abogado en ella con quien pudiese asesorarse el Juez: vendriamos á incidir indirectamente en el escollo que fué á precaver y evitar el auto inserto, y seria ilusorio, por lo que á excepcion de los tres todos los demas de ella quedan hábiles para que elija el que quisiere, lo qual he visto declarado varias veces, y así se entiende por los tribunales del reyno. Y si el Asesor tiene firmada y entregada al Juez la sentencia, no puede ser recusado. (b)

401 El nombramiento de Asesor se debe hacer saber á las partes, como queda expuesto, las quales han de pagar los derechos de asesoría, ya le haga el Juez

(a) Para la observancia de este auto en estos reynos se expidió Real cédula á 27 del mismo mes de mayo. (b) Ley 6 tit. 10 lib. 2 R. Parlad. differ. 70 n. penult.

de oficio, ya á instancia de ámbas; pero si lo es á solicitud de una sola, ó aunque esta no lo pretenda, si la providencia que se debe dar, es á su pedimento, los debe satisfacer: lo qual se entiende no estando el Juez asalariado, ó no siendo Teniente suyo ó Letrado, aunque lo esté, pues entónces los ha de llevar con arreglo al Real arancel sin excederse pena de perdimiento del oficio y de pagar el exceso con el quatro tanto. (a)

402 Para recusar al Juez eclesiástico ordinario ó delegado se ha de expresar ante él la causa, sea de amistad, enemistad, parentesco, interes ú otra; y la recusacion es la primera excepcion dilatoria de que se debe usar ántes de la contestacion, protestando poner las demas en su tiempo y lugar; pero si despues de esta vino á noticia del recusante la causa, ó es notoria, puede recusarle en qualquier tiempo y estado del pleyto, jurándolo así. Si le compete el beneficio de la restitucion, le puede recusar despues de la conclusion, aunque la causa sea anterior á esta, y se debe admitir. (b)

403 Siendo Delegado del Papa, Obispo ó de otro Juez ordinario eclesiástico el recusado, ha de compeler á los litigantes á que elijan por Letrados, árbitros que conozcan de la causa de recusacion y la decidan, señalando á estos término competente para ello y compeliéndolos á que nombren tercero en discordia. Los árbitros han de asignar plazo á los litigantes para probar dicha causa, y si dentro del prefinido por el recusado no la determinaren, puede proceder este en el negocio principal no obstante la recusacion. (c)

404 Declarando los referidos árbitros ser legítima la causa de la recusacion, si el Juez recusado fuere

(a) Ley 9 tit. 5 lib. 3 R. (b) Cap. 25 de Offic. delegat. 4 de Exception. 61 de Appellat. 5 y 14 de Offic. delegat. in 6. Covar. Pract. cap. 26 nn. 2, 3 y 4 Reiff. lib. 2 Decret. tit. 28 § 12 nn. 320, &c. y 324. Paz tom. 2 part. 1 cap. 6 nn. 6, 7 y 8. (c) Cap. 61 cit. 4 de Foro competent. y 5 de Offic. deleg. in 6. Paz dicho cap. 6 nn. 10, 11 y 12 Salg. de Reg. part. 2 cap. 10 n. 94, y part. 3 cap. 4 n. 25 vers. Quid igitur de arbitris.

Delegado del Papa, se le ha de remitir el negocio para su conocimiento y no á otro, aunque lo consienta el recusante; (*a*) y si fuere Obispo ú otro ordinario, puede remitirle al Superior ó á otro consintiéndolo el recusante; como asimismo á otro no sospechoso ántes de la eleccion de los árbitros, ó de que se pruebe la causa, sin embargo de que esten electos. (*b*) Si fuere Subdelegado del Papa, se ha de exâminar, probar y determinar la causa ante el Delegado y no ante árbitros; (*c*), y si fuere Vicario general ó Delegado del Obispo, ante éste. (*d*) Y el recusado no puede subdelegar despues de probada la causa de la recusacion, porque esto es acto de jurisdiccion, y carece de facultad para exercerle. (*e*)

405 Los Jueces árbitros ó compromisarios electos por las partes para decidir sus controversias, pueden ser recusados por enemistad suscitada despues de su eleccion ó sabida entónces, ó por soborno. Esta recusacion se puede hacer requiriéndoles el recusante á presencia de hombres buenos que no se entrometan á conocer del negocio, pues los tiene por sospechosos por tal causa, mencionándola, y si no obstante este requerimiento continuasen, debe acudir al Juez ordinario de ellos recusándolos, expresando la causa de la recusacion, ofreciendo probarla incontinente, y pretendiendo que constando de ella les prohiba entender, y proseguir en el negocio. El ordinario debe mandar al recusante que la justifique, y justificada ha de prohibirles la continuacion, y si fueren tan tenaces que sin embargo prosiguieren en el negocio, no valdrá lo que practiquen, ni está obligado el recusante á pasar por ello, ni por no obedecerlo incurre en pena. (*f*) Si los árbitros no recusados discordaren en la decision, han de elegir tercero teniendo facultad para nombrarle, y careciendo de esta ha de apremiar el Juez ordinario á los litigantes

(*a*) Cap. 5 cit. (*b*) Dicho cap. 61 de Apellat. y cap. 5 Covar. cap. 26 cit. n. fin. Paz log. cit. nn. 12, 13 y 14. (*c*) Cap. 27 § 3 de Offic. delegat. Paz n. 18. (*d*) Cap. 4 de Offic. delegat. in 6. (*e*) Cap. 5 cit. Salg. de Retent. part. 2 cap. 5 § 11. (*f*) Ley 31 tit. 4 P. 3.

á que le elijan, y se debe executar lo que resuelva la mayor parte. (a)

406 En ninguna causa civil ni criminal puede ser recusado el Juez mero executor, porque nada hace de su autoridad; (b) pero el *executor mixto* que tiene facultad para admitir excepciones y determinarlas, y que por consiguiente puede causar perjuicio á los litigantes con sus procedimientos, puede serlo en los términos que el ordinario, (c) y así se observa.

407 Puede ser recusado el Juez de residencia así como el Delegado; pero no se debe acompañar con los Regidores, porque son reos igualmente que el residenciado, ni tampoco con otros del pueblo, pues aunque no sean reos, nunca dexa de haber entre ellos cierto espíritu de parcialidad y coligacion por la dependencia y connotado de parentesco, en cuya atencion se ha de acompañar con Letrado de otro pueblo que no sea sospechoso. (1)

408 Para la recusacion de alguno de los Señores Ministros de los Reales Consejos, Alcaldes de Corte, Oidores, y Alcaldes de las Chancillerías y Audiencias quando juntos en sus Salas conocen como tribunal superior de algunos negocios en vista y revista, ó en grado de segunda suplicacion, y no cada uno de por sí como Juez ordinario ó comisionado, se han de observar seis requisitos: el primero, que el pedimento en que se pretenda, vaya firmado no solo de la parte ó de su Procurador con poder bastante sino tambien de Letrado, pues de otra suerte no se debe admitir: el segundo, que

(a) Leyes 26 y 27 tit. 4 P. 3. (b) Avend. in cap. Prætor. 23 part. 2 n. 10 al fin. (c) Dieg. Perez ley 4 tit. 8 lib. 3. Ordenam. vers. Dubitari Escobar de Purit. part. 1 q. 6 § 6.

(1) „Que se excuse el juicio de residencia como perjudicial por el gran peligro que hay de corrupcion en los Jueces de ellas, y porque estos son muy gravosos á los pueblos y á los mismos residenciados sin utilidad alguna, segun lo ha acreditado la experiencia, por lo qual el mi Consejo se movió á suspenderlas dexando expedito el medio de los informes y el de la queja, acusacion formal, ó capitulacion ante el tribunal correspondiente.„ Cap. 1 de la Real cédula de 7 de noviembre de 1799 inserta en el § final cap. 25 P. I.

contenga juramento de no recusarlos con malicia sino por conceptuarlos sospechosos por tal causa: el tercero, que se presente en el acuerdo y no en la sala, dándose al Señor Presidente y no al Escribano de Cámara: el quarto, que sean honestas, moderadas y no ofensivas al recusado las palabras con que se le recuse: el quinto, que se especifique con claridad la causa legítima que impele á la recusacion: v. gr. si es por parentesco de consanguinidad ó afinidad, en qué grado, (contando por derecho civil como acto civil y profano) y por qué línea: si es por amistad ó enemistad, de qué causa provenga, y desde quando, &c. pues no especificándose con esta individualidad no se admitirán, por estar prohibida la admision de causas no especificadas (a) siendo de notar que la recusacion por parentesco á los Señores del Consejo y Alcaides de Corte, si es de consanguinidad, no se debe admitir fuera del quinto grado y quinto con sexto inclusivè, y si es de afinidad, fuera del quarto grado y quarto con quinto tambien inclusivè; (b) y el sexto requisito es que en vista (y lo mismo se practida en revista) la ponga el recusante dentro de 30 dias contados desde el en que se principiare á ver el pleyto y no de su conclusion, ó ántes de los 15 próximos é inmediatos al que se hubiere señalado para votarle; pues de otro modo no se le admitirá, excepto por causas originadas dentro de ellos ó despues, ó no sabidas ántes jurando que hasta entónces no llegaron á su noticia. Si el pleyto no se vota en el dia señalado, no se pueden recusar sino por causas nacidas despues; y votándose el dia prefinido y remitiéndose por discordia á otros Jueces, estos no pueden ser recusados sino por causas suscitadas despues de la remision; (c) y en todos los casos expresados lo ha de jurar así el recusante.

409 Se pueden probar las causas de la recusacion de estos Señores Ministros por qualquier medio legal, y como uno de ellos, por posiciones del recusado, las

(a) Leyes 1, 2 y 19 tit. 10 lib. 2 R. (b) Auto 9 tit. 10 dich. lib. 2
(c) Leyes 12 y 19, y ley y auto finales tit. 10 lib. 2 R.

quales debe poner el recusante en el pedimento de recusacion, si hubieren venido á su noticia despues de la conclusion, jurándolo así y depositando la pena correspondiente. El recusado debe responder á ellas no siendo criminosas, (a) y para probarlas por testigos ú otro medio es arbitrario el término; mas no puede exceder de puertos acá de 40 dias y de puertos allá de 60, ni sobre cada pregunta han de admitirse ni presentarse mas de seis testigos; ni tampoco despues de firmada la sentencia, aunque no esté publicada ó notificada, se debe admitir recusacion. (b)

410 Es perentorio y corre no solo contra los mayores de 25 años sino tambien contra los menores y demas privilegiados, á quienes compete el beneficio de la restitucion, el término de recusar á los Señores expresados y probar las causas. (c) Y aunque algun tercero opositor salga á la causa coadyuvando al principal, no puede recusar sino en los casos en que este, por lo que la ha de tomar en el estado en que la halle. (d)

411 El que recusa y no prueba causa legítima, si es al Señor Presidente del Consejo, incurre en la pena de 1200 maravedís, si á otro qualquier Ministro de él, en la de 600, y si á Alcalde de Corte ó de Audiencia, en la de 300; y no dándose la causa por bastante, en la de 60; (e) pero si es pobre, cumple con obligarse á su satisfaccion quando tuviere bienes. (f) En estas recusaciones es menester gran cuidado, pues aun quando el recusante se aparte de la que haga, incurre en la mitad de la pena, (g) así como el que se aparta pasados tres meses de la segunda suplicacion en los casos de la ley de Segovia, debe pagar las 1500 doblas, y no haciéndolo dentro de ellos, (h) lo qual he visto practicar tambien en un recurso de injusticia notoria, gobernándose el Consejo por la misma regla, sin embargo de no haber ley

(a) Leyes 4 y 7 tit. 10 lib. 2 R. (b) Ley 6 tit. y lib. dichos. (c) Ley 16 del mismo tit. y lib. (d) Ley 15 del prop. tit. y lib. (e) Ley 17 tit. dicho, y cédula expedida en Madrid á 29 de marzo de 1563. (f) Ley 5 tit. y lib. cit. (g) Ley 18 cap. fin. tit. 10 dich. lib. (h) Ley 4 tit. 20 lib. 4 R.

que trate de ello. Si el Fiscal Real es el recusante, cumple el Receptor de penas de Cámara con constituirse depositario de la mitad de ella, porque la otra mitad toca al fisco. (a)

412 El Relator puede ser recusado, sin que haya necesidad de expresar la causa por qué se le recusa; pero no se le han de quitar el conocimiento é intervencion en el pleyto ni sus derechos, pues los Jueces ante quienes penda, le han de dar acompañado, al qual debe satisfacer enteramente el recusante los que importare el trabajo de hacer el apuntamiento y asistir á la vista del pleyto, aunque nada haya trabajado en él. (b) El pedimento de recusacion ha de contener el juramento de no hacerla con malicia, y dexar al Relator en su buena opinion y fama, sin embargo de que la ley no lo previene.

413 Para recusar al Escribano originario del pleyto no es menester probar ni aun expresar causa, pues basta jurar no hacerlo con malicia, dexándole en su buena opinion y fama, y pedir al Juez que le dé acompañado, porque sin grave motivo justificado no se le puede remover de entender en él, á causa de hallarse radicado en su oficio, donde debe subsistir, y de ser contra su honor la remocion, lo qual no puede decirse de la recusacion; y lo que haga sin el acompañado, es nulo. (c) Pero este no puede ser recusado sin causa, porque una vez que la parte pidió al Juez que le nombrase, (pues ninguna ley le permite proponérsele) es visto haber querido conformarse con el que eligiese; y respecto deberse presumir que procedió en su eleccion con imparcialidad y justificacion, es preciso que para remover al nombrado le haga ver el defecto que tiene é ignoraba: de lo contrario le hace injuria, y no debe admitir

(a) Quien quiera tener mayor instruccion acerca de esta materia de recusaciones de Ministros Togados, vea el tit. 10 lib. 2. R. y Autos acordados, á Paz tom. 1. part. 6 § unic. de Praxi recusandi, y la Curia Philip. part. 1 § 7 nn. 17, &c. y 31; y sobre si los Fiscales de S. M. pueden ser recusados, y como, la Cur. Philip. ilustr. tom. 1 part. 1 § 7 n. 13. (b) Ley 18 tit. 10 lib. 2 R. (c) Avend. in cap. Pretor. p. 2. cap. 23 n. 13. Paz in Prax. annot. ult. de Tabellion. nn. 42, 43 y 44.

la recusacion como voluntaria, maliciosa y ofensiva al mismo Juez. Si el Escribano originario está enfermo ó ausente, puede despachar por sí solo el acompañado todo lo que ocurra en el pleyto, porque no está recusado; como tambien á falta de los dos, otro que nombre el Juez, porque con este tampoco se entiende la recusacion; y si el recusante se aparta, como puede, de la recusacion, ha de cesar incontinente el acompañado, por quedar habilitado el recusado, el qual siendo Juez comisionado para la probanza puede admitir el apartamiento, así como debe admitir la recusacion y hacerle saber al acompañado, á fin de que le conste y no continúe, sin necesidad de ocurrir al tribunal de donde dimana su comision, para que lo declare, pues se vuelve al estado que tenia ántes de ser recusado, y es lo mismo que si no lo hubiera sido para proseguir en las diligencias ulteriores.

414 Para la recusacion del Escribano de diligencias en los pueblos en que actuan los Reales, acerca de lo qual no hablan los AA. ni las leyes, se ha de practicar la misma solemnidad, á excepcion de que queda privado de entender mas en el negocio, porque para con él no se radica como para con el originario que tiene oficio y archivo determinado, en el que debe parar siempre custodiado el pleyto. La práctica que sobre estos hay en esta corte, es proponer el recusante tres al Juez para que elija de ellos el que quiera, y el Juez á su arbitrio unas veces elige uno y otras otro no propuesto. Si elige de los propuestos por el recusante, suele el contrario recusar al electo, ó á todos, excepto al que nombre, y pretender que nombre de oficio otro *por vaga*, (que quiere decir por discordia de los litigantes, ó por recusacion general) á lo que defiere; y si recusa á todos los del pueblo, excepto á los que propone, no se le admite ni debe admitir la recusacion, por ser maliciosa, y así elige el Juez uno de los recusados y no propuestos.

415 Si nombra el Juez otro Escribano de los no propuestos en qualquiera de los casos referidos, ó de oficio *por vaga*, dudan algunos, si podrá ó no ser recusado;

pero mi parecer es que puede serlo sin causa el nombrado de los no propuestos, y las razones son: la primera, porque si puede recusar al Juez, mucho mejor al Escribano que elija, pues acerca de los Reales no hay la costumbre inconcusa de que se le pida darle acompañado, como se practica respecto de los originarios, ni hay para ello el mismo motivo; y la segunda, porque no hay ley que lo prohiba, y lo que no está prohibido, se entiende permitido. Pero el nombrado de oficio *por vaga* no puede ser recusado sin causa probada, y ántes bien debe estimarse maliciosa la recusacion, porque de lo contrario se procederia en infinito, se eternizarian los pleytos, y se ocasionarian graves é irreparables perjuicios á los que litigan de buena fé.

416 La parte que recusa al Escribano originario, debe pagar enteramente sus derechos al acompañado, porque los devenga á instancia suya, y á ello le puede apremiar el Juez por embargo y venta de bienes, sea ántes ó despues de visto y sentenciado el pleyto, (*a*) segun lo manda la ley, (*b*) quando se recusa á los Relatores, pues aunque ninguna trata de esto, milita la misma razon.

417 Para evitar los perjuicios que se causaban á los litigantes de suspender los Jueces el curso de los pleytos, quando S. M. ó alguno de sus tribunales superiores por queja de los contrarios les pedian informe, sin embargo de que por esto no debian suspenderle, porque lo prohiben varias leyes, (*c*) se expidió á consulta del Consejo Real cédula en el Real Sitio del Pardo á 11 de Enero de 1770 que dice: "Que los tribunales y Justicias del reyno así ordinarias como comisionadas ó limitadas á ciertas causas ó personas procedan con arreglo á las expresadas leyes en la administracion de justicia á determinar las causas con la brevedad mas posible, sin permitir dilaciones maliciosas ó voluntarias de las partes ni suspender su curso, aunque por los tribunales y Jueces superiores se les pida informe en su asun-

(*a*) Cur. Philip. part. 1 §. 7. n. 33. Escobar de Puritat. part. 1 q. 6 §. 6. (*b*) La 18 tit. 10 lib. 2 R. (*c*) La 9 y otras del tit. 14 lib. 4. R.

to: que no se expidan cartas ni provisiones, ni se admitan apelaciones ó recursos que no sean conformes á derecho: que si algunas se despachasen en contrario, se obedezcan y no se cumplan: que quando se pida de mi Real órden algun informe sobre pleytos pendientes, se dé pronto cumplimiento, pero entendiéndose siempre sin retardacion ni suspension de su curso, á ménos que en algun caso particular tenga á bien mandar expresamente que se suspenda; encargando como encargo á todos los tribunales y Jueces estrechamente la observancia de las leyes, la mas pronta expedicion de las causas, y la rectitud y libertad con que deben administrar justicia, como principal objeto á que se dirigen mis justificadas intenciones." Así se observa en esta corte.

418 Con arreglo á esta Real resolucion se debe proceder tambien, quando alguno que está executado, acude al Consejo pidiendo moratoria juntamente con la suspension de las diligencias executivas, y este da traslado llano al acreedor, ó acreedores, sin mandar al Juez *que suspenda, ó no innove, ó no le moleste* por cierto término que señala; pues por este hecho es visto quiere que el Juez prosiga las diligencias contra el deudor, y que el traslado sea ó se entienda sin perjuicio del estado y naturaleza de la causa, y su prosecucion, como lo he visto declarado por el Consejo, practicar repetidas veces, y debe hacerse por los Jueces y Escribanos, aunque se les muestre certificacion del recurso pendiente, y no sobreseer en las diligencias, miéntras no se les mande expresamente: lo qual no procede, quando la moratoria se solicitó ántes de empezarse la execucion y el Consejo confirió traslado, mandando pasar la pretension á sala de Justicia para que aquí se exâminase, si se habia de deferir ó no á ella; pues en este caso hasta que se declare no haber lugar á su concesion, nada se debe practicar, mediante á que el Superior tomó conocimiento del negocio ántes que el Juez del executado.

§. XIII.

De la sentencia difinitiva, de los requisitos que exige para su validacion, de si el Juez la podrá revocar ó reformar, y del término para apelar de ella.

419 La sentencia, generalmente hablando, es de dos maneras, *interlocutoria y difinitiva*: se llama interloculoria la que el Juez pronuncia en el discurso del pleyto entre su principio y fin sobre algun incidente, y todo auto preparatorio para la difinitiva, y así no es propiamente sentencia: la difinitiva es la decision ó determinacion que con vista de todo lo alegado y justificado por los litigantes da sobre el negocio principal, imponiendo fin con la absolucion ó condenacion á la controversia que suscitaron ante él. (*a*)

420 Se llama así de la palabra latina, *sentiendo*, y de la castellana sentir, porque el Juez declara ó decide segun lo que siente. Debe pronunciarla estando presentes los litigantes ó citándolos para darla, dentro de los 20 dias siguientes al de la conclusion, pena de pagar dobladas las costas que les causare, y 500 maravedis á la Real Cámara, si siendo requerido por alguno de ellos, no lo hace, y de nulidad, si falta su presencia ó citacion; (*b*) pero el cúmulo de negocios, especialmente en los lugares populosos, imposibilita á los Jueces de sentenciar los pleytos en muchos meses, y así tardan mas tiempo en hacerlo. (1)

(*a*) Valensis in decretal. lib 2 tit. 27 § 1. (*b*) Leyes 1 tit. 17 lib. 4 R. y final tit. 26 P. 3.

(1) „La duda consistirá en poder asegurarse de si se dió con efecto la sentencia con aquel previo y circunspecto exámen que mandan las leyes, ó con la precipitacion que resisten; y para resolver esta duda no hay ley que señale el tiempo y las circunstancias que lo manifiesten, y es preciso reservarlas al prudente conocimiento de los Jueces superiores, atendido lo voluminoso del proceso, la entidad y gravedad de la cosa que se litiga, y las dificultades que se ofrecen en su decision: de manera que se venga á conocer casi con evidencia que el Juez, por diligente y experto que

421 Se diferencia la sentencia difinitiva é interlocutoria en que el Juez no puede revocar, ampliar, ni enmendar la primera despues de publicada, por haberse acabado su jurisdiccion; (a) excepto en los casos que explicaré en los nn. 449 y siguientes; y si la interlocutoria en qualquiera parte del juicio ántes de la difinitiva, porque para él nunca pasa á cosa juzgada, (b) á ménos que la confirme ó revoque el superior; y para pedir que se reforme, no hay término señalado en el derecho, por lo que el agraviado puede pretenderlo ántes que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada. Tambien se diferencian en que la difinitiva puede justificarse en grado de apelacion por los mismos autos y otros nuevos, y la interlocutoria se ha de determinar por lo que resulta justificado y excepcionado ante el Juez inferior, sin que se admita nueva prueba ni otra cosa. (c) Asimismo se diferencia en que para dar la sentencia difinitiva deben ser citadas precisamente las partes, porque faltando este requisito es nula; y para dar la interlocutoria no es necesaria la citacion, excepto que tenga fuerza de difinitiva, ó sea de mucha entidad y pueda causar grave perjuicio (d)

422 Toda sentencia interlocutoria sobre la qual no puede dar otra el mismo Juez, tiene fuerza de difinitiva, porque sirve el efecto de esta, y pone fin á la instancia ó incidente; v. gr. la absolutoria de la obser-

sea, no pudo tomar aquel exacto conocimiento de los hechos que segun las leyes debe preceder á su juicio y sentencia."

La ley 1 tit. 17 lib. 4 señala el término de 20 dias desde la conclusion del pleyto para que el Juez dé y pronuncie la sentencia difinitiva; pero no determina si pronunciándola ántes se ha de tener por precipitada, ni si induce nulidad de la misma sentencia, aunque la dé pasados los veinte dias, y así queda siempre pendiente del arbitrio del Juez superior considerar la precipitacion de la sentencia, concillando el tiempo en que se dió, la entidad y gravedad de la causa, y las demas calidades que se han incluido por regla de este artículo. *Sr. Conde de la Cañada Inst. Practic. part. 1 cap. 24 nn. 9 y 21.*

(a) Leyes 2 y 3 tit. 21 P. 3. (b) Ley 14 ff. de Re judicat. y cap. 60 de Appellation. (c) Leyes 3, 4 y 5 tit. 5 lib. 4 R. (d) Reif. lib. 2 Decretal. t. 27 § 1 n. 20 hasta el fin.

vancia del juicio, ó de la instancia, la en que se declara por desierta la apelacion, la en que se multa á alguno, aquella por la qual se acaba el oficio del Juez, como quando se declara incompetente, la que define algun artículo substancial del negocio principal, por exemplo: quando uno de los litigantes pide restitucion, porque dice ser menor, y el Juez declara que no lo es, pues por esta sentencia queda excluido de la restitucion pedida: ó quando se admite ó excluye la excepcion perentoria, ó el Juez no quiere admitir algunas pruebas, sin las quales no puede obtener el que intenta hacerlas, ó quando por la sentencia interlocutoria se manda dar ó hacer alguna cosa, y en otros casos semejantes, (*a*) de cuyas sentencias se puede apelar ántes que se difina el negocio principal: (*b*) pero no se admite segunda suplicacion de ellas, ni el Juez las puede revocar.

423 El mandato de pagar, si se da sin conocimiento de causa, ó con cláusula justificada; v. gr. *pague, y si razon tuviere para no hacerlo, dedúzcala, &c.* se debe tener por sentencia interlocutoria, y compareciendo el llamado se convierte en simple citacion; pero si no comparece y por esto se le acusa la rebeldía, queda firme el mandato. (*c*)

424 Si este se da contra el confeso, se ha de distinguir: si para darle precedió demanda formal, contestacion y forma de juicio, y el reo en el discurso de este confesó, se debe tener por sentencia difinitiva, porque mas se adhiere ó semeja á esta que á la interlocutoria, y así no se puede revocar: si se dió verbalmente sin formalidad de proceso, como quando habiendo sido llamado el reo á presencia del Juez confesó, y este en vista de su confesion le manda que pague, es interlocutoria por falta de formalidad, no obstante que define el negocio principal; pero respecto darse con conocimiento de causa y tener por esto fuerza de sentencia difinitiva, no se puede revocar. (*d*)

(*a*) Reiff. nn. 11 y 18, &c. y 25. (*b*) Paz tom. 1 part. 7 cap. un. n. 32. (*c*) Marant. part. 6 tit. de Sentent. difinit. & interlocut. n. 27. (*d*) Reiff. n. 23. Marant. lug. cit. nn. 28, 42 y 45.

425 La sentencia judicial debe ser conforme á la demanda en tres cosas, *cosa, causa y accion*; como tambien arreglada á derecho y buenas costumbres, sin excederse de lo pedido, y de lo contrario es nula ipsojure, aunque no se apele de ella. Ha de recaer sobre cosa cierta, aunque el Juez puede remitirse á los autos, si consta en ellos; y si es sobre cantidad no líquida, debe mandar que se liquide, aprobando luego la liquidacion con audiencia de las partes ántes de executar la sentencia, como sucede en las de condenacion á dar cuentas, restituir herencia y otras semejantes, y en los juicios universales. (*a*).

426 Si hay condenacion de frutos ó intereses, debe tasarlos el Juez en la sentencia y no remitirlo á contadores, porque está prohibido; (*b*) y si aquella es condenatoria en parte y en parte absolutoria, debe especificar las razones de esta diferencia; (*c*) bien que hoy regularmente no fundan muchos Jueces sus sentencias por evitar siniestras y violentas interpretaciones, y solo se remiten en términos generales á lo que resulta de autos sin mencionar especificamente cosa alguna de ellos.

427 Segun la práctica de los juzgados de esta corte se expresa al principio de la sentencia el nombre del Juez, quien la firma juntamente con el Escribano, y no hay pronunciamiento; pero al contrario en muchos de fuera no se estila expresar en ella quien la da, y por eso el Escribano la lee en su audiencia ante testigos, pone á su continuacion el pronunciamiento, diciendo en él quién la dió y en qué dia, y lo firma. El Juez, como se acostumbra, entrega la sentencia al Escribano y este la notifica á las partes, así como por derecho comun y canónico (*d*) se permite á los Obispos y personas ilustres por la prerogativa de su dig-

(*a*) Leyes 1 y 16 tit. 22 P. 3. Scacia de Sentent. cap. 1 gl. 14 q. 15 & de Appellat. q. 17 limit. 9 n. 24. (*b*) Leyes 52 tit. 5 lib. 2 y 10 tit. 5 lib. 3 R. (*c*) Paz tom. 1 part. 1, temp. 11 n. 24. (*d*) Ley 2 Cod. de Sentent, ex brevicul. recitand. y cap. ult. de Sentent. & re judicat. in 6 Reiff. ing. cit. nn. 57, &c. y 63.

nidad que la hagan saber por medio de otro.

428 Aunque segun se ha dicho, la sentencia debe ser conforme á la demanda, esto no tiene lugar, quando se da comision para proceder, *atendida solamente la verdad del hecho*, en cuyo caso no se anula por dexar de serlo, como quando se pidió una cosa y se probó otra: porque dicha cláusula es mas amplia y tiene mas fuerza que la de que se proceda *sumaria y simplemente, y de plano*: se aparta de las reglas prescriptas por derecho positivo, y se juzga comisionado el Juez para proceder como si fuera el Soberano que no está obligado á observar el órden judicial ni sujeto á las leyes positivas. (*a*) Pero si la demanda es inepta, no vale la sentencia, ni tampoco el proceso excepto en las causas sumarias, en que no se observan estrictamente el órden ni las solemnidades judiciales. (*b*)

249 El Juez ha de pronunciar su sentencia en el lugar que debe y sus predecesores acostumbraron, y no fuera de su territorio, á ménos que las partes lo consientan; bien que el Delegado no siéndolo para todas causas, el árbitro y el Juez de apelacion pueden darla en qualquiera parte honesta lo qual procede tambien en aquellas en que se procede de plano, en las de jurisdiccion voluntaria, y en todos los actos concernientes á los trámites del pleyto. No ha de dar la sentencia en el tiempo prohibido de juzgar, ni despues del legal, ni de noche, ni pendiente el término concedido, ni tampoco sin presencia ó citacion de las partes, excepto que proceda de oficio, ó que haya habido vista de autos con su citacion, y para mejor proveer mande practicar alguna cosa. Ademas, el Juez ha de ser competente, no ha de dudar de su facultad, ni proceder despues de admitida la apelacion, ó de inhibido del conocimiento por el superior, ni finalmente ha de tener impedimento ni prohibicion legal de juzgar.

(*a*) Cap. 22 de Accusation. Reiff. lib. 2 decretal. tit. 27. §. 3 no. 81 y 82 Maraut. part. 4 distinct. 9 n. 32. (*b*) Maraut. part. 6 de Sentent. diffinit. nn. 58, &c. y 69.

430 La sentencia se ha de escribir ántes de publicarse, no ha de ser notoriamente injusta, ni falsa la causa en que se funda, ni dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, ni incierta, ni se ha de expresar en ella por persona cuyas facultades para litigar no constan en el proceso, ni ha de contener error manifiesto, ni otros vicios que la anulen ipsojure, ni tampoco le han de faltar los demas requisitos prescriptos por derecho para su validacion. (a)

431 Para dar la sentencia deben los Jueces inferiores ver y exâminar por sí propios los autos á presencia de las partes, y no por relacion de los Escribanos, (b) como se dixo en el n. 235; y lo mismo deben practicar los Alcaldes de Corte que como Jueces ordinarios conocen de lo civil, pues les está prohibido tener Relatores pena de 50 maravedís y destierro de un año al Relator por cada vez que se la hiciere; (c) bien que sin embargo de esta prohibicion se acostumbra en los juzgados de esta corte no solo hacer relacion los Escribanos sino tambien pedir las partes se les comunique el apuntamiento ó memorial ajustado con los autos, para ver si está conforme, y no estándolo, hacer que se enmiende, adicione, ó coloquen los hechos, segun deben estar para su mas clara percepcion; como asimismo asistir sus Abogados á la vista para informar verbalmente á los Jueces del derecho de ellas, é ilustrarlos con leyes y doctrinas que conduzcan al asunto. Ademas, algunas veces se les informa por escrito, segun lo permite la ley 4 tit. 16 lib. 2 R. observando en estos papeles ó informaciones en derecho (que no se unen á los autos, ni comunican á las partes, por no ser del proceso,) lo que previenen la ley final, y autos 4, 7 y 11 del mismo tit. y lib. en caso de imprimirse, como suele hacerse en el Consejo, para que teniéndolo todo presente no yerren la determinacion, y puedan despachar con mas brevedad los mu-

(a) Reiff. dich. tit. 27 y § 3. Marant. part. 6 tit. de sententiâ diffinit. et interlocut. nn. 70, &c. y 121. (b) Leyes 17 tit. 17 lib. 2 y 6 tit. 9 lib. 4 R. (c) Ley 4 tit. 8 lib. 2 R.

chos negocios que ocurren; pues de otro modo serian interminables,

432 Para juzgar deben los Jueces superiores é inferiores así en primera como en segunda y tercera instancia mirar y atender á la verdad sin detenerse en las solemnidades y sutilezas prescriptas por derecho para el órden de enjuiciar: de suerte que constando justificado el hecho, aunque falten las solemnidades de los trámites del juicio, siempre que no sean las substanciales como la citacion, prueba, &c. pueden y deben determinar el pleyto conforme á la verdad que resulta probada segun la demanda ó accion intentada, y será válida la sentencia; (a) pero si alguna de las partes declara las cosas que son substanciales en el juicio, pide que la otra las guarde ó jure de calumnia, el Juez se lo manda dos veces y no quiere, y no obstante pasa á dar la sentencia; entónces á mas de ser esta nula debe pagar el Juez las costas. (b) Lo mismo se ha de decir, aunque el actor ponga la demanda por una causa y pruebe otra diversa, porque esta diversidad no muda la verdad. (c) (1) Y si el Juez por ignorancia ó malicia procede injustamente causando daños á alguno de los litigantes, incurre en las penas que expresan varias leyes. (d)

433 Dudando justamente el Juez inferior de la sentencia que ha de dar, por ser iguales las pruebas de las partes, debe aconsejarse de hombres literatos, imparciales y de buena fama, electos con aprobacion de ellas, y si no disuelven su duda, puede remitir la causa al superior, citándolas á este efecto y no de otra suerte; (e)

(a) Vease la nota del n. 76. (b) Ley 10 tit. 17. lib. 4 R. (c) Valenz. consil. 11. n. 16. Vela diss. 15 n. 86 y diss. 42 n. 66. Parlad. lib. 2 cap. 20 nn. 3 y 4.

(1) Por exemplo, si alguno pide una finca enfitéutica diciendo que ha caido en comiso, y en vez de acreditarse este, solo se prueba el enfiteusis puede el Juez condenar la enfitéuta al pago del canon ó pension anual. Cur. Philip. P. 1 § 18 n. 6.

(d) Las 12 tit. 4, 24 y 25 tit. 22 P. 3, y 4 tit. 15 P. 7. (e) Ley 11 tit. 22 P. 3.

mas no mandarles que comprometan el negocio en sus manos; (a) y no se han de remitir los autos originales, excepto que lo mande el Superior, sino por compulsa, la qual y los demas gastos que ocurran en este caso, deben pagar las partes por mitad; (b) aunque quando se apela, el apelante debe satisfacerlos enteramente, porque se causan á su instancia; pero no le está prohibido sentenciarla despues de remitida, por lo que valdrá la sentencia arreglada que pronuncie ántes de responder el superior. (c) (1)

434 El que pide una cosa por otra, puede corregir su error en el mismo juicio, y valdrá la sentencia que se dé. (d) Si prueba pertenecerle otra diversa de la que demandó, debe ser absuelto el reo de la instancia, no de la demanda, y si se da otra sentencia, es nula; (e) si bien basta que el actor tenga el dominio de la cosa que pide al tiempo de la sentencia, aunque no le haya tenido al de la demanda, porque convalece el juicio con el derecho superveniente, y recae la sentencia sobre cosa cierta; (f) pero no se deben admitir probanzas ni defensas inconducentes á la accion propuesta. (g) Y no debiendo ser condenado el reo, no solo ha de ser absuelto de la instancia del juicio sino tambien de la demanda y entrega de la cosa que se le pide en ella, pruebe ó no el actor, por lo que este no puede volver á suscitarla, sino se le reserva para ello su derecho, (h) porque le obsta la excepcion de cosa juzgada.

(a) Ley 13 tit. 5 lib. 2 R. (b) Greg. Lóp. ley 2 tit. 21 P. 3 gl. 4. Bobadill. lib. 3 Polit. cap. 8 n. 255. (c) Greg. Lóp. ley 11 cit. gl. 6.

(1) Parece que se priva enteramente un Juez de la facultad de sentenciar una causa con remitirla al Superior para que la decida, como tambien que se hace agravio á este con determinarla despues de remitida.

(d) Salg de Retent. part. 2 cap 8 n. 11. Vela diss. 33 n. 71. Parlad. cap. 10 cit. n. 6. (e) Gutier. lib. 1 Pract. q. 101. Greg. Lóp. ley 9 tit. 22 P. 3 glos. 4 Salg. Labyr. part. 3 cap. 1 n. 30. (f) Salg. lug. cit. y part. 1 de Retent. cap. 2. n. 77. Oléa de Ces. jur. tit. 6 q 9 n. 28. (g) Salg. Labyr. part. 3. cap. 1 n. 30. (h) Leyes 4 y 43 tit. 2, y 1 tit. 14 P. 3. Bobadill. lib. 5 Polit. cap. 3 nn. 132 y sig. Cur. Philip. part. 1 § 18 n. 3.

435 Todo litigante temerario ó que no tiene causa justa para litigar, debe ser condenado en las costas que causó á su contrario pidiéndolas este; y se cree no tenerla, quando la demanda es inepta, ó el actor no la probó, ni el reo sus excepciones, ó puso alguna maliciosamente, ó fue contumaz, y por otras causas semejantes; bien que si justifica su intencion con dos testigos á lo ménos, aunque estos sean luego tachados, no debe pagarlas. (a)

436 Tampoco debe pagarlas, quando tuvo justa causa para litigar, aunque el reo sea condenado en la principal ó absuelto, ni quando al principio del pleyto hizo el juramento de calumnia, porque con él se excluye la presuncion de haber litigado maliciosamente, á ménos que resulte lo contrario del proceso, pues en este caso se desvanece la presuncion de buena fé que el juramento induce á su favor, por lo que se le ha de condenar y apremiar á su pago tasándolas el Juez. (b)

437 Pero si el litigante temerario es pobre, no se debe prender, ni tomarle sus vestidos, ni ser compelido á dar fiador por el importe de las costas, ni por el de los derechos que devengue en defenderse, ni pagarse estos de las limosnas que se hacen á los presos; (c) y es suficiente que lo haga constar con informacion hecha en otra parte presentando un testigo hábil y fidedigno en la audiencia ó juzgado en que se sigue el pleyto, que deponga de su pobreza, con tal que le reciba el Escribano de la causa: (d) de modo, que se llama pobre el que aunque tenga lo indispensable para vivir, no tiene para litigar; y para que se le declare por tal, basta que haga informacion concluyente de su pobreza ante qualquier Juez, y practique despues lo que queda dicho, sin ser rigorosamente necesario que la dé ante el de la causa; pero hasta que esté declarado, no se le

(a) Leyes 39 tit. 2 y 8 tit. 22 P. 3. Greg. Lóp. en ambas glos. 3. Gutier. lib. 1. Pract. q. 134. (b) Ley 8 tit. 22 P. 3 y sus glos. 2 y 3, y ley 3 tit. 22 lib. 4. R. (c) Leyes 20 y 23 tit. 14 lib. 1 R. (d) Ley 25 dicho tit. y lib.

debe tener por pobre, en cuya atencion ha de pagar los derechos de la informacion y demas que ocarran, y si obtiene en el juicio, deberá satisfacer de las cantidades que perciba, los legítimos, como si se le hubiera mandado defender sin derechos hasta entónces, porque ya tiene con que pagar.

438 Si el Juez no hace condenacion de costas habiéndose solicitado y el vencido apeló, no es necesario que apele el vencedor de semejante omision, porque en segunda instancia puede conseguir que se le condene en ellas adheriéndose á la apelacion, para lo qual no hay término señalado; y si el vencido no apeló, puede tambien el vencedor apelar en derechura de dicha omision, ó de aquello á que el Juez no definió. Lo propio podrá hacer por las que se le deben por otro derecho ó accion, v. gr. por contrato, de lo qual trata el Señor Covarrubias. (a)

439 Como muchas veces piden los litigantes que el Juez reponga, revoque ó reforme por contrario imperio, ó como mas haya lugar, sus autos y sentencias, debo decir que siendo mere interlocutorias puede y debe hacerlo con causa justa, quando quisiere ántes de la sentencia difinitiva sobre lo principal; y siendo difinitivas, ó teniendo fuerza de tales, no solo no puede reformarlas ni revocarlas una vez publicadas y notificadas á las partes, sino que tampoco las puede mudar, corregir, ni adicionar en cosa alguna: lo qual milita tambien en las interlocutorias que se pronuncian juntamente con las difinitivas, por haber espirado sus facultades y acabádose en aquel juicio su oficio; mas sí declararlas á instancia de alguno de los litigantes en lo que esten obscuras, (b) cuya declaracion se debe pedir ántes que espire el término de apelar y se introduzca la apelacion, para que desde que se haga saber la declaracion, empiece á correr aquel, como se practica. Y es de ad-

(a) Pract. cap. 27 con especialidad n. 5. (b) Leyes 2 y 3 tit. 22 P. 3 Salg. de Reg. protect. part. 1 cap. 5 nn. 29 y sig. y part. 4 cap. 2 n. 130.

vertir que el Juez puede ir á defender su sentencia al tribunal superior, con tal que no lleve salario por ello. (a)

440 Si en la sentencia difinitiva no hizo el Juez mencion de los frutos y rentas de la cosa litigiosa sino solo de esta, ó no condenó en las costas, debiendo hacerlo, á la parte vencida, ó juzgó sobre estas cosas mas ó menos de lo que por derecho debia, puede enmendar y enderezar su sentencia dentro del dia que la dió, y no despues. (b) Lo mismo puede hacer quando condenó en multa ó pena pecuniaria á alguno que es pobre, pues la ley le concede facultad para moderarla ó quitársela por piedad si quisiere, especialmente si se aplicó al fisco. (c)

441 La sentencia difinitiva se debe intimar ó notificar á ámbas partes, aunque una sola venza, y si litigan por Procuradores, á estos entregándoseles copia de ella y de otra qualquiera providencia, si la piden, para que la consulten con su Abogado, vean si les es gravosa, y han de apelar de ella, pues á este efecto se les notifica; y sin embargo de que los Procuradores respondan que se haga saber á sus partes en persona, como muchas veces lo hacen, por diferir y ocasionar gastos á las contrarias, no debe el Escribano admitirles esta respuesta, porque en virtud de su poder hasta que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y llegue el caso de su execucion, se han de entender con ellos todas las diligencias que ocurran; pero la execucion de la sentencia ha de entenderse con las mismas partes en persona, puesto que de estas y no del Procurador ó apoderado depende su cumplimiento como obligadas á él.

442 Notificada la sentencia difinitiva ó interlocutoria á las partes, ó á sus Procuradores ó Apoderados, si la vencida no apela dentro del término legal, puede ocurrir la vencedora al mismo Juez acusando la rebeldía á aquella; expresando ser pasado el de la ley y pretendien-

(a) Ley 13 tit. 16 lib. 2. R. (b) Ley 3 tit. 22. P. 3 verb. Pero si el juzgador. (c) Ley 4. tit. 22 P. cit.

do declare la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la lleve á pura y debida execucion: á cuya solicitud debe proveer este auto: *Por acusada la rebeldía: autos citadas las partes*: y si dentro de los tres dias siguientes al de la última citacion no manifiesta despacho del superior, ha de deferir á la declaracion en la primera audiencia, condenando á los litigantes á que cumplan con el tenor de la sentencia, pues por la ley ya está pasada en cosa juzgada; bien que algunos Jueces solo llaman los autos, y en la siguiente audiencia hacen la declaracion, porque pasado el término de la ley ya está executoriada, y así ni tiene para que citar á las partes, ni oirlas sino sobre su execucion, ni debe hacerlo, porque se acabó su oficio en aquella instancia, y esto es lo mas arreglado. Este auto se debe hacer saber tambien á los Procuradores, para que sepan que no tienen recurso, por ser visto haber consentido en la sentencia, y si entónces responden que se entienda con sus partes, se les debe admitir la respuesta, pues cesáron sus facultades, por haberse concluido la instancia, en cuya atencion se ha de notificar á las partes la sentencia y auto de declaracion para que la observen y cumplan.

443 El término para apelar de auto ó sentencia los mayores de 25 años es en el fuero secular el de 5 dias, (*a*) los quales se cuentan desde el de su intimacion, que es desde quando llega judicialmente á su noticia; y aunque en algunos juzgados de esta corte amplian los 5 dias á 9 ó 10, se debe desterrar semejante abuso y corruptela, por no haber en aquellos facultad para hacer una ampliacion opuesta á la ley. En el fuero eclesiástico se conceden 10 dias para interponer la apelacion de sentencia difinitiva, (*b*) y de la interlocutoria no se debe admitir, excepto que tenga fuerza de difinitiva, ó contenga gravámen irreparable por esta (*c*)

(*a*) Así lo ordena la ley 1 tit. 18 lib. 4 R. (*b*) Cap. 5 y 13 de Sentent. & re judicat. Reiff. lib. 2 tit. 27 §. 4. n. 107. (*c*) Conc. Trident. Sess. 13 de Reformat. cap. 1 al fin y Sess. 24 del mismo tit. cap. 20 al princip.

lo qual procede asimismo en el secular, (a) á ménos que sea sobre declinatoria, recusacion del Juez, denegacion del proceso en que se hizo publicacion, ó sobre excepcion peremtória. (b) De la sentencia de los árbitros que debe executar el Juez ordinario, y no ellos por defecto de jurisdiccion, se puede apelar ó pedir reduccion á alvedrio de buen varon dentro de diez dias baxo la fianza que previene la ley 4 tit. 21 lib. 4 R. y pasados queda firme. (c) Para interponer suplicacion de los autos interlocutórios en que debe admitirse, se conceden tres dias, en los quales el suplicante debe expresar los agravios; y para la de sentencia diffinitiva diez dias y no mas, ya se haya principiado el pleyto en el Consejo ó Audiencia, ya se haya recaido á ella por apelacion de la sentencia del Juez inferior, (d) de lo qual trata el tit. 19 lib. 4 R. Y si el Juez inferior agravia en algun incidente al apelante, puede el superior á instancia de este retener los autos en su tribunal, substanciarlos y determinarlos en lo principal, quitando el conocimiento al inferior, por haberse hecho sospechoso, sin embargo de lo dispuesto en el concilio de Trento (e) que manda se concluyan todas las causas, aunque sean beneficiales, ante el Ordinario, y que no se le quite su conocimiento; pues por haberse omitido especificar este caso en el concilio, se entiende exceptuado, (f) como freqüentemente lo vemos.

444. Si el agraviado apela, y se le admite la apelacion lisa y llanamente ó en ámbos efectos, (1) y no

(a) Ley 13 tit. 23 P. 3. verb. Mas de otro Mandamiento, y 3 tit. 18 lib. 4 R. y 5 tit. 6. lib. 7. (b) Dicha ley 3. (c) Ley fin. tit. 4 P. 3 y sus glos. 1. Cor. Philip. part. 5. § 1. n. 10 a fin. (d) Leyes 1 y 2 tit. 19 lib. 4 R. (e) Cap. Causæ omnes 20 sess. 24 de reformat. (f) Valenz. Conc. 179 n. 51 tom. 2. Avendaño de Secund. suplicat. n. 11.

(1) „ La apelacion se admite de quatro modos: primero diciendo expresamente que la admite en ambos efectos devolutivo y suspensivo: segundo quando se dice que admite la apelacion sin expresar en qué efectos, ni poner otra alguna limitacion: tercero quando la admite en quanto ha lugar en derecho; y el quarto diciendo que la admite solamente en el efec-

presenta la mejora ó despacho del Juez de alzadas ó del tribunal superior dentro del término competente segun la distancia, puede la otra parte usar de uno de dos medios, que son: acudir ante el superior á sacar *aprisionia* ó contra mejora, ó ante el inferior pretendiendo declare por desierta la apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia ó auto apelado, cuyo término, no señalándosele el Juez, es de 40. dias, si hubiere de seguir la apelacion de puertos allá, de 15, de puertos acá, y de tres, estando el Juez de alzadas ó tribunal superior en el pueblo del juicio. Los mismos términos tiene para quejarse del Juez, si no le admite la apelacion siendo admisible, (1) y pasados queda firme el juicio. (a) Si acude ante el inferior, de-

to devolutivo y no en el suspensivo.„

„En el primer caso que se ha de acreditar con el testimonio de la apelacion, manda librar el Juez superior provision ó despacho, para que se le remitan los autos originales, logrando las partes y el público mayor expedicion y brevedad en el seguimiento de aquella instancia, y excusando los gastos de la comunes. Procede esta doctrina, y el uno de los tribunales aun en los casos, en que el Juez inferior concediese la apelacion en las causas que por su calidad y naturaleza no la admiten en el efecto suspensivo: porque en quanto está de su parte, se desprendió de toda su jurisdiccion y conocimiento.„

En el segundo caso procede lo mismo, „porque admitida la apelacion sin expresion de que sea en los dos efectos, ni restriccion de que se entienda solo en el devolutivo, queda el auto de admitir la apelacion en forma indefinida que equivale á la universal„. Sr. Conde de la Cañada Inst. Prac. part. 2. cap. 3. nn. 13, 14, 16 y 18. En quanto á los otros dos casos véanse los nn. 12, &c. y 32.

(1) „Si de la causa y sentencia difinitiva constase por notoriedad que ni el Juez ha causado agravio á la parte, ni esta puede mejorar su derecho en otra instancia, le faltará el supuesto en que ha de motivar y justificar la apelacion, y se le deberá despedir de que interponga como frivola y calumniosa: pues no pudiendo aprovecharle, se convertiria en daño de la causa pública, dilatando los pleytos y causando otros perjuicios á las partes que litigan.„

„Como no es facil reunir los casos en que tenga lugar el juicio cierto y seguro de que las apelaciones son frivolas y maliciosas, conviene recurrir á los que en esta clase refieren los autores en sus difusos tratados señaladamente Salg. de Reg. Lancelot. *de Attentat.* y Gacia *de Appellat.*„ Autores y los citados cap. 2. nn. 27 y 28.

(a) Leyes 2. y 3. tit. 18. lib. 4. R.

be mandar al apelante que présente las diligencias practicadas en prosecucion de la apelacion dentro de cierto término que les prefina, cuyo auto se debe hacer saber á su Procurador; y si pasado el término concedido no cumple, le acusa la rebeldía la otra parte, insistiendo en su pretension, y el Juez la ha por acusada, mandando que dentro de tercero dia cumpla con lo proveido en el auto anterior. Hecho saber y pasados los tres dias le acusa segunda rebeldía, y el Juez manda que dentro de segundo dia evacue lo providenciado en el primer auto con apercibimiento. Si en este término tampoco cumple, le acusa la tercera rebeldía volviendo á insistir en su pretension, y el Juez la ha por acusada, llama los autos citadas las partes, y pasados tres dias despues de las citaciones defiere á su solicitud, mandando al Escribano originario le dé testimonio con la relacion competente é insercion de la sentencia, auto de su declaracion y demas que sea conducente, con el qual pide su execucion y se hace pieza separada, ó sino, se sigue á continuacion de los autos primitivos sin sacar testimonio, pues no hay necesidad de ello. Esta es la práctica que he aprendido y enseñan Salgado, (a) Rodriguez (b) y otros; pues no debe el Juez declarar por desierta la apelacion sin conocimiento sumario de causa y citacion de parte, porque esta puede hacer constar que tuvo justo impedimento para no haber presentado las diligencias practicadas en su prosecucion. (1)

445 Conteniendo la sentencia diversos particulares

(a) De Reg. protec. part. 3 cap. 18 n. 77. (b) De Execut. cap. 1, an. 6, 7 y 8.

(1) La sentencia que en esta parte se ha fundado es en todo conforme á derecho; esto es, que la dada por el Juez, sino se apeló en tiempo de ella, ó no se siguió en los plazos señalados, recibe toda la fuerza de cosa juzgada con solo el curso del tiempo, y que sin hacer esta previa declaracion puede el Juez mandarla executar sin preceder audiencia de las partes; pues quando la que apeló, ó pudo apelar, quiera proponer la excepcion de haber estado legítimamente impedida para no apelar, ó seguir su apelacion, ó quiera usar del auxilio de la restitucion *in integrum* para reponerse en el tiempo en que pu-

ó capítulos se puede apelar de ella en el todo, ó de alguno ó algunos solamente, segun sea el agravio ó agravios que cause al apelante; (a) pero confírmese ó revóquese en quanto á los apelados, no es necesario pedir despues que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada respecto de aquellos de que no se apeló, pues para con estos lo está por la ley, por ser visto haberlos consentido ámbas partes, de suerte que no se debe admitir apelacion de ellos.

446. Sucede algunas veces en esta corte que despues de todo lo expuesto presenta la parte apelante el despacho ó mejora; y otras que no apela ante el Juez inferior y acude al superior presentándose en grado de apelacion. (1) De estos casos, en el primero queda

do y debió hacerlo, no se la priva usar de estas excepciones, aunque se haya mandado executar la sentencia, pues si las probare, se repone todo lo obrado por el Juez, dexando expedito el derecho de las partes para interponer la apelacion ó seguirla.,,

„Pero como es mas conveniente y decoroso no exponer las providencias judiciales á que se repongan, y deshagan, quando esto se puede precaver oyendo breve y sumariamente á la parte que apeló, á fin de que proponga si estuvo impedida para seguir la apelacion, ó para no interponerla en tiempo, usan comunmente los tribunales de este medio; y aun quando se pretenda en alguno de los casos referidos que el Juez declare la sentencia en autoridad de cosa juzgada, y la mande llevar á pura y debida execucion, se confiere traslado á la otra parte por el término ordinario, y si dentro de él no expusiere, ni justificase causa legítima que impidiese el curso del tiempo de la apelacion ó su seguimiento, procede el Juez con este mayor y mas seguro conocimiento á declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la manda guardar, cumplir y executar en todas las partes que contiene.,, Sr. Conde de la Cañada lug. cit. nn. 65 y 66. En los nn. 34, &c. y 64, y en los 67, 68 y 69 trata de este punto con mucha extension, solidez y doctrina.

(a) Ley 14. tit. 23 l. 3.

(1) Tambien sucede que „algunas veces se presenta la parte que apeló en el tribunal superior sin testimonio de la apelacion interpuesta y admitida, refiriendo y motivando la dilacion y vexaciones que le causan el Juez y Escribano retardando el testimonio que ha pedido con repetidas instancias; y aunque concluye pidiendo que se manden remitir los autos, se provee el correspondiente limitado á que dentro del breve término que se le señala, el Juez mande darle el testimonio de la apelacion que hubiere interpuesto, ó interpusiere en tiempo y forma, y que el Escribano lo cumpla con apercibimiento „

sin efecto la declaracion del Juez hasta que el superior, al qual dede remitir los autos, revoca ó confirma; y en el segundo, aunque la sentencia esté pasada en autoridad de cosa juzgada, debe tambien remitirselos y no pasar adelante, valiendo en ámbos casos la confirmacion ó revocacion del superior. Mas para evitar las dilaciones y perjuicios que ocasiona la malicia de los apelantes, les prefine el Consejo en uno y otro caso seis dias de término contados desde la fecha de su decreto, para que en ellos presenten evacuada la mejora en el oficio originario, y mande al Juez que si pasaren sin haberlo hecho, proceda en la causa como hallare por derecho, á cuyo efecto declara por desierta la apelacion.

447 La apelacion surte regularmente dos efectos. El uno se llama *suspensivo*, porque suspende la jurisdiccion del Juez inferior, y le ata las manos para que no pueda proceder, mientras está pendiente; y el otro se llama *devolutivo*, porque con la apelacion se devuelve el conocimiento de la causa al superior; (*a*) y una vez admitida llanamente aquella ó la súplica queda la causa en el estado que tenia ántes de la sentencia, y nada se puede hacer hasta que se confirme ó revoque. (1) Y el Escribano originario ha de poner en

„Esta práctica observada constantemente en los tribunales superiores, como lo he visto muchas veces en el Consejo, confirma la necesidad de probar la apelacion, como fundamento de la parte que recurre.„

„Si en el término señalado no le diesen el testimonio, vuelve la parte al mismo tribunal quejandose del Juez y Escribano, y presentando unas veces la provision original con los requerimientos ó citaciones puestas á su continuacion, y otras con solo el testimonio de las notificaciones. En el primer caso constando ser pasado el término, se manda librar sobrecarta á costa del Juez ó Escribano que haya motivado la dilacion: y en el segundo se libra nuevo despacho sin la expresion de que sea sobrecarta, aunque el efecto es uno mismo.„ Sr. Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 2 cap. 3 nn. 3 4 y 5.

(*a*) Paz tom. 2 part. 5. in Proem. cap. 12 y 13. Cur. Philip. part. 5 § 1 n. 19.

(1) „Para facilitar un conocimiento sencillo de las causas que por su naturaleza ó por accidente no admiten apelacion suspensiva, me ha parecido establecer una regla por donde se podran resolver las dudas que se

el testimonio de esta la expresion de si la causa es civil ó criminal, relacion de la demanda, su cantidad y reconvencion, si la hubiere, y cantidad de la sentencia, fecha de ella, y de la demanda y apelacion; y en las causas criminales á mas de la relacion expresada ha de referir, si el reo está preso ó no, pena de suspension de oficio por dos meses. (a)

448 Se llama cosa juzgada aquella sobre la que recayó absolucion ó condenacion en contradictorio juicio, oidas las partes plenamente, mas no adquirió el vigor y autoridad de tal; y pasar la sentencia en autoridad de cosa juzgada se entiende, quando le recibió irrevocablemente, por haberse consentido expresamente, ó por no haberse apelado de ella, pues es visto consentirla; ó si se apeló, se apartó despues el apelante de la apelacion interpuesta, ó se declaró esta por desierta, de suerte que se estima por verdadera y justa la sentencia, (b) y es de tanta fuerza que aquel contra quien se dió, sus herederos legítimos, el Juez que la pronunció, y sus sucesores deben observarla, aunquando contenga error de cálculo, si provino de los litigantes y no del Juez; ó el agraviado, sino apeló de ella, halle despues nuevos instrumentos y tales que si el Juez los hubiese tenido presentes, hubiera determinado lo contrario; (c) por lo que quien la obtuvo y su sucesor tienen de término 20 años para pedir la

exciten en los casos particulares sobre el artículo de admitir las apelaciones en el efecto devolutivo solamente ó tambien en el suspensivo. Consiste la enunciada regla en pesar el agravio respectivo á las partes y al público; y si fuese mayor el que padeceria la parte apelante, y el que trascenderia al mismo tiempo al público si no se le admitiese la apelacion en el efecto suspensivo, se debe deferir á ella en los dos efectos, y si la parte á cuyo favor está dada la sentencia, se expusiese á mayor perjuicio por la suspension, ó fuese trascendental á la causa pública; cesará en estos casos la apelacion suspensiva, y tendrá lugar únicamente en el efecto devolutivo.,, Sr. Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 2 cap. 2. n. 46. En los nn. siguientes pone varios exemplos.

(a) Ley 10 tit. 18 lib. 4 R. (c) Ley 32 al fin tit. últ. P. 7. (c) Ley 19 tit. 22 P. 3.

cosa litigiosa, (a) porque la accion personal y la executoria dada sobre ella prescriben por ellos. (b)

449 Sin embargo como toda regla general padece sus excepciones, hay casos en que la sentencia declarada en cosa juzgada se puede recindir y revocar, porque no adquirió el vigor y fuerza de tal. El primero es, quando el que fué condenado en ella halló posteriormente nuevos instrumentos, pues aunque sea mayor de 25 años, puede pretender se recinda por via de restitucion que le compete por la cláusula general: *si pareciere haber alguna causa justa*; y debe deferirse á ello por la ignorancia y legítimo impedimento que tuvo para no haberlos producido. (c) (1) El segundo es, quando se pronunció la sentencia en virtud del juramento supletorio de su contrario, y luego por los instrumentos que halló, acredita que este se perjuró, y justifica su intencion. (d) El tercero es, quando se dió en causa matrimonial declarando no haber matrimonio, ó que fué ilícito, si hubo error en la declaracion, ó el Juez no fué el legítimo diocesano que debió conocer de ella. (e) El quarto es, quando fué dada por pruebas falsas de testigos ó instrumentos, y no se alegó ni conoció de su falsedad, en cuyo caso el agraviado ha de pedir al mismo Juez por via de restitucion que recinda su sentencia citando á la parte contraria, lo qual debe hacerse, si prueba la falsedad, para lo qual le concede la ley 20 años y no mas. (f) El quin-

(a) Greg. Lop. dich. ley 19. (b) Ley 63 de Toro (1) Greg. Lop. ley 19 tit. 22. P. 3 glos. 9.

(1) La ley 19 citada dice lo contrario, segun se ha expresado en el número anterior, exceptuando solamente el caso de que en el juicio fuesse dado contra el Rey ó contra sus personeros, ó en pleytos que perteneciessen á la su Cámara ó á su Señorio;" y el que se menciona despues en este número tocante al juramento supletorio; pero sin embargo como la autoridad de los intérpretes es muy superior á la de las leyes, deberá estarse, no á lo que dispone dicha ley 19, sino á lo que opina su citado comentador Gregorio Lopez.

(c) Leyes 15 tit. 11, y 13 y 19 tit. 12 P. 3. (d) Ley 19 tit. 22 P. 3. cap. 10 y cap. 11. de Sentencia et Re judicat. (f) Leyes 15 tit. 11, 116 tit. 18, 13 y 19 tit. 22, y 1 y 2 tit. 26 P. 3.

tó es, quando la causa porque se pronunció, se convierte en no causa, como si alguno es condenado á la satisfaccion del valor de la cosa que le prestaron y perdió, y luego la halla su dueño, en cuyo caso este debe volver el precio que recibió, al comodatario, quien si no la satisfizo, no está obligado á su entrega. (*a*) El sexto es, quando la sentencia es venal, por haber sido sobornado el Juez con dádivas ó promesas. Si el Juez con conocimiento da una sentencia injusta por ódio ó amor á uno de los litigantes, perderá su oficio, quedará infamado para siempre, y satisfará á aquel aquello en que se le condenó, juntamente con todos los perjuicios y gastos que jurare haber recibido y hecho por razon de la sentencia; mas si fué injusta por necedad ó ignorancia del Juez, solamente debe satisfacer al perjudicado todo el daño que se le siguió de ella. (*b*) El séptimo es, tocante á las causas beneficiales, pues solo respecto de las partes pasa en cosa juzgada, no en perjuicio del superior. (*c*) El octavo es, quando se dió contra el Rey ó su Procurador, y este ú otro cometió dolo para ello, pues en qualquier tiempo se puede pedir la revocacion. (*d*) El nono caso es, quando la sentencia es tal que de su tenor ó por vista ocular ó evidencia del hecho aparece su iniquidad. (*e*) Y por último, todas las sentencias nulas de que se tratará en el §. siguiente, se pueden recindir y revocar dentro de treinta años segun el derecho de las Partidas.

(*a*) Ley 19 dic. (*b*) Leyes 13 y 14 al fin tit. 22. P. 3. (*c*) Cap. 18 de Re judicat. glos. & Abb. in cap. 1 de Conces. prebend. cap. 32 de Election. y cap. 31 de Rescript. (*d*) Dicha ley 19. (*e*) Cap. 9 de Sententia et Re judicat. Innocen. in cap. 18 del mismo tit.

§ XIV.

De la nulidad de las sentencias y del término en que se debe pedir.

450 Toda sentencia tiene á su favor la presuncion de haberse pronunciado segun la forma prescripta por derecho, (a) con conocimiento de causa y por Juez legítimo con jurisdiccion para darla mayormente siendo superior; (b) y si es antigua, se amplia la presuncion á que precedieron para ello todos los requisitos y solemnidades substanciales. (c) Pero no obstante como sucede muchas veces que algunas contienen el vicio de nulidad por varios motivos que voy á exponer, pueden impugnarse y rescindirse por esta causa; aunque si las partes consienten la sentencia nula, se confirma esta, porque el acto nulo convalece por su convenio y conformidad, como se dice en el derecho. (d)

451 La sentencia puede ser nula ó injusta: se llama nula, quando es dada contra la forma y solemnidad que prescriben las leyes, é injusta, quando se pronuncia contra el derecho del litigante; (e) por lo que los Letrados piden al superior en las apelaciones que interponen la declare nula ó la revoque como injusta; y los AA. lo distinguen con los adverbios *ritè y rectè* (legítimamente y rectamente) de los que el primero apela sobre la nulidad, y el segundo sobre la injusticia, las quales pueden provenir de 10 causas, á que se reducen las 30 porque expresa Maranta (f) se pueden decir nulos el juicio y sentencia, y son: por falta de jurisdiccion del Juez, legitimacion ó citacion de parte, ó por razon del lugar

(a) Cap. 16 de Sentent & Re judicat. (b) Vela diss. 48 num. 5. Gutier. lib. 1. Pract. q. 35. Covar. de Matrim. cap. 8. § 1 n. 7. (c) Salg. de Reg. protet. cap. 1 n. 40. Parej. de Edition. tit. 2 Resolut. 5 n. 83. (d) Leyes 2 Cod. communia utriusque judicii y 3 Cod. quomodo et quando judex. Parlador lib. 2. cap. ult. part. 1 § 2 n. 7. (e) Cap. 1 de Re judicat. Parlad. diff. 70 n. 1. (f) Part. 14 distinct. 16.

en que se da la sentencia, de solemnidad, de error en la cantidad ó en otra cosa, del tiempo, proceso ó modo, de iniquidad manifiesta, ó por la de la condicion (*a*) las quales paso á explicar.

452 Es nula la sentencia pronunciada por Juez que tiene prohibicion legal de serlo, ó carece de potestad de juzgar, ó si la tuvo, espiró, ó se la revocó la ley, ó Delegante, aunque ignore la revocacion, ó la dada contra naturaleza, derecho y buenas costumbres, ó contra el que no fue emplazado, excepto en los casos expresados en el n. 120 en los quales es necesario el emplazamiento, ó en tiempo en que está prohibido juzgar, ó fuera del prefinido para ello, ó en un lugar indecente, v. g. la taberna; ó fuera de su territorio, ó no estado sentado en su tribunal, ó por yerro de parte del Juez, en la cantidad en que consista aquel y no mas, ó contra menor de 25 años, loco, fatuo, ó mudo y sordo por naturaleza sin audiencia de su curador, ó contra esclavo sin la de su señor, á excepcion de quando puede por sí solo comparecer en juicio, ó por Juez lego sobre cosa espiritual. (*b*)

453 Tambien es nula la dada baxo de condicion ó á exemplo de otra, á ménos que sea al de la pronunciada por el Rey como legislador en caso semejante: (*c*) ó contra el que no es súbdito del juez, excepto en los casos en que aunque no lo sea, se hace por las razones expuestas en los nn. 29 y sig. ó contra hombre muerto, si no se cita á sus herederos, aunque hay crímenes, como lo es la traycion, en que sin este requisito se puede proceder despues de su muerte contra su fama ó bienes: ó antes de la contestacion, ó no estando presentes los litigantes, ó al ménos no siendo citados, pues basta que se les cite, aunque luego huyan ó no concurran: ó sin pleno conocimiento de causa, por-

(*a*) Bayo Prax. eccles. part. 3 lib. 1 cap. 21. Guerrier. de Division. lib. 8 cap. 3 n. 3. (*b*) Ley 22 tit. 22. P. 3. y sus glos. 3, 6 y 11. Salg. de Reg. protect. part. 2 cap. 13. n. 38. y Labyr. part. 3 cap. 1 n. 100. (*c*) Leyes 14 tit. 22, y 3 y 4 tit. 26 P. 3.

que en el Juez no reside autoridad para mudar la forma del juicio, ó si no tiene las palabras *condeno*, *absuelvo*, ú otras equivalentes, (*a*) ó si no se expresa la cosa ó cantidad cierta, á ménos que se remita á los autos, y conste en ellos: ó si la causa ó fundamento que mencjona en ella, es falso; bien que para que por esta razon no se alegue nulidad, es conveniente añadir: y *por lo demas que resulta de autos*: ó si en estos falta el poder y legitimacion de personas, ó quando excede de lo pedido ó no es sobre ello, ó lo que se pide es cosa genérica y la sentencia se da sobre cosa específica, ó es diversa en sí ó en la accion. (*b*)

454 Asimismo es nula la sentencia de los Jueces, sean ordinarios, delegados ó árbitros, pronunciada sin concurrencia de todos los comisionados para darla, aunque los ausentes envien á decir por escrito á los otros que la den, excepto que tengan para ello poder especial del que les confirió la comision, pero si concurren todos y discuerdan, se ha de estar á la pluralidad de votos: si la discordia es igual en número, no sirve la sentencia; y si unos condenan al reo en mayor cantidad que los otros, debe prevalecer el voto de estos como mas piadoso ó equitativo. (*c*)

455 Igualmente es nula la que el Juez lego pronuncia en pleyto intrincado y de gravedad sin consulta de Asesor letrado; mas no, si consiste en penas de ordenanza y denuncias, pues para darla sobre esto no necesita asesorarse: (*d*) la que se da por testigos, instrumentos ú otras pruebas falsas, ó por haber corrompido al Juez con dadivas, si se justifica que por el soborno juzgó iniquamente y no de otra manera; y en este caso puede recindirse dentro de 20 años, no despues, y el Juez incurre en la pena del triplo; y la que dió en virtud de juramento supletorio de una de las partes,

(*a*) Leyes 32 tit. 2, y 9, 10, 15 y 22 tit. 22 P. 3. Salgad. de Reg. prot. part. 3. cap. 9 n. 20. (*b*) Ley 10 tit. 22 P. 3. Salg. lug. cit. cap. 7 n. 225, cap. 8 n. 227, y cap. 9 n. 232. Perez de Ba[illegible] tit. 5 resolut. 10. n. 50. Pariad. diff. 70 nn. 10, 11 y 12. (*c*) L. 17 tit. 22 P. 3. (*d*) Acev. ley 7 tit. 28 lib. 4 R. n. 105. Bobad. lib. 3 Polit. cap. 8 n. 256.

siempre que la otra acredite con documentos legítimos que aquella se perjuró, y la certidumbre de su pretension. (a)

436 Y es nula finalmente la sentencia dada en una instancia ó en otra diversa contra otra definitiva de que no se apeló, la qual no puede revocarse ni rescindirse, aun quando lo consientan las partes, excepto que conste de su injusticia y se admita prueba sobre esta. Lo mismo propede, aunque se haya apelado, si la apelacion se declaró por desierta. Pero si litigan sobre si hubo ó no sentencia, el Juez declarase que no, y no apelaren, ó si apelan, se confirma la segunda, será ineficaz la primera. (b)

437 La nulidad notoria que consta evidentemente de los autos, como quando la sentencia es contra ley ó fuero, naturaleza ó buenas costumbres, ó falta alguno de los Jueces nombrados para darla, ó espiró el tiempo prefinido para ello, ó la condenacion excede de la pena de la ley, ó contiene error de parte del Juez ó falta la contestacion de la demanda, ó las partes no son citadas para darla, ó fue venal, que es quando se corrumpe al Juez con dádivas, ó quando se dió contra muerto, excepto en causa de traycion, ó la nulidad es por defecto de jurisdiccion; puede intentarse como perpetua en qualquier tiempo segun el derecho de las Partidas, (c) aunque no se haya apelado de la sentencia y se intente contra tres conformes; (d) y las demas nulidades se deben intentar dentro de los 60 dias siguientes al de la notificacion de aquella y no despues, procedase por via de accion ó excepcion. (e) Pero siguiendo el dictamen del Señor Covarrubias, (f) creo que todas deben intentarse dentro de los dichos 60 dias, porque la ley citada que es posterior á las de Partida,

(a) Leyes 13 y 24 tit. 22, y 1 y 2 tit. 26 P. 3. (b) Dicha ley 13 tit. 22. y su glos. 2. Ley 1 Cod. Quando provocare non est necesse. Cap. 9 de Sentent. & Re judicata. (c) Leyes 3, 4, y 5 tit. 26 P. 3. (d) Acev. ley 2 tit. 17 lib. 4 R. fin 22, 23, y 40. Gutier. lib. 1. Pract. q. 96. (e) Ley 2 cit. (f) Plac. cap. 23 n. 5. vers. Ego contrarium sentiebam.

habla indistinta y absolutamente, manda que despues de pasados no sean oidos mas el litigante, que si dixere en ello que es nula, y se diese sentencia sobre esto ninguna de las partes pueda alegar nulidad de esta sentencia, y si solamente apelar ó suplicar de ella, segun sea el Juez; y que de lo que se determine en estos grados ó instancias, tampoco haya ni se permita recurso de nulidad (a).

458 Si no se apeló de la sentencia, se ha de intentar su nulidad ante el mismo Juez de la causa, y si se apeló, ante su superior, caso que se apelase principalmente de ella y no por incidencia; pero si se apela solamente sobre el negocio, y se reserva el derecho de ventilar la nulidad ante el inferior, sin embargo de la apelacion se ha de tratar ante este; y lo mismo procede, quando se intenta contra la execucion de la sentencia, de lo qual trata el Señor Goyanubias. (b) (1)

459 La nulidad se ha de controvertir en contradictorio juicio con audiencia del colitigante, y mientras se ventila, no corre el término de apelar, si se in-

(a) Leyes 1. tit. 20. P. 3. y dicha ley 2. R. (b) Pract. cap. 24. nn. 7. y 8. y cap. 26.

(1) Puede intentarse principalmente la nulidad en el tribunal superior por via de queja sin preceder ninguna gestion ante el Juez que dió la sentencia, aunque tambien podrá pedirse ante este el recurso interpuesto de la nulidad de aquella, y concluyendo con la pretension de que para proponerla y mejorarla mas en forma en el tribunal superior se mande dar testimonio de la sentencia, y de dicha solicitud introducida en tiempo y forma. Además, es mucho mas conveniente á la parte interesada intentar la nulidad ante el Juez superior que ante el inferior, ya porque son muy raros los que conocen y quieren confesar sus yerros, y mucho mas su malicia, por lo qual no debe ponerse á un Juez en el apuro de que viole nuevamente la justicia desestimando la nulidad propuesta, y ya porque en el caso inesperado de que el Juez inferior declare la nulidad de su sentencia, puede la otra parte apelar de ella para el tribunal superior, como se dispone en la ley 2. de este tit. y lib. 4. y aunque se confirme en vista la sentencia dada por el inferior sobre la nulidad, tendrá lugar la suplica por la regla general que establece la ley 1. tit. 22. lib. 4. pues solo restringe su disposicion á prohibir, que no lo por el tribunal superior se confirman dos sentencias conformes dadas de grado en grado por Jueces inferiores. Sí. Conde de la Cañada Pract. part. 2. cap. 1. n. 21. y 23. y 24.

intentó ántes que este espirase, (a) lo qual es corriente en la práctica; y una vez interpuesta la nulidad dentro de los dichos 60 dias no pasa la sentencia en autoridad de cosa juzgada, aunque no se apele de ella, ó la apelacion se declare por desierta. (b) (1)

460 No puede intentarse nulidad de las sentencias dadas en el consejo, chancillerías y audiencias; ni suplicacion ni otro recurso de aquellas en que sus Ministros se declaran ó no por Jueces ni la nulidad impide su execucion, aunque se alegue incompetencia y defecto de jurisdiccion, conste aquella en el pleyto ó en qualquiera forma, y así se han de llevar á debido efecto; (c) ni tampoco puede intentarse nulidad de las sentencias de revista, (d) pero sí de las de los Alcaldes de Corte que tienen provincia y conocen de lo civil, pues á estos no se extiende lo dicho. (e)

461 En ninguno de los casos referidos en el número anterior tiene lugar el remedio de la restitucion, inténte le los menores y demas privilegiados, ó los mayores á quienes por causas justas la concede el derecho, por lo que no se deben volver á ver, suscitar, ni tratar con pretesto de nulidad, restitucion, ni otro los pleytos que se finalizaron con tales sentencias. (f)

462 En los casos de suplicacion ordinaria y en los de segunda segun la ley de Segovia si se alega nulidad de las sentencias precedentes, se ha de reservar su decision para quando se dé sobre el negocio princi-

(a) Dichas leyes. Paz tom. 3 part. 2 tratad. 12 n. 9 (b) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 1 § 1 n. 13 y dif. 78 lib. 3, 4 y 5.

(1) El Señor Conde de la Cañada es de sentir fundándose en varias leyes y solidas razones que el juicio de nulidad no debe impedir el curso de la apelacion ni suspender las facultades del Juez inferior en la causa principal, como opinan los autores; y asimismo propone manifiesto que lo mas conforme á las leyes del pleyto y lo mas conveniente para el público y los litigantes es que juntamente se propongan la nulidad y la apelacion como principales para que se conozcan y decidan á un tiempo mismo una y otra en el tribunal superior, por cuyo medio se evitarian muchas instancias y dilaciones. Diaz Pract. part. 2 cap. 1 desde el n. 40 hasta el fin.

(c) Leyes 4 tit. 5, y 4 y 11 tit. 17 lib. 4 R. (d) Leyes 3, 4 y 12 tit. 17 lib. 4 R. (e) Auto 13 tit. 6 lib. 2 R. (f) Dicha ley 11.

pal, no habiéndose ni formandose juicio separado sobre ella. (a)

463 Aunque es válida la sentencia dada contra el menor de 25 años en pleyto que sigue con asistencia de su curador, no habiendo ninguno de los motivos expresados para que dexe de serlo, no obstante, si fué leso en ella, hace constar la lesion, y la sentencia se dió durante su menor edad, puede él, ó su curador ó procurador en su nombre con especial mandato pedir restitucion por via de excepcion ante el propio Juez, á ante su superior, si se apeló de ella, dentro de los 25 años ó de los quatro siguientes. Esta restitucion se le debe conceder no mas de una vez en una causa, y ha de ventilarse con audiencia de su contrario, quien si quiere, puede gozar del término de la restitucion, y probar en él lo que le convenga igualmente que el menor, no pudiéndose hacer otra cosa entre tanto: de suerte que por la restitucion pedida en el tiempo y forma expuestos vuelve el pleyto á su principio abriéndose nuevamente el juicio. Pero no ha lugar á la restitucion, quando la sentencia se pronunció despues de su menor edad, aunque el pleyto se principiase dentro de esta, ni tampoco quando es nula ipsojure, porque en este caso, como no hay materia sobre que recaiga la restitucion, por no haber sentencia, se ha de intentar solamente la nulidad. (b)

464 Pueden decir tambien de nulidad la iglesia y concejo, quando no se les mandó nombrar defensor, ó no se les citó; mas no, si habiéndolos emplazado el Juez, no quisieron, el segundo enviar su Síndico, y la primera ó su Prelado comparecer en el juicio, (c) porque de permitirselo estaria en su mano burlarse del Juez, eludir el proceso, y nunca comparecerian á defenderse, por lo que les perjudicará la sentencia: lo qual no milita en el menor que no está provisto de curador, pues si teniendo edad para nombrarle, no quiere hacerlo, se

(a) Ley 4 cit. cerca del fin. tit. 17. (b) Leyes 1 2 y 3. tit. 25. P. 3. y 8 y 9. tit. 19. P. 6. (c) Greg. Lop. ley 1. tit. 25 P. 3 glos. 5.

puede nombrar el Juez, aunque lo resista, y con él se han de sustanciar los autos. (a)

465 Siendo lesos en la sentencia ó contrato la iglesia, comunidad ó concejo, deben pedir la restitucion dentro de los quatro años siguientes á su fecha, y si la lesion es enorme, les concede el derecho (b) 30 para ello. Los mismos concede al Rey como cabeza del comun del reyno, quando es leso; (c) pues el Rey puede poseer tres clases de bienes: unos como persona privada, otros que tocan y son perpetuamente de su Real patrimonio, y otros que recaen en su Real cámara ó fisco por condenaciones, ó por falta de parientes dentro del grado legal: los de las dos últimas clases que llaman fiscales, gozan del privilegio, pero por los de la primera ninguno mas le compete que á qualquiera persona privada. (d)

466 Si quieren gozar del beneficio de la restitucion por haberse prescripto aquellas cosas suyas que pueden perder por tiempo de 40 años, es preciso que le pidan dentro de quatro despues de estos, pues pasados no tiene lugar: (e) siendo de advertir, que las alcabalas, pechos y tributos Reales nunca prescriben, ni las cosas sagradas ni religiosas, ni tampoco las del uso comun de los pueblos como dehesas, exidos, caminos y otras semejantes. (f)

467 Regularmente hablando no perjudica á los que no fueron citados, la sentencia dada entre otros, (g) porque ninguno debe ser condenado por lo que no hace ni aprueba, (h) y asi el reconocimiento de la deuda, ó su pago hecho por uno de los herederos del difunto no daña á los coherederos que la niegan, sino es que el acreedor la pruebe por otro medio: (i) ni la

(a) Cap. fin. de Sede vacante. cap. 5. de In integrum restit. Gregor. Lop. lug. cit. (b) Ley fin. tit. 19. P. 6. (c) Dich. ley final. (d) Greg. Lopez ley 1 tit. 17. P. 2 glos. 4 y ley fin. cit. glos. 2 Carlev. de Judic. tit. 1 disp. 1 n. 701. (e) Ley 7. tit. 29 P. 3. (f) Leyes 6 y 7 tit. 29 cit. 1 y 2 tit. 15 lib. 4 2 tit. 13 lib. 6 y 1 tit. 18 lib. 9 R. (g) Ley 20 tit. 22. P. 3. (h) Regla 18 tit. 34 P. 7. (i) Ley 1 Cod. Res inter alios.

transacion hecha con uno perjudica al ausente, (a) ni el hermano á su hermano en lo que executa sin mandato suyo, (b) ni la dada contra uno, á su conjunto que no le mandó litigar, ni lo aprobó, ni se obligó á tenerla por firme: (c) ni la dada contra un legatario daña al colegatario que tiene igual derecho, y mucho ménos al heredero; (d) aunque por el contrario la que se pronuncia contra este que dixo ser inoficioso el testamento, dañará al legatario: (e) (1) ni en causa criminal la que se dió contra un reo, perjudica al correo; (f) y por lo mismo que no daña á los unos, tampoco aprovecha á los otros, y en otros casos semejantes; (g) de suerte que el tercero puede apelar de la sentencia dada entre otros en lo que toque, y se le debe admitir la apelacion, manifestando y aprobando al ménos sumariamente su derecho, y que se le causa perjuicio. (h) Asimismo no perjudica al coheredero la pronunciada contra el heredero, aunque sea sabedor del pleyto, pues uno de ellos puede ser condenado y el otro no. (i)

468 Dixe, regularmente hablando, porque esta regla padece sus limitaciones, y de consiguiente hay varios casos en que la sentencia dada contra unos daña ó aprovecha á otros, aunque no sean citados. El primero es, quando compete á uno primariamente alguna accion ó excepcion, y permite que el siguiente á quien toca secundariamente, litigue, y no lo protesta; pues la sentencia dada contra este perjudica al primero, porque se presume que lo hace con su consentimiento: (k) (2)

(a) Ley 2 sig. (b) Ley 3 sig. (c) Ley 1 Cod. Quibus res judicata. (d) Ley 1 ff. de Except. rei judicat. (e) Ley 8 § 16 ff. de Inoficios. testam.

(1) La sentencia en que se declare ser inoficioso el testamento, no puede perjudicar al legatario, puesto que segun las leyes patrias vale aquel sin institucion de heredero, ó aunque se tenga por nula la hecha.

(f) Ley 3 Cod. Quibus res judicata. (g) Ley 2 Cod. del mismo tit. (h) Ley 5 ff. de Appellation. y cap. 17 de Sentent. & re judicat. (i) Leyes 24 ff. de Inoffic. testam. y 13 Cod. del mismo tit. (k) Ley pen. ff. de Re judicat.

(2) „Quando el principal interesado que tiene la primera parte en

ó quando dos se constituyen deudores de mancomun de otro, ó se prometió á entrámbos alguna cosa, de manera que cada uno la pudiese demandar en el todo, en cuyo caso la sentencia á favor ó contra el uno aprovecha ó perjudica al otro. (a) El segundo es, en las causas connexas: v. gr. la sentencia dada contra el ordenado indignamente perjudica al ordenante. (b) El tercero es, en la cosa individua y comun á dos ó mas, en las servidumbres y cosas correlativas, pues si se da á favor de uno, aprovecha á los otros, ó por el contrario, porque la sentencia no puede ser válida en parte y en parte no. (c) El quarto, en la cosa comun con el pupilo, aunque no sea individua, pues quien posee con él algun fundo, retiene la servidumbre que se debe á este, aun quando no la use; (d) y así como contra el menor no corre la prescripcion, así tampoco contra el mayor que tiene comunidad con él en alguna finca, (e) Y el quinto caso es, quando la sentencia se da contra uno sobre cosa en que compete á muchos insolidum algun derecho como en las acciones populares. (f)

469 La execucion de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ó confirmada por tribunal supe-

la accion y derecho que se disputa, promueve, ó defiende la instancia, y es vencido en la sentencia que pasa en cosa juzgada, le obsta de lleno esta excepcion; pero igualmente trasciende á todos sus sucesores universales y particulares, y á qualquiera otro que traiga y derive su derecho de aquel principal que fue vencido. ,,Asimismo, quando se dan las sentencias ,,contra los que tienen un derecho secundario y accion mas remota en lo que se controvierte y defiende,, perjudica á los principales que tienen en lo mismo un derecho primario, siempre que estos sepan y toleren que se siga el pleyto con aquellos, y que el derecho primario de los unos proceda de los otros á quienes se permite litigar. Por tanto si un marido sufre que su suegro, suegra ó muger defienda en juicio alguna de las cosas dadas por razon de casamiento, le perjudicará la sentencia. Sr. Conde de la Cañada Instit. Pract. part. 1. cap. 12. nn. 39, 51, 54 y 56.

(a) Ley 20 tit. 22 P. 3. (b) Canon 3 quæst. 6. Canon Tantis Daniel, distinct. 81. (c) Ley 4 § 3 ff. Si servitus vindicetur. Cap. 72 de Appellation. (d) Ley 10 § 1 ff. Quemadmodum servitutes amitt.

(e) Cap. 12 de Sepult. (f) Ley 3 ff. de Popular action. Alrimari de Nullitat. sententiar. tom. 1 q. 27 n. 16. Otros varios casos traen las leyes 20 y 21 tit. 22 P. 3, y Greg. Lop. en sus glosas.

rior toca al Juez inferior que la pronunció, si es ordinario, quien siendo mueble ó raiz la cosa litigiosa, debe mandar entregarla á su dueño dentro de tercero dia, y siendo dinero, dentro de diez. (a) (1) Y si alguno tuviese la osadía de impedir dicha execucion con armas ó de otro modo violento, á mas de otras penas establecidas por derecho incurre en la de perdimiento de la mitad de sus bienes aplicada á la Real Cámara. (b)

470 Si el Juez que dió la sentencia, es Delegado del Papa ó algun otro Soberano, puede executarla por sí ó por otro; (c) y lo mismo ha de decirse, si lo es de Obispo ó de otro personage inferior, aunque hay variedad de opiniones sobre esto; (d) pues por el hecho de cometerse el conocimiento de una causa al Delegado se entiende serle cometidas todas las cosas que le pertenecen, sin las quales no puede quedar expedita y concluida, y así se ha de atender á las facultades de su comision. (e)

(a) Leyes 33 tit. 4 lib. 3 y 6 tit. 17 lib. 4. R.

(1) „Los plazos de diez dias para pagar la deuda de dineros, y los tres para entregar los bienes á que es condenado el reo, proceden por la regla comun de considerarse siempre necesarios para que pueda cómodamente cumplir los juicios; pero no impiden al Juzgador que le pueda prorogar los enunciados términos, concediéndole los que estime suficientes, consideradas todas las circunstancias de causas y personas. Porque si fuese crecida la cantidad de dineros que debe pagar el deudor, y pareciese al Juez que no podrá proporcionarla en el término de los diez dias sin experimentar grave daño, es justo y conveniente que le prorogue aquel término, haciéndo lo mismo quando no tiene á mano los bienes que ha de entregar, y necesita mas tiempo que el de tres dias para executar la entrega al dueño de ellos. Esto es lo que dispone la *ley 7 tit. 3 Part. 3.* la *5. tit. 27 de la misma Part....* „

„Esta práctica manifiesta.... que para prorogar los plazos de diez y de tres dias, señalados en las leyes citadas, se ha de instruir el Juez de las causas que se proponen, oyendo sobre ellas brevemente á los interesados, y tomando en su vista la oportuna providencia de prorogar los plazos, ó declarar no haber lugar á ello.„ Sr. Conde de la Cañada Instit. Pract. part. 2 cap. 13 nn. 8 y 12.

(b) Ley 8 tit. 17 lib. 4 R. (c) Cap. 9, 26 y 28 § 2 de Offic. delegat. Menoch. de Arbitr. lib. 1 q. 74 n. 48. (d) Reiff. lib. 1 tit. 29 de Offic. & potest. judic. delegat. § 2 nn. 45 y sig. y § 5 n. 110.

(e) Cap. 5 y 39 de Offic. delegat.

§. FINAL.

Del modo de extender las diligencias que ocurren en el juicio civil ordinario.

Demanda de reivindicacion.

471 F. en nombre de D. N. vecino de tal villa y en virtud de su poder, de que en debida forma presento copia testimoniada, ante V. como mejor proceda de dereho, y sin perjuicio de qualquiera otro que en el asunto que aquí se expresa, le competa, del qual protesto usar donde, contra quien y del modo que mas le convenga= digo: que por fallecimiento de D. P. padre de dicho Don N. recayeron en este como su hijo unico y varon legítimo todos los mayorazgos que poseia, entre los quales se comprehende el que fundó J. en tantos de tal mes y año ante tal Escribano, en cabeza de M. su sobrino y séptimo abuelo de mi parte, de tales casas, tales tierras, tales olivares, un molino con su batan en la ribera de tal rio y término de esta villa, y otros varios bienes raices situados en las de tal y tal, como consta de la escritura de fundacion, de que igualmente presento copia legalizada con la solemnidad necesaria: que habiendo quedado mi parte en la edad de ocho años tomó á su nombre posesion de todos los mayorazgos en fundaciones Doña G. su madre como su tutora, segun acredita el testimonio que asimismo presento, y como tal los estuvo administrando por medio de sus apoderados durante la citada menor edad; y que habiendo salido de ella mi parte, como evidencia la certificacion de bautismo legalizada que tambien presento, advirtió que no solo no habia percibido su madre las rentas de tales bienes, &c. sino que los estaban poseyendo pro indiviso F. vecino de esta villa y F. que lo es de la de tal, su hermano, á quienes reconvino mi parte extrajudicialmente mani-

festasen el titulo legítimo con que los poseian, ó le reconociesen por poseedor legal, pagando los frutos y rentas que produxeron desde la muerte de su padre, y no quisieron asentir ni á uno ni á otro, pretextando haberlos heredado y poseido sus mayores con títulos verdaderos de tiempo inmemorial: en cuya atencion, en la de que no pueden tener documento que califique haberse desmembrado legítima y justamente del mayorazgo, y los constituya dueños; y en la de que sin preceder facultad Real no debieron haberse vendido ni enagenado, por lo qual es corriente que compete á mi parte su reivindicacion; para que esta se consiga=A V. suplico se sirva haber por presentados el poder, fundacion, testimonio de posesion y partida referidos, y por lo que resulta de ellos, declarar que los expresados bienes han tocado y pertenecido, tocan y pertenecen en posesion y propiedad al dicho mayorazgo fundado por, &c. y al mencionado D. N. mi parte como su poseedor legítimo con todos sus frutos, rentas y aprovechamientos, condenando en su conseqüencia á los citados F. y F. como detentadores á que se los restituyan con todos los que produxeron no solo desde la muerte del padre de mi parte, de quien es único heredero, sino tambien en todo el tiempo que vivió, y en las costas de este pleyto, sobre lo qual y cada cosa les pongo demanda formal con la protesta de corregirla, suplirla y ampliarla, conforme haya lugar en justicia que pido jurando lo necesario.

Otrosí: mediante hallarse domiciliado el mencionado F. en tal villa=A V. suplico se sirva mandar expedir requisitoria de emplazamiento cometida á la Justicia de ella con término perentorio, para que se le haga saber en su persona esta demanda; y no pudiendo ser habido, á su muger, hijos, criados, ó vecinos inmediatos, dexándoles memoria por escrito con la competente expresion de ella y de la requisitoria que se expida, y poniéndolo todo por fé y diligencia á su continuacion, á fin de que le pare el perjuicio á que haya lugar: pido como ántes, Lic. D. F. &c.

Auto.

472 Hanse por presentados los documentos que se refieren: en quanto á lo principal traslado á F. y F y por lo respectivo al otrosí librese la requisitoria que se pide con término de quince dias perentorios. El Señor D. N. Alcalde mayor de esta villa de tal lo mandó á tantos de tal mes y año, &c.

Notificacion.

473 En tal villa á tantos de tal mes y año yo el Escribano notifiqué á F. vecino de ella en su persona el auto de traslado antecedente, de que quedó enterado: doy fé.=F. de tal.

Requisitoria para notificar la demanda.

474 Yo el Licenciado D. F. Abogado de los Reales Consejos y Alcalde mayor de esta villa de tal hago saber á los Señores Jueces de la de tal, ante quienes se presentare este despacho requisitorio y pidiere su cumplimiento, que en mi juzgado y por el oficio del presente Escribano D. F. vecino de tal lugar con presentacion de varios documentos dió un pedimento, cuyo tenor y el del auto que proveí á él, es el siguiente. (*Se insertan en párrafo aparte el pedimento y auto, y luego prosigue.*)

Concuerdan el pedimento y auto insertos con los originales que se hallan en el oficio del infrascripto Escribano juntamente con los documentos que se citan en ellos; y en conformidad de lo proveido expido el presente despacho, con el qual en nombre de S. M. cuya jurisdiccion exerzo, exôrto y requiero á dichos Señores Jueces, y por mi parte les pido y encargo que presentándosele qualquiera persona en nombre del mencionado Don N. sin pedirle poder ni otro recado alguno le manden aceptar y cumplir, y en su consequencia que

qualquiera Escribano de S. M. haga saber á F. de tal uno de los reconvenidos en el pedimento, el expresado auto para que dentro de los quince dias siguientes al de su notificacion que por tres términos y el último perentorio le prefino, comparezca por sí ó por su Procurador con suficiente poder ante mí y en dicho oficio á decir y alegar lo que convenga á su derecho; pues le oiré y guardaré justicia en lo que la tuviere, apercibiéndole que si pasare dicho término sin haber compadecido, procederé á substanciar y determinar la causa conforme á derecho sin le citar ni emplazar mas, y los actos y diligencias que ocurran en su curso, se harán y notificarán por su ausencia y rebeldía en los estrados de mi audiencia, y le pararán el mismo perjuicio que si se notificasen personalmente. En caso de no hallarse en esta villa ó no poder ser habido el citado F. se dexará memoria con relacion del contenido de este despacho á su muger, hijos, criados ó vecinos mas cercanos, para que se le participen y no alegue ignorancia, poniendo por diligencia el dia y la persona á quien se entregó; y evaquado le devolverán con los originales que en su virtud se practiquen, á la persona que le presente, para que se me entregue, y en su vista haga justicia; que en hacerlo así la administrarán dichos Señores Jueces, y yo corresponderé en observancia de ella siempre que se me presenten sus despachos. Dado en tal parte á tantos, &c. Lic. D. F. = Por su mandado = F.

Auto dando cumplimiento á la requisitoria.

475 Sin perjuicio de la Real jurisdiccion que su mrd. exerce, cúmplase en todo la requisitoria precedente, y en su conseqüencia practique el presente Escribano ú otro de este juzgado las diligencias que previene. El Señor D. F. &c.

476 Este auto se notifica al sugeto con quien habla, y pasados los tres dias contados desde el dia de su notificacion exclusive, si no pidiere retencion del des-

pacho, se pone el auto de remision y devolucion diciendo: "Mediante estar evacuadas las diligencias prevenidas en el despacho anterior entréguese con ellas á la parte que le presentó, para que le devuelva al juzgado de donde se expidió. El Señor Don F. &c." Si pide que se le entregue por tener que excepcionar contra él, se le entrega, y de lo que exponga se comunica traslado al demandante: este se evaqua, y de su respuesta se dá tambien traslado al demandado, quien concluye: el Juez ha por concluso el incidente, llama los autos, y en vista de lo alegado por ámbos, ó declara no haber lugar á la retencion del despacho, mandando se entregue á la parte que le presentó, y que el emplazado acuda ante el Juez requiriente á usar de su derecho; ó se declara por Juez legítimo para el conocimiento de la causa principal en virtud de las excepciones y motivos que alegó el emplazado, y manda que el demandante use en su juzgado del derecho que le competa, reteniéndose á este efecto en él el despacho; de cuyos autos se puede apelar y la apelacion se sigue en la forma regular. Pero aunque la requisitoria contenga la cláusula puesta en el núm. 114, si el que la presenta no es el mismo interesado, y se suscita el incidente sobre su retencion, no se le debe tener por parte para seguirle sin poder suyo, porque con la requisitoria solamente se le autoriza para practicar las diligencias conducentes á su cumplimiento, no para otra cosa ni incidente que ocurra. Y si el emplazado es personage, debe preceder recado político á la notificacion ó citacion, y expresarse en el auto, porque la urbanidad no se opone á la justicia; y aunque el auto no lo exprese, debe darle al Escribano.

477 Si los despachos requisitorios se dirigen á Galicia, ó á otra provincia donde hay Virey, debe decirse: "Yo el Lic. Don F. &c. hago saber al Excelentísimo Señor Virey y Capitan General del reyno, de &c. Presidente de su Real Audiencia, á los Señores Regente y Oidores de ella, y á todos los Corregidores, Gobernadores, Alcaldes Mayores, Ordinarios y demas Jueces

de dicho reyno ante quienes se presentare esta mi requisitoria, &c.» Si son para Navarra, han de hablar con el Virey y Capitan General de su reyno, su Lugar Teniente, y con los muy ilustres del Consejo y Chancilleria del mismo reyno, y demas Jueces, &c. Si para Cataluña, con el Excelentísimo Señor Gobernador y Capitan General de su principado, y Presidente de su Real Audiencia que reside en la Ciudad de Barcelona, y con los Señores Regente y Oidores de ella, Corregidores, Gobernadores, y demas Jueces, &c.; y lo mismo yendo á otra ciudad donde haya Gobernador y Capitan General, y no Virey, sea de esta peninsula, ó de las Indias, si para el principado de Asturias, con el Señor Regente y Oidores de su Real Audiencia: si para Sevilla, con el Regente y Oidores de su Real Audiencia, su Asistente y demas Jueces, &c.

478 Si el demandado ocurre por Procurador á mostrarse parte en los autos, ha de presentar este poder, porque de no hacerlo ni se le tendrá por tal en ellos, ni se mandará que se le entreguen hasta que le presente, y así se pone este auto. »Presentando esta parte poder suficiente se le ha por tal en los autos, y hecha la presentacion entréguensele por el término ordinario.» De ellos debe dexar conocimiento ó recibo en el oficio para su resguardo y poderle apremiar á su vuelta. Si forma artículo de no contestar dentro del término legal y se desprecia, (pues pocos se ganan absolutamente se debe poner este auto. »Sin embargo de lo expuesto y alegado, y del artículo introducido por F. notifiquesele que dentro de tercer dia conteste á la demanda puesta por F. en tal, con apercibimiento de que pasado sin haberlo hecho se declarará por contestada, y se procederá á lo demas que haya lugar. Con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c." Si ha espirado el término de contestar, se ha de poner este. "No há lugar al artículo introducido por parte de F. se declara por contestada la demanda, y se reciben estos autos á prueba por término de tantos dias comunes á las partes, á quienes se ha de hacer saber. Con vista de

autos lo mandó, &c. Si contesta, da pedimento en la forma siguiente.

Pedimento de contestacion.

479 F. en nombre de F. y F. hermanos, y en virtud de poder suyo que tengo presentado, en los autos con D. N. vecino de tal villa sobre el dominio de tales bienes que dice pertenecer al mayorazgo que posee y fundó F. y haberse segregado de él indebidamente; usando del traslado que se me comunicó de su demanda, y respondiendo á ella=digo: que sin embargo de quanto expone y resulta de los documentos con que la acompaña, V. se ha de servir en justicia no solo desestimarla y absolver á mis partes sino tambien imponer perpetuo silencio á la contraria y condenarla en las costas de este pleyto; pues así debe hacerse por lo que aquí se expondrá, y por los documentos que han de presentarse. (*Se exponen los fundamentos en que se afianza la pretension, y se producen los documentos que haya de pronto, y prosigue el pedimento.*) Por todo lo qual y por lo demas que se justificará á su debido tiempo, como protesto.=A V. suplico se sirva haber por presentados dichos testimonios, (*ó lo que sea*) y en su vista proveer, como he pretendido, y es justicia que pido jurando lo necesario.

Auto.

480 Por presentados los documentos que se expresan: traslado á la otra parte. El Señor Don F. &c.

481 Este auto se notifica al demandante, quien en su vista toma los autos, y si quiere, replica contra las excepciones perentorias que oponga el demandado, y sino, concluye para los efectos á que haya lugar, que es para prueba, segun el estado del pleyto. Puede poner la conclusion á continuacion del mismo auto, segun se practica en esta corte, y sino, por pedimento como el siguiente.

Pedimento de conclusion.

482 F. en nombre de D. N. en los autos con F. y F. sobre la propiedad de varios bienes pertenecientes al mayorazgo que posee y fundó F. ante V. como mas haya lugar = digo: que de la demanda de mi parte se comunicó traslado á las otras, y habiendola estas contestado se me ha hecho saber su contestacion; y para que no se retarde el curso de este pleyto, mediante ser por su naturaleza ordinario y deber recibirse á prueba, desde luego negando y contradiciendo quanto se expone en contrario, y afirmándome en lo dicho por la mia, concluyo para los efectos á que haya lugar, cesante qualquiera novedad. En esta atencion = A. V. suplico se sirva haber estos autos por conclusos legitimamente, y proveer lo que corresponda en justicia que pido.

Auto.

483 Hánse por conclusos estos autos quanto ha lugar en derecho, y traiganse citadas las partes para proveer lo conveniente. El Señor D. F. &c.

484 Este auto se debe hacer saber á las partes, para que les conste que el pleyto se halla concluso, y que el Juez ha llamado los autos para proveer segun su estado y naturaleza lo que corresponda; pero en esta corte como la conclusion se pone á continuacion del auto de traslado, se omite poner otro auto habiendo el pleyto por concluso, y solo se cita con la conclusion á la otra parte ó partes; acerca de lo qual véase lo explicado en los números 414 y 416, pues en el modo de substanciar se deberá seguir el estilo del tribunal del juicio que no sea opuesto á derecho. Dentro de seis dias á lo mas segun la ley despues de la citacion con la conclusion ó en la primera audiencia, segun quiera el Juez, y se acostumbre en su juzgado, ha de recibir el pleyto á prueba por medio de auto, el qual se debe hacer

saber á los litigantes para que hagan la que les convengan. Si el reo no contesta la demanda, ni pide los autos, le ha de acusar el actor la rebeldía, y pedir que el Juez la haya por acusada y el pleyto por concluso; á lo que ha de deferir, ó mandar se le vuelva á notificar en los términos expresados en el número 133. Y si no obstante la acusacion los pide debe mandar que sin embargo de ella y de su estado se le entreguen por el término ordinario, y luego á su tiempo recibirlos á prueba. El auto y las probanzas se extienden en la forma siguiente.

Auto de prueba.

485 Recíbese este pleyto á prueba con término de tantos dias comunes á las partes, y hágaseles saber. Con vista de autos lo mandó el Señor D. F. &c.

486 Quando el demandado no compareció, y el demandante le acusa la rebeldía, pidiendo que los autos se hayan por conclusos y se substancien en estrados, se pone este auto. »Por acusada la rebeldía: recíbese este pleyto á prueba con término de tantos dias comunes á las partes, á quienes se ha de hacer saber; y mediante no haber comparecido la de F. demandado, en su ausencia y rebeldía se notifiquen y hagan en los estrados de la audiencia de su mrd. los autos y diligencias que ocurran. Con vista de ellos lo mandó el Señor, &c." Las notificaciones se extienden así.

Notificaciones.

487 En tal parte, tal dia, mes y año yo el Escribano notifiqué el auto precedente á F. demandante en su persona, y por la ausencia y rebeldía de F. demandado publiqué el mismo auto en los estrados de la audiencia del Señor Juez que le ha proveido. Doy fé=F.

Interrogatorio.

488 Los testigos que se presentaren por parte de Don N. en el pleyto que se sigue con F. y F. sobre la propiedad de varios bienes pertenecientes á su mayorazgo, serán exâminados al tenor de las preguntas siguientes.

Primeramente serán preguntados por el conocimiento de las partes, noticia de este pleyto y demas generales de la ley: digan y den razon, &c.

Mas, si saben, han visto ú oido y tienen entendido que, &c.

Mas, de público y notorio, pública voz y fama, y comun opinion: digan, &c.

Pedimento presentado el interrogatorio.

489 F. en nombre de Don N. vecino de tal parte, en los autos con F. y F. sobre la propiedad de tales bienes=digo: que estos autos se recibieron á prueba por el proveido en tantos de este mes con término de tantos dias comunes á las partes, y para la que intenta hacer la mia, presento interrogatorio: en cuya atencion=A V. suplico se sirva haberle por presentado, y mandar que á su tenor y con citacion contraria se exâminen los testigos que mi parte presente, á cuyos dichos protesto estar solo en lo favorable, y que en caso de excusarse á deponer lo que sepan, sean apremiados á ello, dando para todo comision á qualquiera Escribano de S. M. como es de justicia que pido.

Otrosí: mediante que algunos de los testigos de que mi parte intenta valerse, se hallan en tal pueblo=A V. suplico se sirva expedir requisitoria á sus Justicias, para que ante Escribano y en forma los exâminen al tenor de dicho interrogatorio que se insertará en ella, dándoles comision á este efecto y para que procedan con apremio en lo que sea necesario, y mandando que se cite con la requisitoria á las otras partes para que pre-

sencien su juramento, si quieren: pido como ántes.

Otrosí: atento á que por las partes contrarias se redarguyó de falsa civilmente la copia de la fundacion del mayorazgo que posee la mia, y presenté con su demanda = A V. suplico se sirva mandar que con igual citacion se compruebe con su protocolo que está en el oficio de F. Escribano del Número de esta villa, para que no se dude de su contenido.

Otrosí = A V. suplico se sirva mandar que con la propia citacion se compulsen por dicho Escribano tal y tal instrumento que paran en sus protocolos, librando á este fin el correspondiente compulsorio.

Otrosí: respecto estar para espirar el término por que este pleyto se recibió á prueba = A V. suplico se sirva prorogarle hasta los ochenta dias de la ley, y mandar se haga saber la próroga á las partes.

Auto.

490 En órden á lo principal y primer otrosí, se ha por presentado el interrogatorio en quanto es pertinente: á su tenor y con citacion contraria exâmine el presente Escribano, á quien se da comision, los testigos que esta parte presentare en este juzgado, y para los residentes en tal pueblo se libre la requisitoria que se solicita. Tocante al segundo otrosí, compruebe el mismo con la propia citacion la escritura de fundacion que se expresa, á cuyo fin se requiera á F. Escribano de este Número ponga de manifiesto el protocolo en que se halla. En quanto al tercero, expídase el compulsorio competente para el efecto que se pretende; y por lo respectivo al último otrosí, se proroga el término de prueba hasta los ochenta dias de la ley: hágase saber. El Señor Don F. &c.

Citacion y notificaciones.

491 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano cité con el auto anterior para los efectos que

expresa en lo principal y tres otrosies del pedimento á que fué provcido, á F. Procurador de F. y F. haciéndole saber, como tambien á F. que lo es de D. N. á cada uno en su persona, la próroga del término probatorio concedida en el mismo auto y solicitada en el último otrosí; y el expresado F. dixo que para conocer y ver juramentar los testigos que por parte de D. N. se presentaren, se le señalasen dias y horas, pues quiere hallarse presente: doy fé.

Señalamiento de dias y horas para presentar testigos.

492 Incontinente yo el Escribano mediante la respuesta daba á la citacion que precede, señalé para juramentar los testigos que por parte de Don N. se presenten, las horas desde tal á tal de la mañana, y desde tal á tal de la tarde, en tal parage, desde hoy dia de la fecha, cuyo señalamiento hice saber al citado F. Procurador de F. y F. como tambien á F. que lo es del expresado D. N. en sus personas, y quedaron enterados: doy fé.

Requerimiento para la presentacion de testigos.

493 En tal dia á tantos de tal mes y año yo el Escribano requerí en persona á F. Procurador de D. F. presente los testigos de que pretenda valerse para la probanza que intenta hacer, y enterado, dixo, está pronto á su presentacion desde mañana á las horas señaladas: doy fé.

Recepcion del juramento de testigos en presencia de las partes.

494 En tal parte, tal dia, mes y año F. Procurador de D. N. en consequencia del requerimiento que precede, y para la probanza que su parte pretende hacer en este pleyto, presento por testigos á F. de tal, de tal exercicio, que expresó vivia en tal parte, á F. de tal

oficio que dixo vivir en tal; y de ambos yo el Escribano en presencia de las partes, usando de la facultad que se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz que hicieron con sus manos derechas, como se requiere, y baxo de él prometieron decir verdad quando sean examinados, y lo que supiesen por ambas partes sobre el hecho ó hechos litigiosos, aunque sobre ellos no sean preguntados, sin añadir, quitar, ocultar, ni tergiversar cosa alguna sino lo cierto como cierto y lo dudoso como dudoso, segun lo sepan y entiendan: y lo firmaron ambos juntos con F. Procurador de las otras partes: doy fé.

495 Si la parte contraria responde al tiempo de la citacion que quiere que el Juez juramente á los testigos, debe dar pedimento, y el Juez ha de hacer el señalamiento por auto que se notifica á los litigantes, y entónces el Escribano en la recepcion del juramento ha de decir que el Juez se le recibió ante él, y no que él se le recibe, debiendo rubricar la diligencia el mismo Juez, y firmarla tambien la parte, si está presente, para que no alegue que no la presenció, excepto que no sepa firmar, en cuyo caso se expresará que no sabe.

Requisitoria para hacer probanza.

496 Yo el Licenciado Don F. &c. hago saber á los Señores Corregidores, Asistentes Gobernadores, Alcaldes Mayores, Ordinarios y demas Ministros de Justicia así de la ciudad de tal como de todas las demas ciudades, villas, y lugares de estos reynos y señoríos, (1) ante quienes se presentare esta mi requisitoria, y se pidiere su cumplimiento, que en mi juzgado y por ante el

(1) En la cabeza de una requisitoria no deben nombrarse mas Jueces que aquellos á quienes se dirige, esto es, los del pueblo en donde han de practicarse las diligencias expresadas en la misma requisitoria, pues hay tanta necesidad de nombrar á los demas del reyno, como al Gran Visir, al Chiaoux-Baschi, á los Bailesbleres y á los Cadis de Turquía.

presente Escribano del Numero se siguen autos á instancia de D. N. contra F. y F. vecinos de, &c. sobre la reivindicacion y propiedad de tales bienes, (*ó lo que sea*) los quales autos tuvieron principio en tal dia por demanda que presentó con varios documentos la parte del citado Don N. en la que haciendo expresion de tal y tal cosa, concluyó con la pretension de, &c. (*se expresará la introducida*) de cuya demanda comuniqué traslado a los demandados, quienes la contestaron; y conclusos los autos, por el que pronuncié en tal dia, los recibí á prueba por tantos comunes á las partes; y la del expresado Don N. pidió prórroga hasta los ochenta de la ley, presentando al mismo tiempo interrogatorio y solicitando que á su tenor se exâminasen los testigos que produxese, y que respecto existir en esa ciudad algunos de que intentaba valerse, expidiese requisitória para su exámen, á la qual solicitud deferí en auto de tal dia, cuyo tenor, el del de prueba, sus notificaciones, demanda é interrogatorio es el siguiente. (*Se inserta separadamente y por su orden todo lo relacionado, y luego prosigue la requisitoria*) Y para que tenga efecto mi último proveido, y lo solicitado por el dicho Don F. expido la presente requisitoria, por la que en nombre de S. M. cuya jurisdiccion exerzo, exhorto y requiero á los referidos Señores Jueces, y de mi parte les pido y encargo que presentándose qualquiera persona á nombre del expresado Don N. sin pedirle poder ni otro documento la manden cumplir, y en su consequencia mediante estár citada la parte de los referidos F. y F. que ante Escribano y en forma reciban juramento de todas las personas que como testigos presente la de dicho Don N. dentro del término de prueba que cumplirá en tal dia: que precedida su solemnidad las exâminen con separacion, preguntándoles al tenor de cada una de las preguntas del interrogatorio inserto, haciendo que den razon de sus dichos, de modo que no resulte confusion, y procediendo con apremio en lo que fuere necesario; y que evacuadas las manden entregar originales con esta mi

requisitoria, cerradas y selladas á la persona que la presente, para que se me entreguen y provea en su vista lo que corresponda en justicia; pues en hacerlo así la administrarán, y yo corresponderé en iguales términos, siempre que se me presenten las suyas. Fecha en tal parte á tantos de tal mes y año: Licenciado D. F. = Por su mandado = F.

Exámen de un testigo.

497 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano en virtud de la comision que se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho del que dixo llamarse F. ser vecino de tal lugar, y de tal oficio, testigo presentado por parte de Don N. para la probanza que intenta hacer en el pleyto que sigue contra F. y F. sobre tal cosa, el qual le hizo como se requiere, y báxo de él prometió decir con verdad, y lisa y llanamente todo quanto sepa y sea preguntado de los hechos de este pleyto por ámbas partes, aunque sobre ello no sea preguntado; y habiéndole exâminado al tenor de las preguntas del interrogatorio presentado en estos autos y de cada una de ellas separacion, respondió lo siguiente.

A la primera dixo que conoce á las personas litigantes, *(á saber á F.)* que tiene noticia de este pleyto, *(ó no la tiene)* que no es pariente, amigo, ni enemigo de ninguno, ni ha sido intimidado, corrompido, ni sobornado para que oculte la verdad, y diga mentira, *(ó que es pariente en tal grado de quien la presenta, ó de entrambos litigantes, pero que no por eso dexará de decir la verdad)* que no tiene interes en este pleyto, ni desea que le gane sino quien tenga justicia: que no le tocan las demas generales de la ley de que le instruí, y que es de tantos años poco mas ó ménos.

A la segunda dixo que sabe tal cosa por tal razon.

A la tercera dixo que ignora su contenido.

A la última dixo que lo que dexa declarado, es público y notorio, pública voz y fama en tal parte, y

que todo es la verdad baxo del juramento hecho en que se afirma y ratifica, y lo firma: (*á no lo firma, porque dixo no saber*) de todo lo qual doy fé.

Pedimento para que se nombren intérpretes, con quienes se evacuen declaraciones de testigos extrangeros.

498 F. en nombre de D. F. en los autos con F. y F. sobre tal cosa=digo: que habiéndose recibido este pleyto á prueba, para la que mi parte intenta hacer, presenté interrogatorio, á cuyo tenor se mandaron exâminar los testigos que presentase, de los quales dos llamados F. y F. son Alemanes, y por no entender su idioma el Escribano comisionado, ni ellos el castellano, no los ha exâminado: en cuya atencion para que mi parte no quede indefensa, ni dexe de acreditar su justicia por esta causa=A V. suplico se sirva nombrar dos intérpretes que entiendan y hablen ámbos idiomas, por medio de los quales, precedida su aceptacion y juramento, sean exâminados ante dicho Escribano los referidos testigos.

Auto.

499 Para el efecto que se expresa, se nombran por intérpretes á F. y F. de nacion Alemana: notifiquéseles acepten este nombramiento y juren evacuar fielmente el encargo que por él se les hace, y hecho, procedase á exâminar á F. y F. segun se pretende. El Señor D. F. lo mandó, &c.

Aceptacion de los intérpretes.

500 En tal parte á tantos, &c. yo el Escribano notifiqué el auto antecedente y nombramiento que incluye, á F. y F. de nacion Alemanes, y enterados dixeron: le aceptan y juran por Dios nuestro Señor y una señal de cruz que hicieron con sus manos derechas, desempeñar bien y fielmente el cargo de intérpretes, á

cuyo fin estan prontos á concurrir al exámen y declaraciones que han de hacer F. y F. de la misma nacion: esto respondieron y lo firman: doy fé.

Exámen de un testigo con asistencia de intérpretes.

501 En tal parte, &c. á conseqüencia de lo que se manda en el auto precedente, y á continuacion de la probanza que en estos prétende hacer F. presentó por testigo á F. de tal exercicio y de nacion Aleman, para cuyo exámen, por no hablar el idioma castellano, estan nombrados por intérpretes F. y F. de la propia nacion, quienes baxo de juramento que tienen hecho ante mí, aseguraron usar bien y fielmente dicho cargo, y para su desempeño estando presente con ellos el citado F. yo el Escribano formé la señal de la cruz con mi mano derecha, y la misma formaron los intérpretes é hicieron formar al testigo, y les dixe le preguntasen, si juraba por Dios y por la cruz decir la verdad lisa y llana de todo quanto supiese por ámbas partes acerca de los hechos del pleyto, sobre que era presentado por testigo, aunque sobre ellos no fuese preguntado; y habiéndole hablado en su idioma, dixeron que se lo habian preguntado, y respondia que así lo juraba: en cuya atencion se procedió á exâminarle el tenor del interrogatorio producido, en la forma siguiente:

A la primera pregunta que léi á los intérpretes, y estos refirieron al testigo, dixeron: respondia que conoce á los litigantes y tiene noticia de este pleyto: que de ninguno de ellos es amigo, ni enemigo, ni le tocan las demas generales de la ley, &c. y que es de tantos años de edad.

A la segunda que les léi y refirieron en igual forma á dicho testigo, respondieron: decia que sabe tal y tal cosa, y por tal y tal razon, &c.

A la última que tambien les léi y le refirieron dixeron: respondia tal y tal cosa, y que todo lo que habia declarado era lo que sabia, y la verdad en que se afirmaba y ratificaba baxo del referido juramento, lo qual firma con los intérpretes que aseguraron baxo del que

tienen hecho, que todo lo que consta en esta declaracion, es lo mismo que ha depuesto el testigo, sin añadir, quitar, ni tergiversal cosa alguna; de todo lo qual doy fé.

502 Muchas veces se reciben informaciones de testigos sin citacion de partes por alguno de los motivos expuestos en los nn. 101, 102 y 103, antes de principiar el pleyto ó de contestar la demanda; y para que aprovechen al sugeto, á cuya instancia se recibieron, pretende que en el término de prueba se ratifique con citacion contraria y su ratificacion se extiende de esta suerte.

Ratificacion de testigos.

503 En tal parte, &c. Yo el Escribano en virtud de la comision que se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor, &c. de Pedro de tal, vecino de tal parte, de tal oficio, uno de los testigos que depusieron en la informacion presentada en estos autos y recibida á instancia de F. y habiendo jurado, como se requiere, prometió decir verdad, &c. y habiéndole leido la declaracion que hizo tal dia ante F. Escribano, y se halla en tal pieza de los autos á tal folio, enterado de ella, dixo: que su contenido es lo que depuso entónces con toda verdad, sin que se le ofrezca añadir, quitar, ni enmendar cosa alguna, y en ello se afirma y ratifica, y lo firma, expresando no comprenderle las generales de la ley de que le instruí, y que es de tantos años de edad, de que doy fé.=*Si el testigo tuviere que añadir, quitar ó enmendar alguna cosa*, dirá: que el contenido de la citada declaracion es lo mismo que depuso, y ahora declara y añade tal cosa (*lo que sea*) de que no se acordó entónces; y en quanto á tal cosa dice que aunque en dicha declaracion depuso esto, (*lo que sea*) padeció equivocacion en tal y tal especie, pues lo que pasó fué tal y tal cosa, y en lo demas da por subsistente su primera declaracion, en la qual, y en lo que ahora expresa de nuevo y la corrige, se afirma y ratifica, y lo firma, &c.

504 Como á veces no se pueden ratificar en el término de prueba todos los testigos que se exâminaron ántes, á causa de haber muerto ó estar ausentes algunos en parages remotos, y la parte que los presentó, quiere valerse de sus dichos, porque convienen á su defensa, y por haberse exâminado sin citacion de la contraria no le perjudican; para que por esta causa no dexen de producir el debido efecto, ha de pretender que con la referida citacion se le reciba informacion de abono de los testigos muertos y ausentes, y el Juez ha de deferir á su solicitud. Las diligencias se practican en la forma siguiente.

Pedimento para que se reciba informacion de abono de un testigo.

505 F. en nombre de F. en los autos con F. sobre tal cosa=digo: que para la prueba intentada por mi parte pedí y se mandó que los testigos que depusieron á su instancia sin citacion contraria en una informacion que se halla en estos autos, se ratificasen con ella, á lo qual se defirió en tantos de tal mes; y habiendo pasado el Escribano que entiende en la probanza, á su ratificacion, ha sabido que Pedro de tal uno de ellos ha muerto, (ó se ausentó de este pueblo y no se sabe su paradero) segun acreditan las diligencias hachas en su busca, ó la certificacion de su entierro que presento: en cuya atencion y para que dicha deposicion no sea inútil, ni mi parte quede indefensa=A V. suplico se sirva mandar recibir con dicha citacion informacion de abono que ofrezco del expresado Pedro, dando para ello comision á dicho Escribano, &c.

Auto.

506 Por lo que resulta de las diligencias practicadas en busca de Pedro de tal, recíbase á esta parte con citacion de la otra la informacion que ofrece, por el Escribano que entiende en las de estos autos, á quien para

ello se da comision en forma. El Señor Don F. &c.

Declaracion de un testigo de abono.

507 En tal parte yo el Escribano en virtud de la comision que por el auto precedente se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de Francisco de tal, testigo presentado por parte de F. para la informacion de abono que tiene ofrecida, y se le ha mandado dar, el qual le hizo como se requiere, prometiendo baxo de él decir la verdad en todo lo que supiese sobre lo que fuere preguntado, y siéndolo por mí al tenor del pedimento que la motiva= dixo: que conoció de vista, trato y comunicacion á Pedro de tal, que le tuvo siempre por buen Christiano, temeroso de Dios y hombre ingenuo, que por tal ha estado reputado en este pueblo, sin que nunca haya oido el declarante cosa en contrario, que en esta atencion tiene por cierto que en la declaracion que hizo tal dia á instancia de dicho F. depondria la verdad, y que por lo mismo se le debe dar entera fe: que le consta que el expresado Pedro falleció tal dia, porque asistió á su entierro, ó vió su cadáver; (*ó que se ausentó de este pueblo en tal tiempo, y se ignora su paradero, ó lo que sea*) y finalmente que todo lo que dexa declarado, es la verdad baxo del juramento que tiene hecho, en que se afirma y ratifica, y lo firma, expresando ser de tantos años de edad, de que doy fe.

508 Estos testigos de abono son diferentes de los que se presentan para abonar ó afianzar á una persona y sus bienes para alguna administracion, tesorería ó cosa semejante, los quales son verdaderamente fiadores; y asi en sus deposiciones han de decir que saben, y les consta que F. que les presenta es sugeto de notorio arraygo y abono en aquel pueblo: que tiene tales bienes que valdrán tanta cantidad en venta, y que no estan afectos ni gravados con carga alguna, ó con mas carga que tal, (*la que sea*) y en el caso que no valgan, ó que lo esten, los abonan los testigos con los suyos presentes y

futuros, obligándolos expresamente á la seguridad, fianza y responsabilidad de tal cosa, queriendo ser compelidos en via executiva y con todo rigor de derecho á la satisfaccion de lo que por dicha causa resulte deber el citado F. y para la que no alcancen sus bienes, á cuyo efecto se constituyen sus fiadores y abonadores simples en forma legal.

Mandamiento compulsorio.

509 Yo el Lic. D. F. Alcalde Mayor de esta villa de tal, &c. F. Escribano del Número de esta villa, siendo requerido con este mandamiento por parte de N. y hallándose en su poder y oficio los protocolos de escrituras que pasaron ante F. su antecesor, le dará á su continuacion copia íntegra de una carta de pago, (*ó lo que sea*) que ante él parece otorgó F. en tal dia, mes y año, la qual quiere y necesita para presentarla en el pleyto que sigue con F. ante mí y el presente Escribano sobre tal cosa; y lo ha de cumplir mediante estar citada la otra parte: (ó precediendo citacion con él á la otra parte) fecho en tal villa, á tantos, &c. Lic. F.= Por su mandado= Fulano.

510 Este mandamiento se entrega á la parte para que le ponga en poder del Escribano con quien habla, el qual á su continuacion hasta concluir el pliego, y luego en el papel sellado correspondiente, segun sea la clase del instrumento ó cosa que ha de compulsar ó metiendo dentro del mismo pliego algunos comunes, si cabe en ellos, extenderá el testimonio ó copia que se pide, en la forma siguiente.

Forma de extender el testimonio ó copia que previene el mandamiento.

511 En virtud de lo que ordena el mandamiento anterior, yo F. Escribano del Número de esta villa, sucesor en el oficio que exerció F. doy fe que al folio tantos del registro de escrituras que parece pasaron ante él en tal año, se halla una, cuyo tenor es el siguiente: (*se in-*

serta á la letra, y se pone el concuerda regular) Si se hubiese de dar testimonio en relacion de algun pleyto, dirá: doy fe que ante tal Juez y en mi oficio se siguen autos, (*ó se han seguido*) á instancia de F. contra N. de esta vecindad sobre tal cosa, los quales tuvieron principio en tal dia, por pedimento que con tales documentos presentó el mismo F. haciendo relacion de tal y tal cosa, y concluyendo con tal pretension: de ella se comunicó traslado á N. quien solicitó tal cosa, y puestos los autos en estado se recibieron á prueba por tanto término que se prorogó hasta los ochenta dias de la ley, dentro de los que hizo cada litigante la que estimó convenirle con testigos é instrumentos; y hecha publicacion de probanzas alegaron de su justicia; y conclusos los autos para difinitiva se dió en ellos sentencia cuyo literal tenor con el de tal y tal cosa (*lo que pida la parte*) es el siguiente: (*Se insertará todo, y luego proseguirá.*) Lo relacionado resulta mas difusamente de los autos, y lo inserto concuerda con lo que se halla en ellos, á que me remito; y todo queda en mi poder y oficio, y en cumplimiento de lo mandado en el compulsorio que precede, lo signo y firmo en tal parte, &c.

Pedimento presentando una escritura para su comprobacion.

512 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa=digo: que por el proveido en tantos de tal mes se recibieron á prueba por tantos dias comunes á las partes, y para hacer ver la justicia que asiste á la mia, presento un traslado de tal escritura que en tal dia otorgó P. ante M. Escribano: en cuya atencion=A V. suplico se sirva haberle por presentado, y mandar que con citacion contraria, para que no se dude de su legitimidad y veracidad, le compruebe el Escribano de estas diligencias con su protocolo que está en el oficio que exerce F. al qual se requiera le exhiba y ponga de manifiesto.

Auto.

513 Compruebe el Escribano que entiende en estas diligencias, con citacion de la parte contraria la escritura que esta presenta en la conformidad que solicita, á cuyo efecto F. Escribano hallándose en su poder el protocolo de ella, le exhiba. El S. D. F. &c.

Citacion.

514 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano cité en persona con el auto precedente á D. para el efecto que en él se refiere, y dixo está pronto á concurrir al cotejo ó comprobacion, señalándosele dia y hora: doy fe, (*Se le señalará dia y hora, y pondrá el señalamiento y notificacion con él.*)

Cotejo ó comprobacion de la escritura.

515 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano estando presente D. uno de los litigantes en este pleyto, requerí á F. Escribano que me exhibiese el protocolo de la Escritura que se manda comprobar, y con efecto me exhibió uno en pergamino de las que parece pasaron ante F. su antecesor en tal año, con tantas fojas que al fin está signado y firmado por él; y en la pagina tantas se halla la que refiere el pedimento, y habiendo tomado el protocolo yo el Escribano, y el traslado producido el mencionado D. y leido este por él, y yo atendido por aquel, advertimos estar bien y fielmente sacado dicho traslado sin defecto alguno, ó que en tal foja, plana primera, ó á su vuelta, en tal linea donde dice tal cosa, debe decir tal, segun el contexto del mismo protocolo, con el que está conforme en todo lo demas; y para que conste, lo pongo por diligencia que con dicho D. firmo, de lo qual doy fé.

Pedimento presentando papeles para que una de las partes los reconozca.

516 F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa=digo: que estos autos se han recibido á prueba por el de tantos, y para la que conduce á mi parte, presento dos cartas firmadas por B. padre de la contraria en tales dias de tal mes y año: en cuya atencion= A V. suplico se sirva haberlas por presentadas y mandar que el citado N. las reconozca baxo de juramento, declarando si las firmas puestas á su final son de propio puño y letra de su padre, y las que acostumbra hacer, á lo qual se le apremie en caso necesario; pues evacuado que esto sea, protesto pedir lo que convenga á mi parte en justicia que es la que solicito.

Auto.

517 Por presentadas las cartas que se expresan: N. las reconozca, segun se pretende, ante el Escribano que entiende en las diligencias de estos autos, apremiándosele á ello en caso necesario, y hecho, pida esta parte lo que le convenga. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Declaracion acerca del reconocimiento de las cartas.

518 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano usando de la comision que se me ha conferido en el auto precedente, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de N. mencionado en él, quien le hizo como se requiere prometiendo decir verdad, y habiéndole manifestado las cartas presentadas por parte de F. con fecha de tal y tal dia, vistas y reconocidas=dixo: que aunque parece que las firmas que contienen y dicen B. *de tal*, son semejantes á las que su difunto padre acostumbraba hacer, no puede afirmar, si son ó no de propio puño de este, por no haberselas visto echar, ni menos

tiene noticia del contenido de las cartas en que se hallan. Esto es todo lo que asegura poder declarar con verdad baxo de dicho juramento, en que se afirma y ratifica, firmándolo y expresando ser de tantos años de edad poco mas ó ménos, de que doy fé.

Pedimento nombrando peritos para hacer cotejo de firmas.

519 F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa=digo: que para la prueba que mi parte intenta hacer, presenté dos cartas escritas y firmadas por B. padre de la contraria, pretendiendo que las reconociese, y declarase, si las firmas que estan á sus finales, eran del referido su padre, á lo qual se defirió; y habiéndoselas manifestado el Escribano de estas diligencias, no contestó afirmativa sino ambiguamente sobre su certeza; por lo que á fin de desvanecer toda duda de que son suyas, para su comprobacion nombro por mi parte á F. Maestro de primeras letras en esta villa: en cuya atencion=A V. suplico se sirva haberle por nombrado, mandando que la otra dentro de un breve y perentorio término que se le prefina; nombre otro perito por la suya, ó se conforme con el nombrado, y pasado se elija de oficio á su costa; como tambien que ámbos peritos baxo de juramento y con la citacion correspondiente haga el cotejo de las citadas firmas, á cuyo efecto el presente Escribano les ponga de manifiesto tal y tal escritura otorgadas por el mencionado B. difunto que se hallan en su protocolo.

Auto.

520 Para el cotejo y comprobacion que el pedimento refiere, se ha por nombrado por esta parte á F. Maestro de primeras letras: notifiquese á la otra que dentro de tercero dia perentorio nombre otro perito por sí, ó se conforme con el propuesto, con apercibimiento de que pasado se nombrará de oficio á su costa; y hecho, evacuen ámbos peritos baxo de juramento con la citacion correspondiente el cotejo que se solicita, ante el presente

Escribano, á cuyo fin hallándose en su poder las escrituras que se mencionan, se las manifiesta, como se pretende. El Señor Don F. &c.

Diligencia del cotejo y declaracion de los peritos.

521 En tal parte tal dia mes y año yo el Escribano recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de F. y F. Maestros de primeras letras en esta villa, quienes le hicieron como se requiere, prometiendo baxo de él decir verdad, y habiéndoles manifestado las dos cartas presentadas en estos autos por F. y asimismo tal y tal escritura otorgadas ante mí en tal año por B. difunto= dixeron: que han visto y exâminado con toda atencion y cuidado así las firmas de las cartas como las de las dos escrituras: que segun sus caractéres, ayre de la letra, firmeza de pulso, y otras señales que advirtieron en unas y otras, y en sus rúbricas, son hechas todas por un propio puño, en lo qual no les queda ninguna duda; y que esto es lo que pueden declarar segun su inteligencia y las reglas de su arte, y la verdad baxo de dicho juramento, en que se afirman y ratifican, firmándolo y expresando ser el F. de tantos años, y el F. de tantos poco mas ó menos de que doy fe.

522 Si se quisiere poner ántes de la declaracion la aceptacion del nombramiento y tambien el juramento, podrá ha hacerse reiterándolo en la declaracion, porque esto en nada altera la diligencia: previniendo que se ha de preguntar á todo perito la edad que tiene, y ha de ponerse, excepto que esten diputados públicamente para serlo, pues entónces no es necesario, ni tampoco que hagan juramento, si al tiempo de su ingreso y admision le hicieron, como es regular.

Requerimiento á las partes para que presenten mas testigos, si los tuvieren.

523 En tal parte á tantos, &c. yo el Escribano me-

diante estar para espirar el término porque se recibieron estos autos á prueba, requerí á F. que si tenia mas testigos con que ampliar su probanza, los presentase ante mí para su exámen; y enterado dixo: que por ahora no quiere presentar mas, y que si lo tuviese por conveniente, los presentará ántes que espire el término: doy fe.

Pedimento para la publicacion de probanza.

524 F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa= digo: que el término con que se recibieron á prueba, y mucho mas se ha pasado, por lo que= A V. suplico se sirva hacer en ellos publicacion de probanzas por el término de la ley, para que las partes aleguen de su derecho y justicia.

Auto.

525 Traslado á la otra parte. El Señor D. F. &c.

Notificacion.

526 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano leí y notifiqué en persona el auto precedente á F. Procurador de F. doy fé.

Pedimento acusando la rebeldia é insistiendo en que se haga la publicacion.

527 F. en nombre de F. en los autos con F. sobre tal cosa= digo: que habiendo espirado término de prueba concedido en ellos, pretendí se hiciese publicacion de probanzas, de cuya solicitud se comunicó traslado á la parte contraria, la qual sin embargo de habérsele notificado y ser pasado el término en que debió responder á él, no lo ha hecho, por lo que le acuso la rebeldía, y= A V. suplico, se sirva haberla por acusada y deferir á la publicacion pretendida.

Auto.

528 Por acusada la rebeldía: hácese en este pleyto publicacion de probanzas por el témino de la ley, y hagase saber á las partes. El Señor D. F. &c.

Pedimento de tachas y abono de testigos.

529 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa=digo: que de las probanzas hechas en ellos por las partes se hizo publicacion en tal dia; y mediante á que los testigos de que mi parte se valió, son fidedignos, sin vicio ni defecto alguno, y los presentados por la contraria á mas de no hacer prueba, como expondré á su tiempo, padecen varios defectos y tachas legales, por las que deben ser despreciados sus dichos; para acreditarlas conviene al derecho de la mia que con citacion de la otra se le reciba informacion al tenor de los capitulos siguientes.

Si saben que Pedro es enemigo capital del referido N. mi parte por tal y tal causa, &c.

Si saben que Juan se perjuró en tal pleyto que F. siguió contra P. en tal año, ante tal Juez y Escribano; y que por este delito se le impuso tal pena, &c.

Si saben, &c.

Y para que á sus dichos y deposiciones no se les dé en juicio ningun credito= A V. suplico se sirva admitir y estimar por legítimas las tachas y defectos que contienen las referidas preguntas: recibir esta causa á prueba de ellas por el término que estime competente con arreglo á la ley, y mandar que los testigos que depusieren acerca de su contenido y otros de que mi parte se valga, abonen los que esta presentó en su prueba principal, declarando con juramento, como son personas timoratas y fidedignas, y que por tales han estado siempre y estan reputadas entre todos, sin que jamas hayan oido cosa en contrario; y juro en forma de derecho no poner de malicia las referidas tachas, ni por

infamar á los sugetos mencionados en ellas, sino solamente por convenir á la defensa de mi parte y á su justicia que pido.

Auto primero.

530 Traslado á la otra parte. El Señor D. F. Corregidor, &c. lo mandó en tal parte, &c.

Auto de admision y prueba de tachas, y abono de testigos.

531 Sin embargo de lo expuesto por parte de D. se admiten quanto ha lugar en derecho las tachas propuestas á sus testigos por la de N. y se reciben á prueba por tantos dias comunes á entrámbos litigantes, á quienes se cite y haga saber este auto, el qual sea asimismo para que en el propio término abone tambien el citado N. los suyos, apremiando, si fuere necesario á aquellos de que intente valerse, á que depongan lo que sepan acerca de los particulares del pedimento, para todo lo qual se da comision al Escribano de estas diligencias y alguacil de este juzgado. Con vista de autos lo mandó el Señor D. F. Corregidor, &c.

532 Este auto se debe notificar á entrámbas partes, á la una para que pruebe las tachas que opone á los testigos de la contraria, y abone los suyos; y á la otra para que abone tambien los suyos tachados, justificando la falsedad de las tachas propuestas; y si quisiere, puede tachar tambien á los de la contraria en caso de que tengan algunas, proponiéndolas en forma. Si las tachas se proponen en interrogatorio, como se puede hacer, se habrá por presentado, y de él y del pedimento se ha de conferir traslado. Los testigos que se presenten, deben ser idoneos y fidedignos, y han de hacérseles las preguntas generales de la ley, edad, oficio y vecindad como á los del negocio principal, aunque en el pedimento ó interrogario no se exprese; pues sin embargo de que la ley no lo manda, es conveniente para que ha-

gan plena fe y no se dude de su idoneidad ni de la verdad de sus deposiciones.

Pedimento pretendiendo ampliacion del término de prueba por via de restitucion.

533 F. curador de pleyto de N. en los autos con D. sobre tal cosa= digo: que habiendo espirado el término porque estos autos se recibieron á prueba, se hizo en ellos publicacion de probanzas en tal dia, y por no haber tenido noticia de algunos testigos que conducen á su defensa, (*ó por el motivo que haya*) no los presenté; en cuya atencion y en la de que al referido N. por ser menor, compete el beneficio de la restitucion contra el lapso del término= A V. suplico se sirva concedérsela y en su consequencia ampliar el término ordinario, porque este pleyto se recibió á prueba, por tantos dias que son su mitad, para que en ellos pueda justificar lo que omitió por la razon expuesta; pues así es justicia que pido, jurando en forma de derecho no pedir de malicia el referido término sino por convenir á la defensa de mi menor.

Auto.

534 Mediante constar en estos autos la menor edad de N. y competirle por ella el beneficio de la restitucion se amplia el término por que se recibieron á prueba, por tantos dias perentorios comunes á ámbas partes, mitad del probatorio concedido anteriormente con denegacion de otro: hágaseles saber para que justifiquen en ellos lo que les convenga con la correspondiente citacion por ante el Escribano de estas diligencias. Con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c.

Pedimento recusando al Juez inferior.

535 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa= digo: que estos autos se hallan conclusos y en estado de determinarse; y mediante á que, hablan-

do con la judicial modestia, tengo á V. por sospechoso, desde luego usando de la accion que me compete, le recuso para su determinacion, y de consiguiente= Á V. suplico se sirva haberse por recusado y acompañarse con otro Juez, (*si le hubiere en el pueblo*) ó con Abogado de ciencia y conciencia, mandando se me haga saber su nombramiento, pues de lo contrario protesto la nulidad; y juro en forma de derecho no hacer con malicia esta recusacion sino únicamente por convenir á la defensa de mi parte y su justicia que es la que pido.

Auto de recusacion.

536 Hase por recusado su mrd. para la determinacion de esta causa, (*ó para lo que sea*) y nombra por su acompañado al Licenciado D. F. Abogado de los Reales Consejos vecino de esta villa, al qual, precediendo la notificacion á las partes para los efectos á que haya lugar, se notifique, acepte este nombramiento y jure en la forma ordinaria, (*si fuere Juez el nombrado, se omitirá el juramento*) para lo que se da comision á qualquiera Escribano de S. M. El Señor D. F. Corregidor de esta villa de tal lo mandó, &c.

537 Este nombramiento se hace saber ante todas cosas á las partes, por si quieren recusar al acompañado, y si no dixesen nada dentro de los tres dias siguientes al de su notificacion, se procede á notificarle al acompañado, cuya diligencia se estiende en la forma siguiente.

Notificacion, aceptacion y juramento del acompañado.

538 En tal villa á tantos de tal mes y año yo el Escribano notifiqué en persona el autó precedente al Licenciado Don F. Abogado de los Reales Consejos mencionado en él, y enterado=dixo: que acepta el nombramiento de compañero que incluye, y jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho que evacuará legalmente su encargo, procediendo con rectitud en la determinacion de los autos citados en el

escrito que motivó dicho nombramiento. Esto respondió y firmó: doy fé.

539 Sobre la recusacion de los Escribanos originarios y de diligencias se ha explicado en los nn. 413, &c. y 416 lo que se debe practicar, y por ser cosa muy fácil, se omite extender las diligencias concernientes á ella.

Sentencia definitiva absolviendo al demandado.

540 En tal parte á tantos de tal mes y año el señor Don F. Corregidor de ella, habiendo visto los autos seguidos por parte de D. y de N. sobre tal cosa= dixo: que mediante haber probado bien y cumplidamente el citado N. las excepciones que propuso, le absuelve de la demanda que presentó contra él el mencionado D. imponiendo á este perpetuo silencio para que nunca pueda suscitarla. Por esta su sentencia juzgando definitivamente así lo pronunció, mandó y firmó.

Sentencia definitiva condenando al demandado.

541 En tal parte á tantos de tal mes y año el señor Don F. Corregidor de ella, habiendo visto los autos seguidos por N. contra D. sobre tal cosa = dixo: que sin embargo de lo expuesto, alegado y excepcionado por el citado D. le debia condenar y condena con apercibimiento de execucion á que dentro de tantos dias siguientes dé ó pague al referido F. los tantos reales que solicitó en su demanda; y por esta sentencia juzgando difinitivamente así lo pronunció, mandó y firmó.

Otra sentencia.

542 Dixo: debia declarar y declara que los bienes expresados en la demanda sobre que se ha seguido este pleyto, tocan y pertenecen al mayorazgo que fundó B. y posee el referido N. á cuya consequencia manda se le ponga incontinente en posesion de ellos, librándose pa-

ra ello el mandamiento competente, y condena al citado D. á que los dexe libres y desembarazados, y á la restitucion de todos los frutos producidos y que debieron producir desde la contestacion de la demanda, los quales, precedida su liquidacion por el presente Escribano, ha de pagar dentro de nueve dias con apercibimiento de execucion, como tambien las costas procesales causadas y que se causen hasta el efectivo reintegro, en que igualmente le condena; y para la averiguacion de su importe pasen los autos al Tasador general. Por esta su sentencia juzgando difinitivamente así lo pronunció, &c.

543 Estas sentencias se han extendido segun el estilo de esta corte, y las firma el Juez y autoriza el Escribano, por lo que no hay pronunciamiento. En otros juzgados las firma el Juez solo, por cuya razon se pone á presencia de testigos su pronunciamiento separado que firma el Escribano, y en seguida se notifica á las partes; pero como nada se altera en la substancia, se observará la práctica que haya en cada juzgado.

Pedimento de apelacion.

544 F. en los autos con D. sobre tal cosa= digo: que por la sentencia pronunciada en ellos se manda á mi parte que pague ó haga tal cosa; y mediante á que dicha sentencia, hablando con la judicial modestia, le es gravosa y perjudicial, apelo de ella para ante quien puedo y debo hacerlo segun derecho: en cuya atencion= A V. suplico se sirva admitirme dicha apelacion lisa y llanamente en ámbos efectos, y para el de mejorarla mandar se me entreguen los autos, (*ó se me dé el competente testimonio*) pues así es justicia que pido, &c.

Auto.

545 Admítese á esta parte la apelacion que interpone, quanto ha lugar en derecho, y para el efecto que expresa, entréguensele los autos por el término ordina-

rio, (*ó désele el testimonio que pide.*) El señor Don, &c. lo mandó á tantos de tal mes y año.

546 Admitiéndose la apelacion en ámbos efectos no hay inconveniente en mandar entregar los autos; pero si se admite tan solo en el devolutivo, como sucede en la via executiva, se debe denegar la entrega, porque de hacerse se priva al que obtuvo en la sentencia, de pretender la execucion de esta.

Pedimento para que se declare por desierta la apelacion.

547 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa=digo: que de la sentencia dada por V. en ellos interpuso apelacion el citado D. la qual se le admitió, y sin embargo de haber pasado el termino en que debió mejorarla, no lo ha hecho, ni ha requerido con el despacho correspondiente: en cuya atencion=A V. suplico se sirva declarar por desierta la apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la referida sentencia, mandando se lleve á su debida execucion conforme á justicia que pido.

Auto.

548 Notifíquese á la otra parte con apercibimiento que dentro de tantos dias haga constar haber mejorado la apelacion que interpuso. El señor Don F. &c.

549 Este auto se notifica al apelante, y si no requiere con la mejora en el término prefinido, se le acusan dos rebeldías insistiendo en la pretension primera: el Juez las ha por acusadas, y le concede segundo y tercer término, despues de los quales da otro pedimento el vencedor acusándole tercera rebeldía: llama el Juez los autos con citacion de las partes y citadas con él, pasados tres dias, defiere á su solicitud, como se expuso en el n. 444, proveyendo el siguiente

Auto de declaracion.

550 Mediante no haber mejorado la parte de F. la

apelacion que interpuso de la sentencia difinitiva pronunciada en estos autos en tal dia, sin embargo de los términos que se le han concedido para ello, declárase por desierta dicha apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la expresada sentencia, á cuya consequencia llévese á debida execucion. Con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c.

551 Si la parte condenada no apela de la providencia en el término legal ante el Juez que la pronunció, ó no requiere con mejora ó despacho del de alzadas ó del tribunal superior, á quien toca el conocimiento en grado de apelacion; debe dar pedimento la otra, acusándole una rebeldía, haciendo relacion de la providencia y del dia en que se le hizo saber, y pretendiendo se declare por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. A este pedimento debe el Juez proveer en los términos expresados en el n. 444, y se ha de practicar lo que allí se dixo. El pedimento y auto se extienden en la forma siguiente.

Pedimento para que se declare una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.

552 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa=digo: que habiéndolos V. visto dió en tal dia sentencia difinitiva condenando al expresado D. en tal cosa, la qual se le hizo saber en tal dia; y sin embargo de haber pasado el término de apelar y mucho mas no lo ha hecho; en cuya atencion le acuso la rebeldía, y= Á V. suplico se sirva haberla por acusada, y en su consequencia declarar dicha sentencia por consentida por la otra parte y por pasada en autoridad de cosa juzgada, mandando se lleve á debida execucion, y que se dé á mi parte el competente testimonio que le sirva de executoria para resguardo de su derecho y justicia que pido.= A este pedimento se dice: *por acusada la rebeldía: autos citadas las partes*, &c. y pasados los tres dias despues de la última citacion se provee el auto siguiente; ó puede el Juez llamarlos solamente, y en la próxima audiencia

hacer la declaracion sin citar á las partes, como se ha sentado en el n. 442, porque no tiene para qué citarlas.

Auto declarando una providencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.

553 Mediante no haber apelado la parte de D. de la sentencia dada en tal dia, por la qual se le condenó á tal cosa, ni expuesto cosa alguna acerca de ella, y haber pasado el término en que lo debió practicar, y mucho mas, se declara por consentida y por pasada en autoridad de cosa juzgada, condenándole á que esté y pase por su tenor sin contravenir á él en manera alguna baxo de tal pena aplicada para la Cámara de S. M. Dese á esta parte el testimonio que pide. Con vista de autos lo mandó el Sr. D. F. (*Este auto se hace saber á ámbos litigantes.*)

554 Siendo en parte absolutoria y en parte condenatoria la sentencia ó auto pronunciado, si uno de los litigantes pide se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, se deferirá á ello condenando á entrámbos á su observancia; y si uno de ellos apeló, y luego se arrepiente y desiste de la apelacion interpuesta, como puede hacerlo con consentimiento de su contrario, se debe dar traslado á este del desistimiento, y conformándose con él, se le habrá por conformado y se declarará la providencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, segun se expresa en el auto anterior.

555 Si el apelante obtiene Real provision para la remision de autos por compulsa y para emplazar á la parte contraria, se pone este auto: "Habiendo visto el Sr. Don, &c. Corregidor de esta villa la Real provision que precede, la tomó en sus manos, besó y puso sobre su cabeza, y dixo: que la obedecia con el debido respeto como carta de su Soberano mandando se guarde, cumpla y execute, como se ordena en ella, y lo firmó en esta villa de tal á tantos, &c." —A continuacion de este auto se saca y pone la compulsa: concluida se cita y emplaza al contrario, para que recurra al tribunal superior:

luego se cierra y sella la compulsa, y se entrega al apelante para que la presente en la escribanía de Cámara por donde se libró el despacho, á fin de seguir la causa en grado de apelacion; y en los autos originales se pone fé ó nota del dia en que se entregó la compulsa y á quien con relacion del despacho y Escribano que le refrendó, ó copia de él.

556 Todos los pedimentos, autos interlocutorios, citaciones, notificaciones y otras diligencias que ocurren en el juicio ordinario, se han de escribir en papel del sello quarto mayor: las probanzas é informaciones judiciales en el del sello segundo el primero y último pliego, y los del intermedio comun; pero si fueren de nobleza ó limpieza en qualesquiera concejos, chancillerías y comunidades por estatuto, en papel del sello mayor el primero y último pliego, y en el intermedio comun; y los autos de aprobacion ó reprobacion de estas pruebas en el del sello segundo: las requisitorias de emplazamiento y demas en papel del sello tercero: las sentencias difinitivas en el del segundo; y las compulsas de autos que se remiten en apelacion, en el propio sello segundo el primero y último pliego, y en el intermedio comun. Y si las partes fueren pobres mandadas defender por tales, ó gozan del privilegio de que en sus causas y negocios se actue en papel de pobres, todo se escribirá en el del sello de estos.

CAPITULO II.

Del juicio executivo hasta la sentencia de remate y su execucion.

§. I.

Qué es juicio executivo, y qué cosas traen aparejada execucion.

1 El juicio executivo es un juicio sumario introducido en favor de los acreedores, para que sin experimentar los dispendios ni dilaciones de la via ordinaria, ni las molestias ni vexaciones de los deudores morosos, cuyo número es muy considerable, consiguiesen brevemente el cobro de sus créditos, sin distraerse del desempeño de sus deberes respecto á sus empleos, oficios ó familias. (*a*) Mas por otra parte aunque el juicio executivo tiene tanta eficacia, si no se sabe seguir, se convierte fácilmente en ordinario, y si no se usa de él en tiempo, se pierde el derecho de executar que se prescribe por cierto término. Así pues, para instruir perfectamente al Escribano principiante en la teórica y práctica de dicho juicio, en cuya substanciacion se padece mucha ignorancia, explicaré metódicamente en los §§ de este capítulo lo que me han enseñado el estudio de las leyes y AA. de la mejor nota, y he visto practicar en los tribunales Reales, superiores é inferiores de esta corte.

2 Traen regularmente aparejada execucion en estos reynos de Castilla las diez cosas siguientes: la sentencia que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada: la executoria dada por tribunal superior competente, sea confirmando ó revocando la sentencia del Juez inferior: (*b*) la confesion de la deuda hecha en juicio y el juramento decisorio del pleyto: (*c*) los conocimien-

(*a*) Ley 2 tit. 21 lib. 4 R. Rodrig. Suar. in leg. Post. rem judicat. in declarat. leg. Regn. limit. 4 n. 7. (*b*) Leyes 3 y 6 tit. 17 lib. 4. R. y el tit. 27 de la P. 3. (*c*) Ley 5 tit. 21 lib. 4 R. Pariad. lib. 2 cap. ult. part. 1 §§ 3 y 4.

tos, vales y papeles simples despues de reconocidos con juramento por quien los hizo, ante Juez competente, ó de su órden por escrito ante alguacil y Escribano, ó ante este solamente, aunque no se exprese en ellos el dia, mes y año en que se hicieron: (a) el instrumento público y auténtico que hacen fé: (b) la liquidacion ó instrumento simple líquido en cantidad, daños é intereses siendo reconocido y consentida por la parte con la solemnidad dicha: (c) los libros y cuentas extrajudiciales hechas por las partes ó por los contadores que eligen, si ellas las reconocen y consienten en juicio, segun queda dicho, ó en instrumento público: (d) el rescripto, cédula ó provision del Soberano que no reconoce superior en lo temporal, y los privilegios Reales: (e) los juros, libranzas y situaciones que da el Rey, ó quien tiene facultad para darlas en su nombre contra sus Tesoreros, Cobradores, Administradores y Arrendadores de la Real hacienda; (f) y en fin los pareceres conformes de los contadores. (g)

3 La sentencia del Juez ordinario pasada en autoridad de cosa juzgada, como dada en juicio contradictorio con audiencia de los litigantes y consentida por estos expresamente, ó con su tácita anuencia por no haber apelado de ella, ó no haber mejorado la apelacion, y declarádose esta por desierta; no solo trae aparejada execucion en lo expreso sino tambien en lo que contiene tácitamente, aunque despues conste que es injusta. (h)

4 Igualmente la trae la sentencia de los árbitros de derecho (que nada mas son que unos Jueces delegados) y la de los arbitradores y componedores ami-

(a) Leyes 119 tit. 18 P. 3, y 5 y 6 tit. 21 lib. 4 cit. Parlador. lug. cit. § 5 nn. 7, 17 y 20. (b) Leyes 1 y 2 tit. 21 lib. 4 R. Parlad. lug. cit. § 11. Tocante al auténtico veáse el cap. 1 n. 311. (c) Covar. lib. 2 Var. cap. 11. Carlev. de Judic. tit. 3 disp. 5, 8 y 15. Vela dis. 24. (d) Parlad. lug. cit. § 6. Escob. de Ratiocin. cap. 10, 11 y 12. Garcia de Expens. cap. 10 n. 22. (e) Leyes 39, &c. y 32 tit. 18 P. 3. (f) Leyes 14 tit. 7 y 9 tit. 16 lib. 9 R. (g) Ley 24 y auto 1 tit. 21 lib. 4 R. (h) Leyes 19 tit. 22, y 1 y 2 tit. 27 P. 3. Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 9 n. 151.

gables, señálese ó no pena en el compromiso, y sean dos ó mas, ó uno solo el compromisario, siendo dada en el término prefinido en él por los Jueces electos y sobre lo comprometido, sin exceder ni faltar, presentándose con ella signada de Escribano público el compromiso, y no habiéndose apelado ni pedido reduccion á alvedrío de buen varon: lo qual procede tambien en la del tercero en discordia, (a) Y se debe executar por el Juez ordinario y no por ellos, puesto que carecen de jurisdiccion y solo tienen una mera nocion ó conocimiento, (b) por lo que quando estan entendiendo en algun negocio, si se ofreciese hacer prueba fuera del territorio, han de acudir las partes al Juez ordinario de él, para que libre á este efecto sus despachos; y si dentro de su jurisdicion, para que se haga ante él. Asimismo la reduccion se ha de pedir ante el referido Juez y dentro del término prefinido para apelar, y no pidiéndose ni apelando pasa en autoridad de cosa juzgada. (c)

5 Se ha de executar sin embargo de apelacion la sentencia sobre dote y alimentos en caso de ser pobre la parte á cuyo favor se dió, (1) ó sobre jornales ó estipendios por paga de trabajo: (d) la que consiste en pena de ordenanza y no excede de 10@ maravedis: (e) la dada sobre sepultar algun difunto, proveer de tutor á los menores, y recoger frutos, quando de dife-

(a) Leyes 4 tit. 21 lib. 4 R. y últ. tit. 4 P. 3. Rodrig. de Execut. cap. y art. 1. Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 1 § 2 nn. 10 y 16, y diff. 43 § 2 n. 3. (b) Cur. Philip. lib. 2. Comer. tes. cap. 24 n. 29. (c) Covar. lib. 2. Var. cap. 12 n. 2. Avend. in cap. Corrector. part. 1 cap. 1.

(1) "Esto procede no solo en las (sentencias) que despues de un sesio y maduro exámen del juicio salen con el nombre de difinitivas, sino tambien en aquellas que se proveen como interlocutorias, fundadas en las pruebas y presunciones de la calidad del que litiga, y de su buen derecho, bastando una sumaria instruccion que incline el ánimo del Juez á concebir recomendables las circunstancias en que se funde la obligacion de dar alimentos al litigante, sin que haya diferencia entre los que piden alimentos como hijos y descendientes, y por oficio del Juez, y los extraños que los solicitan por via de accion." Señor Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 2 cap. 11 n. 60.

(d) Acev. ley 9 tit. 15 lib. 4 R. núm. 38. Carlev. tit. 1 disp. 6. (e) Ley 6 tit. 18 lib. 4 R.

rir su recoleccion, puede seguirse perjuicio; pues en estos casos solo tiene efecto devolutivo, á ménos que sea notoriamente injusta. (a) Lo mismo procede en la de los árbitros y arbitradores, dándose previamente las fianzas expresadas en la L. P. (b) aunque se pida reduccion á alvedrio de buen varon, ó se intente otro recurso; y lo propio milita en las transacciones hechas ante Escribano. (c) Ademas, la de los árbitros, si se consiente ó no se contradice en el término legal que son 10 dias, se ha de executar sin fianzas. (d)

6 Tambien se ha de executar sin embargo de apelacion la que confirma y aprueba los pareceres conformes de los contadores, nómbrense por las partes, ó de oficio en rebeldía de alguna que habiéndosele notificado en persona nombrase por sí, no quiso hacerlo, dando primero la fianza prevenida en dicho cap. núm. 180 la parte que obtuvo la confirmacion, (e) quien debe pedir ante todas cosas que se execute, que en su conseqüencia se le aposesione y entreguen los bienes que se le aplican, y que hecho use la contraria de su derecho como le convenga formando artículo sobre ello. En los propios términos se ha de executar el parecer del tercero en discordia de los contadores que esté conforme con uno de ellos, y se apruebe ó confirme por el Juez, en tres casos: el primero quando le nombraron los mismos interesados, segun lo dispone la ley 24 tit. 21 lib. 4 R. cuyas son estas palabras: "Mandamos que en lo que se conformaren los contadores nombrados por las partes, siendo confirmado por sentencia del Juez que de la causa conociere, la tal sentencia se execute sin embargo de apelacion;" mas no, siéndolo por el Juez ó por los mismos contadores en virtud de facultad para nombrarle, porque no hay contumacia y la ley no lo dice: el segundo, quando en la comision para liquidar se mandó executar el parecer unánime de los

(a) Ley 6 cit. y en ella Acev. n. 11. (b) Cap. 19 n. 17. (c) Ley 4 tit. 21 lib. 4 R. Salg. de Reg. prot. cap. 13. Covar. lib. 2. Var. cap. 12. (d) Leyes 23 y fin. tit. 4 P. 3. y su glos. 7. (e) Ley 24 y auto 1 tit. 21 lib. 4 R.

dos; y el tercero, quando la parte que se siente agraviada, no apeló en tiempo ni forma. (a) En los mismos términos se ha de executar la sentencia favorable al fisco. (b)

7 No trae aparejada execucion la sentencia dada contra el Juez, para que restituya las costas y salarios que llevó, á ménos que sea citado y oido, porque se da sin verdadero conocimiento de causa, y así no surte otro efecto que el de simple citacion; (c) mas por las condenaciones que hubiere recibido, sí, porque al modo que las recibió por su sentencia condenatoria, es justo que las restituya por la revocatoria sin ser citado, segun se practica.

8 Tampoco la trae aparejada el mero mandato del Juez, en que ordena á alguno que haga, dé ó pague á otro cierta cosa ó cantidad sin citarle ni oirle; pues por este defecto se convierte tambien en simple citacion, (d) como se expuso en el cap. 1 de este lib. n. 423. Si contiene causa justificativa, y el negocio es ó no de consideracion, hay opiniones sobre si se puede ó no executar; (e) pero nunca he visto executarle.

9 Asimismo no la trae aparejada la sentencia, contra la qual pide restitucion el que goza de este beneficio, (f) si no es que parezca por conjeturas que la pretende con malicia; (g) ni tampoco la traen aquellas de que se habló en el cap. 1 de este lib. nn. 439, &c. y 446. (b)

10 Trae aparejada execucion la confesion clara y pura ó simple que hace el deudor ante Juez competente y Escribano, ó ante este en virtud de su mandato por escrito, de que está debiendo en aquel acto lo

(a) Escob. de Ratiocin. cap. 33 nn. 14, &c. y 17. (b) Ley 13 tit. 23 P. 3 verb. Esso mismo decimos. (c) Ley 20 tit. 2 lib. 3 R. Valenz. consil. 6. Covar. Pract. cap. 23 n. 6. (d) Ley 22 tit. 22 P. 3. Parlad. lib. 2 cap. últ. part. 1 § 4 n. 20. (e) Parlad. lib. 2 part. 1 cap. últ. § 1 n. 22. Solorz. lib. 3. Polit. cap. 3 verb. Porque. Gomez lib. 3 Var. c. 1 n. 43. (f) Ley 2 tit. 25 P. 3. Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 7 n. 38. Covar. Pract. cap. 25 n. 7. (g) Gutier. lib. 1. Pract. q. 334 n. 3. Garcia de Nobilit. glos. 6 § 2 nn. 17, &c y 23. (b) En órden á la executoria dada por tribunal superior véase el cap. 1 n. 469 y su nota.

que se le pide; (a) lo qual procede en qualquiera tiempo que la haga, porque las leyes hablan indistintamente sin limitacion, y así no debemos distinguir. Tambien la trae aparejada contra el heredero del testador la confesion que este hizo; (b) bien que siendo hecha en testamento la puede revocar, y entónces no surtirá ningun efecto. (c) Por confesion clara se entiende, no solo quando dice paladinamente que está debiendo lo que se le pide, sino tambien quando expresa, *que cree deberlo*; pues la confesion de creencia le perjudica igualmente que la de certeza: ó quando dice, *que lo debe sobre poco mas ó mēnos*; y así se despachará la execucion por el todo como expreso en el instrumento, y en los diez dias de la ley justificará la menor quantía, si quisiere y no debiere mas. (d) Pero si es ambigua, qualificada ó condicional, y consta de la condicion; ó se limita á cierto dia ó plazo no cumplido, no la trae aparejada, ni en su virtud se debe despachar, hasta que se verifique la condicion ó el plazo se cumpla, (e) ni por consiguiente se deben embargar bienes al deudor. De la declaracion que haga el deudor confesando ó negando, se debe dar traslado al executante ó acreedor, aunque no lo solicite, para que en su vista pida la execucion, ó lo que le convenga, así como en el juicio ordinario sin diferencia. (f)

11 Aunque el deudor al tiempo que confiesa haber contraido la deuda, excepcione que el acreedor se la remitió, pagó ó prometió no pedírsela, se ha de despachar execucion contra él en virtud de su confesion, y asegurarse la deuda con el embargo de sus bienes; pues le perjudica lo que confiesa, y no le aprovecha la excepcion para impedir que se expida el mandamiento executivo, porque debe probarla en el término le-

(a) Leyes 5 y 6 tit. 21 lib. 4 R. (b) Parlad. lib. 2 cap. últ. part. 1 § 4 n. 18. (c) Gutier. de Juram. confirm. part. 2 cap. 1 n. 10. Parlad. lug. cit. (d) Parlad. lib. 2 part. 1 y cap. últ. cit. § 4 nn. 9 y 10. Rodrig. dich. art. 2 n. 28. Escob. de Ratiocin. cap. 33 n. 26 hasta el fin. (e) Valenz. consil. 126. Parlad. lug. cit. n. 11. (f) Véase el cap. 1 de este lib. n. 254.

gal, y hasta que llegue el caso de encargarse este, no se ha de admitir prueba ni dar término para ella, (a) y así se observa.

12 Remitiendose el executado en su confesion á algun instrumento, se debe despachar la execucion solamente por los que conste en este como líquido; (b) y lo mismo procede, quando se remite á carta ó á otro papel que no tiene contradiccion, en el qual se pide alguna cosa, por ser confesion geminada ó duplicada que tiene mayor eficacia para obligar. (c)

13 La confesion segunda que es contraria á la primera, no produce accion executiva, porque ninguno puede ir contra su propia confesion; (d) ni la hecha extrajudicialmente, (e) ni la que se hace en pedimento presentado en juicio; pues esta no es la que pide la ley, porque le falta el juramento ante Escribano de órden del Juez, en cuya atencion el deudor ha de ratificarse baxo de él ante aquel, y de faltar este tan esencial é indispensable requisito será nula la execucion que se despache: por manera que dicha confesion servirá solamente para condenarle en via ordinaria, si su contrario la acepta, (f) y esto es lo que he visto practicar.

14 No produce accion executiva la confesion que hace el testador en su última disposicion, de que es deudor de alguno, y debe ser demandado en via ordinaria; (g) bien que por ella queda obligado en algunos casos; á saber: siendo jurada ó estando presente el sugeto, si este la acepta ántes que la revoque, ó quando con ella concurren otros adminículos y conjeturas, por las que se induce realmente que quiso obligarse; lo qual se dexa al arbitrio del Juez; ó quando se hizo

(a) Castill. lib. 6 Controv. cap. 165 n. 31. Parlad. lug. cit. n. 12. Rodrig. art. 2 cir. nn. 25 y 26. (b) Nogueroi. allegat. 11. Valenz. consil. 17 n. 17. Castill. de Tertiis cap. 4. (c) Valenz. consil. 202 n. 68 y consil. 124 n. 29. (d) Cur. Philip. part. 2 § 6 n. 5. Valenz. lug. cit. (e) Leyes 4 y fin. tit. 13 P. 3 Covar. in cap. Quamvis pactum, part. 2 § 4 n. 1. (f) Vease el cap. 1 de este lib. n. 245. (g) Gom. lib. 1. Var. cap. 12 n. 81. Vel. diss. 42.

por modo de contrato, de suerte que se colige del ánimo del testador que se quiso obligar incontinente, y el sugeto la aceptó ántes de la revocacion; y fuera de estos quatro casos se conceptua legado que puede revocar como el testamento en que fue hecha. (*a*) Tampoco se debe estar á la confesion que hace en los últimos instantes de su vida, y puede perjudicar á tercero, aunque sea con juramento, y para exôneracion de su conciencia por el estado en que se halla, si de otro modo no se prueba lo que dice en ella. (*b*) Lo mismo procede en la que hace la madre diciendo que el hijo que ha parido, ó trae en el vientre, no es de su marido, (*c*) por lo que no perjudica al primero, excepto que se acredite por otros medios: de suerte que el juramento daña al que le hace, y sus herederos deben observarle.

15 No trae aparejada execucion la confesion que hace el menor que tiene curador, sin que éste presencie el juramento que debe precederla; pero sí la que hace no teniéndole. (*d*)

16 No es executiva la confesion que en pena de la contumacia tiene la ley por hecha, aunque algunos (*e*) dicen que sí, porque se tiene por confeso el contumaz, siempre que se le cite para que la haga: ni la obscura, pues para que la traiga, ha de ser clara, expresa y de cantidad cierta, como se prueba de la ley 7 tit. 3 P. 3. "Otorgando de llano lo que demandan, si es cierto que verdaderamente lo deben" de la 4 tit. 13 de la misma Partida. "E otrosí, que sea dicha en cierto sobre cosa ó quantía ó fecho." Y de la 5 tit. 21 lib. 4 R. "O las confesiones claras, fechas ante el Juez competente, traigan aparejada execucion:" ni la alternativa, como si dice, *que debe á Pedro, ó á Juan*, sino es que conste por ella á

(*a*) Gutier. lib. 5 Pract. q. 57, y de Juram. confirm. part. 2 cap. 1 n. 10 y cap. 2 n. 5. Rodrig. de Execution. cap. 1 art. 1 nn. 41, 42 y 53. (*b*) Valenz. consil. 174. (*c*) Ley 9 tit. 14 P. 3 y su glos. (*d*) Ley 22 tit. 11 lib. 5 R. Gutier. lib. 1 Pract. q. 122. (*e*) Covar. lib. 2 Var. cap. 11. Aviles in cap. 10 Corrector. n. 34.

quien y lo que debe: ni tampoco otras confesiones semejantes; v. gr. quando dice, que corrió tanto tiempo con los negocios del que pide, y que le es deudor sin expresar de quanto: en cuyos casos se debe liquidar con su audiencia el débito, y consintiéndole se le puede executar por él, y no de otra suerte. (*a*)

17 El juramento judicial decisorio del pleyto que tambien se llama voluntario, trae aparejada execucion, porque es confesion verdadera hecha á presencia y con aprobacion del Juez, por lo que tiene fuerza de transaccion y sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; pero el necesario ó supletorio no la trae aparejada; porque se manda hacer en defecto de bastante prueba, y así puede retratarse por nuevos instrumentos que se hallen, lo qual no sucede en el otro, (*b*) y es menester que recaiga sentencia, y se consienta ó executorie, para que se pueda despachar en virtud de él la execucion.

18 Los vales ó papeles de obligacion, ya sean á favor de la persona determinada, ya digan solamente: *vale que pagaré á quien este me entregare, &c.* que llaman *vales ciegos*: las cartas en que alguno confiesa la deuda, ó pide á otro le preste cierta cantidad, diciendole en ellas *que le sirvan de resguardo*; é igualmente las letras de cambio aceptadas, escrituras privadas, libranzas y demas papeles simples que la ley llama y comprehende en el nombre de *conocimientos*; si son reconocidos paladinamente por el deudor que los firmó, precedido juramento ante su Juez competente y Escribano, ó de su mandato por escrito ante este solamente, ó acompañado de alguacil, traen aparejada execucion en quanto á lo líquido confesado, tengan ó no fecha. Lo mismo sucede, aunque no los haya escrito, si los firmó, y confiesa su firma solamente, porque el que subscribe ó firma un papel, aprueba todo su con-

(*a*) Rodrig. de Execution. cap. 1 art. 2 nn. 10, 11, 29 y 30. Paz in Praxi part. 4 tom. 1 n. 54. & Leyes 3 y 15 tit. 11 P. 3 Parlad. lib. 2, part. 1 cap. ultim. § 3 num. 2. Rodrig. de Execut. cap. 1 art. 3 nn. 3, 4 y 5.

tenido, y se reputa escrito por él; y aun quando no los haya escrito ni formado por no saber ó no poder, si los reconoce en la forma expuesta, sucederá lo mismo, porque la obligacion es suya, y no del que en su nombre ó de su órden los escribió y firmó. (*a*).

19 En órden á las letras de cambio aceptadas y reconocidas, para que su giro esté expedito, y se eviten dilaciones maliciosas, tergiversaciones y providencias arbitrarias acerca de su aceptacion y pago sin distincion de personas, por ser esencial á la buena fé en el comercio que la satisfaccion de su importe se haga pronta y exâctamente, puesto que cada uno debe considerar ántes las que libra, endosa y acepta; se expidió una pragmática á 2 de Junio de 1782, por lo qual con derogacion de qualesquiera ordenanzas, estilos y costumbres contrarias se prescribe lo que deben practicar los Jueces superiores é inferiores. He aquí sus palabras. "Por la qual declaro por via de regla y punto general que toda la letra aceptada sea executiva como instrumento público, y en defecto de pago del aceptante la pague executivamente el que la endosó á favor del tenedor de la letra; y en falta de este el que la hubiere endosado ántes hasta el que haya girado por su órden, sin que sobre este punto se admitan dudas, opiniones, ni controversias; y que el tenedor de la letra tampoco tenga necesidad de hacer excusion, quando los primeros aceptantes hubieren hecho concurso ó cesion de bienes, ó se hallare implicada y dificil la paga por ocurrencia de acreedores ú otro motivo, pues basta certificacion del impedimento para recurrir pronta y executivamente contra los demas obligados al pago." Así pues, una vez aceptada y reconocida judicialmente la letra, aunque el aceptante no tenga fondos ó caudal del endosante, puede ser apremiado á satisfacerla, sin que le sirva esta excepcion, como ántes de dicha pragmática le servia para eximirse.

(*a*) Leyes 5 y 6 tit. 21 lib. 4 R. Parlad. Ing. cit. § 5 nn. 1, 2, 6, 7, 17 y 20. Gutier. lib. 1 Pract. q. 121.

20 Si el deudor niega la deuda y tambien su firma, no se debe despachar execucion contra él, aunque los testigos que presenciaron la extension de los papeles referidos, y los que los firmaron á su ruego ó formaron de su órden, los reconozcan; porque la ley recopilada citada en el número 16 exige que sean reconocidos por los mismos deudores, como evidencian estas palabras: *los conocimientos reconocidos por las partes ante el Juez que manda executar*; y faltando esta circunstancia indispensable, aun quando el deudor pacte y consienta que se estimen por escrituras públicas, y que no sea necesario su reconocimiento, no servirá esta convencion, ni tendrá vigor de instrumento público para decretarse en su virtud la execucion, porque nadie puede inmutar la forma y solemnidad prescriptas por derecho; ni para proceder executivamente basta el cotejo ó comparacion de letras con otras indubitadas del deudor, porque esta á lo mas hace semiplena probanza, y aun para la via ordinaria debe arreglarse el Juez á lo que previenen las leyes 114, 117, 118 y 119 tit. 18 P. 3 explicadas en el cap. 1 de este lib. nn. 304 y 312; y así como no basta para despachar la execucion, tampoco para eludirla, aunque el deudor presente el papel y se coteje en el término de los 10 dias, por lo que se debe sentenciar la causa de remate y reservar al executado su derecho, para que hecho el pago baxo de fianza use de él en juicio ordinario. Tampoco bastan las deposiciones de los testigos, aun quando contestes digan que se los han visto firmar, reconozcan sus firmas y la del deudor, y testifiquen de la certidumbre del débito; ni prueba alguna por líquida que sea, la trae aparejada; (*a*) porque esto es bueno solamente para que hagan fé en juicio, y que se pueda proceder ordinariamente á la condenacion, mas no para despachar la execucion: todo lo qual tendran presente el Escribano y el Juez lego, pues acerca de esto se cometen muchos absurdos en los pueblos. Lo mis-

(*a*) Parlad. § 5 cit. nn. 14, 15 y 16. Rodr. dich. art. 2 nn. 18 y 19.

mo debe observarse, quando es contumaz, y no quiere reconocerlos, ó huye, como se ha sentado en el n. 16, pues así lo practican los Jurisperitos.

21 Excepcionando el deudor en el mismo acto de su confesion y reconocimiento, como puede hacerlo y se le debe admitir, que no se le entregó la cantidad, ó cosa que se le pide, (pues la ley (*a*) no se limita al dinero, y se extiende á otras cosas, porque milita la misma razon) cuya excepcion llaman del dinero no entregado, si no han pasado los dos años que prefine dicha ley para oponerla, contados desde la fecha del vale, é de hecho el préstamo, ó contraida la obligacion, no se debe despachar execucion en virtud de este reconocimiento, porque la qualidad ó excepcion propuesta es conjunta, individua ó inseparable de él, y por lo mismo no puede producir mérito en lo executivo, aunque el vale se halle autorizado y corroborado con la solemnidad del juramento.

22 Pero si han corrido los dos años contados desde la fecha del vale, se ha de despachar la execucion, aunque en el acto del reconocimiento oponga la referida excepcion, pues la circunstancia agravante del transcurso de los dos años sin oponerla ó pedir la vuelta del vale, ó entrega del dinero, produce el efecto de incumbir al reo la prueba de no habersele entregado, en pena de su omision y silencio en dicho tiempo. Lo mismo procede, quando confesó llanamente y despues del acto del reconocimiento la opone, porque es distinta é inconexâ de este, y contra la confesion judicial pura no se admite excepcion que impida despachar la execucion; (*b*) y tambien quando en el vale la renunció expresamente, aunque le reconozca ántes de los dos años; lo qual he visto declarado por el Consejo, pues ninguna ley manda que pueda renunciarse solamente en escritura pública, ni prohibe practicarlo en la privada;

(*a*) La 9 tit. 1 P. 5. (*b*) Gom. lib. 2 Var. capit. 6 num. 3. Gutier. de Juram. confirmat. part. 1 cap. 37 n. 175. Parlad. § 5 cit. nn. 12 y 13.

bien que para que la causa no se sentencie de remate, puede probarla dentro de los diez de la ley, y si no pudiese, deberá hacer el pago, y luego en via ordinaria se le oirá, y probandola en esta tendrá el acreedor que restituir lo percibido.

23 Si dentro de los diez años contados desde la fecha del vale pide el acreedor su reconocimiento, (para lo qual basta pedir que reconozca la firma, sin ser necesario expresar que declare, si debe ó no la cantidad que consta en el vale, porque este lo dice), y el deudor declara que la firma es suya, pero niega la deuda, exponiendo que está pagada, ó que no la contraxo, ú pone otra excepcion semejante, se ha de despachar la execucion sin embargo de la excepcion: porque del mismo hecho de haber firmado el vale se deduce haber contraido el débito, recibido el dinero ó cosa que se le pide, y quedado obligado á su solucion ó entrega, y que por consiguiente es maliciosa la excepcion; fuera de que el hallarse en poder del acreedor acredita que no se le satisfizo, ni este se le remitió, pues de lo contrario le hubiera recogido, ó algun resguardo en que esto constase; y así debe justificar la excepcion en el término para enervar la intencion del acreedor. (a) Y lo mismo se debe practicar, aunque excepcione que tiene cuentas pendientes con el acreedor, porque lo liquido no se debe retardar por lo no líquido, y las cuentas exígen mas prolixo exámen que la via executiva; de manera que debe pagar y luego usará de su derecho en la ordinaria.

24 Aunque en virtud del reconocimiento puro de escritura privada hecho por el deudor sin otros adminículos ni pruebas se puede despachar execucion contra él, no perjudica á los demas acreedores suyos que tengan escrituras públicas hipotecarias anteriores al reconocimiento de la privada, por lo que serán preferidos estos al chirografario; y mucho menos les perjudicará despues de formado el concurso, porque se presu-

(a) Gutier. lib. 1 Pract. q. 124 n. 30.

me hecho con fraude y ánimo de privarlos de su derecho. (a) Lo propio milita en su confesion hecha en los términos que el expresado reconocimiento. (b)

25 Lo mismo procede en la confesion del tutor contra su menor, (c) en la del vasallo contra su señor, (d) en la del Procurador á mandatario contra el mandante, á menos que el poder tenga cláusala especial para ello, (e) en la del Prelado contra su iglesia, (f) en la del marido de haber recibido la dote contra sus acreedores, excepto que su muger lo pruebe por otros medios legales, como se ha dicho en la I. P. (g) y en el lib. 1 de esta II. En la del padre que en su testamento dice haber recibido de un hijo suyo el precio de la finca que le vendió, pues no perjudica á los demas hijos; ó quando afirma que debe á un extraño cierta cantidad, si todos estos no lo justifican en otros términos. Y en los dos casos del padre se tendrá por legado respecto al extraño en lo que quepa en el quinto hasta en lo que alcance y quepa. (h)

26 Qualquiera Juez, aunque sea incompetente, puede compeler á la parte á que reconozca el vale ó conocimiento que hizo; (i) mas por este acto no se radica el juicio, ni por él previene el Juez, (i) y solo aprovecha al acreedor, para que en su virtud pueda pedir se le compela por el suyo propio á que persista en él. (k)

27 El reconocimiento ó confesion extrajudicial no trae aparejada execucion, mas aprovecha para la via

(a) Ley 31 tit. 13 P. 5. Covar. Pract. cap. 22 n. 5, y lib. 2 Var. lib. 11 n. 4. Rodrig. lug. cit. n. 20. (b) Salg. Labyr. part. 3 cap. 13 nn. 13, &c. y 35. Valenz. consil. 86. (c) Greg. Lop. ley 60 tit. 18 P. 3 glos. 5. Vela dis. 38 n. 71. (d) Pinel. ley 1 Cod. de Bon. matern. part. 3 limitat. 40 n. 50. (e) Greg. Lop. ley 61 tit. 18 P. 3 verb. Por pagado. (f) Noguerol. allegat. 27. (g) Cap. 13, n. 49 (h) Salg. cap. 13 cit. nn. 21, &c. y 25.

(i) He aqui un absurdo manifiesto de los intérpretes; pero si se hubiesen de notar y demostrar todos sus errores, seria necesario escribir otros tantos libros como los que ellos publicaron, y de que estan atestados los estantes de muchos profesores.

(i) Valenz. consil. 112 nn. 11 y 55. Rodrig. lug. citad. num. 31 al fin.

(k) Vela diss. 23 n. 14. Gutier. lib. 1. Pract. q. 126 n. fin.

ordinaria, si se prueba por testigos; (a) y aunque segun una ley Romana (b) debe estar firmado el judicial por la parte que le hace, para que en su virtud se pueda proceder, como nuestras leyes no previenen esto, basta la fé del Escribano, si la parte no sabe escribir, ó dice que no sabe, para despachar la execucion, lo qual es corriente en la práctica. (1)

28 Trae aparejada execucion el instrumento público original otorgado ante Escribano público ó Notario Real, ó Numerario que hace fé por tener todos los requisitos legales explicados en la L. P. cap. final, si está claro y no de modo que no se pueda entender su contexto: (c) lo qual milita, aunque el sugeto á cuyo favor se formalizó, no esté presente, sea puro, condicional, ó á dia cierto del pago del débito, llegado el dia ó verificada la condicion, sin que el deudor necesite reconocerle como el papel simple. (d) Pero es de advertir, que aun quando haga fé, por hallarse autorizado por Escribano público, fiel y de buena fama, si es de aquellos de que este no debe dar mas copias que la primera, llamada *original*, y aquella en cuya virtud se pide la execucion, es segunda ó tercera, sacada del protocolo sin la solemnidad legal explicada en el cit. cap. fin. n. 18, no se debe despachar, y si se despacha, es nula porque el instrumento no la trae preparada á causa de estar concedida solamente la virtud executiva á la primera y única por el mero hecho de prohibirse al Escribano el dar mas por sí solo de los instrumentos de esta naturaleza; mas siendo dadas con la solemnidad referida, sí, porque se subrogan en el lugar de la primera, y hacen sus veces en todo. Lo mismo procede en el traslado, ó testi-

(a) Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 54. (b) L. 28 § fin. Cod. de Testam.

(1) En la tasacion de costas no se han de incluir las que haga el acreedor hasta conseguir el reconocimiento del deudor, siempre que en este no haya morosidad que impida el pago, pues el acreedor hace dichas costas para la legitimacion de su crédito. Dominguez, ilustracion á la Curia Philip. tom. 1. parr. 2 § 6 n. 9.

(c) Parlad. lib. 2 cap. final part. 2 § 1 limit. 8 n. 62. (d) Paz in praxi tom. 1 part. 4 cap. 1 n. 6.

monio por concuerda sacado de la copia original; pues una cosa es que pruebe y haga fé en via ordinaria, en la que ha de recaer sentencia que le corrobore; y otra y muy diversa el que tenga fuerza executiva. (*a*) Tambien es de advertir que sin embargo de que todas las copias sacadas por el Escribano que autorizó el protocolo, son originales, y hacen plena fé y prueba en la via ordinaria; y de que de aquellas de que por sí mismo sin decreto judicial ni citacion de parte no debe dar mas que una: esta sola es original, y la que trae aparejada la execucion, como se expuso en dich. cap. fin. no obstante, si se halla dada por concuerda con el protocolo ó con otra palabra equivalente; aunque sea en el mismo dia de su otorgamiento, y no subscripta por el propio Escribano, como debe hacerlo, segun lo manda la ley 54 tit. 18 Part. 3; (*b*) no se tendrá en estos reynos de Castilla en que rige, por la original y primera que es la que tiene la virtud executiva, ya porque le falta la subscripcion que por forma pone dicha ley diciendo, *debe*, cuya palabra denota necesidad y obligacion de hacer alguna cosa, y ya porque con omitir la subscripcion da á entender que ha dado otra copia, y que por esto le pone el *concuerda*, aunque le está prohibido dar por sí sin la expresada solemnidad mas que una de las de esta clase. Tendrá presente esto el Escribano para no dexar de subscribirla, ni causar por su omision perjuicios al acreedor, pues he visto oponer tal excepcion contra una execucion y darse esta por nula; y porque hay muy pocos que lo sepan, aunque sean legistas, á causa de no haberlo explicado los AA. ni vis-

(*a*) Leyes 1, 2 y 19 tit. 21, y 19 tit. 25 lib. 4 R. Com. ley 63 de Toro nn. 4 y 7. Pallad. part. 1 lib. 2 cap. final § 11 ampliat. 1, 5 y 7 y § 12 limit. 2 (*b*) "E quando todo esto oviere escrito, debe dexar un poco de espacio en la carta, é donde ayuso (*abaxo*) facer y (*allí*) su signo é escribir y su nome en esta manera: Yo fulano Escribano publico de tal lugar estaba delante, quando los que son escritos en esta carta, fizieron el pleyto, ó la postura, ó la vendida, ó el cambio ó el testamento, ó otra cosa qualquier, así como dice en ella, é por ruego é por mandado dellos escrevi en esta carta pública é puse en ella mio signo, é escrevi mi nome."

to la ley, he tenido por indispensable prevenirselo á ellos y á los Jueces para que no despachen execucion en su virtud, no estando subscripta.

29 Lo mismo procede en la promesa futura de obligarse uno á otro dentro de cierto tiempo; pues pasado este puede ser reconvenido el prometedor, porque ya queda obligado, del mismo modo que si promete liberar á otro, se estima hecha la liberacion, le sirve de excepcion contra él la promesa, y puede oponerla, como si estuviera hecha. (a) (1) Pero se ha de tener presente que para poderse executar el instrumento hecho ante Escribano, ha de ser Numerario, porque si pasó ante el Real, no se podrá, excepto que no le haya Numerario en el pueblo en que se formalizó, ó si le hay, sea hecho con su consentimiento para su protocolo, ó en la corte y chancillerías, en las que segun nuestro derecho pueden actuar los Reales, aun habiendolos Numerarios; (b) ó que sea instrumento concerniente á las comisiones para las que suelen diputarse los Reales: ó donde haya costumbre de que estos autoricen instrumentos para sus registros, aun quando los haya Numerarios; pues como la prohibicion se impuso por tres razones; esto es, porque los protocolos no se extraviasen ó perdiesen, respecto no tener los Reales oficios públicos en que archivarlos: porque los Numerarios estan sujetos á servir al pueblo en que lo son, como que contratan con él, lo qual no sucede á los Reales que son libres, y pueden usar ó no su oficio, y por esta sujecion y obligacion, y para que el pueblo esté bien servido, es

(a) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 1 § 12 amplat. 6 n. 27.

(1) Tambien trae aparejada execucion el instrumento condicional, luego que se cumpla la condicion, sea expresa, sea tacita, como la contenida en la promesa de dote; esto es, la de efectuarse el matrimonio; por lo que para pedir executivamente el marido el cumplimiento de aquella necesita probar haberse celebrado el casamiento, á no ser este notorio; bien que si antes de cumplirse la condicion se despacha la execucion y el reo no apela, valdrá el proceso, siempre que se cumpla aquella en el discurso de esta. Cur. Philip. part. 2 § 7 n. 7.

(b) Ley 1 tit. 25 lib. 4 R. Paz lug. cit nn. 6, &c. y 13.

justo no les defrauden sus derechos los que no tienen ninguna; y porque sufren varias cargas por razon de su oficio sin recompensa alguna; cesa la prohibicion por la costumbre, y por su tolerancia y consentimiento. Tambien es de tener presente que aunque el Escribano Numerario haya hecho y autorizado el instrumento, si le hizo como persona y en forma privada sin signarle ó sellarle, no trae aparejada execucion, porque sin el signo no hace fé, mediante á que la ley inserta en el número precedente lo prescribe tambien por forma, mandando que ponga en él su signo, firma y subscripcion, y en el título que se expide á los Escribanos, se dice: que siendo puesto en los instrumentos el signo que el Rey les da, (el qual se figura en el mismo título) hagan fé y prueba; de que se deduce por el contrario, que si falta el signo, no la harán. Por tanto, los instrumentos que firman sin poner su signo algunos sugetos vanos y necios que tienen honores de Secretarios del Rey, certificando haber pasado ante ellos, no serán executivos, mayormente quando los Secretarios del Rey no tienen como tales facultad para autorizar instrumentos públicos, sin que se les expida, como se practica, notaría de reynos.

30 Se puede proceder executivamente en virtud de un instrumento otorgado fuera de estos reynos en pueblo donde no es executivo, siempre que tenga los requisitos necesarios para serlo aquí, (*a*) porque en todo lo concerniente al órden del juicio se debe atender y atiende siempre al lugar en que se sigue, y no á el en donde se formalizó el contrato ó instrumento, aunque en lo substancial de este se debe mirar al en que se celebró.

31 Para evitar dudas sobre si el que autorizó el instrumento es ó no Escribano, conviene que se compruebe ó legalice por dos ó tres "que den fé no solo de que lo es legal y fidedigno, sino tambien de que el signo y

(*a*) Parej. de Edition. tit. 1 resolut. 3 § 2 n. 44. Rodrig. de Execut. cap. 1 art. 4 n. 24.

firma puestos en él son suyos y los que acostumbra hacer." (*a*) Este es el verdadero modo de legalizar los instrumentos, sin que baste decir *que es Escribano fiel y legal*; porque puede serlo, y ser tambien suplantados el instrumento, signo y firma, como repetidas veces se ha visto, y se expuso en el cap. 1 de este lib. n. 300: lo qual tendrá presente el Escribano así para extender las comprobaciones como para dar ó no crédito á instrumentos autorizados y legalizados por quienes no conoce.

32 Asimismo trae aparejada execucion el instrumento en lo que contiene tácitamente, siendo conjunto de lo que está expreso en el. Así, aunque en la obligacion dotal ó instrumento de la deuda no se hable de su restitucion ó paga, se tienen por expresas y se puede proceder executivamente en su virtud. Lo propio sucede en lo que se compra en almoneda, pues no es menester pactar su satisfaccion, porque se ha por expresa, mayormente quando es de la naturaleza de este contrato la solucion de lo comprado. (*b*)

33 Es igualmente executivo el testamento solemne por la deuda, mejora, legado ó fideicomiso de cosa específica dexados en él, porque es instrumento público y se estima por tal como hecho ante Escribano; (*c*) pero como discuerdan los AA. acerca de esto, convendrá prevenga el Escribano al testador, mande en su testamento *que se pueda pedir executivamente la cosa que lega en él*, en cuyo caso sacándose la cláusula con citacion del heredero, y presentandose testimoniada con cabeza y pie, ó si el testador no lo manda, haciendo el legatario que el heredero le reconozca judicialmente baxo de juramento, se puede proceder executivamente contra él, (*d*) y así se practica.

(*a*) Paz tom. 1 part. 4 cap. 3 nn. 28 y 29. Parlad. lib. 2 cap. fin. § 11 ampliat. 3 nn. 13 y 17. Rodrig. art. 4 cit. nn. 25, 26 y 27. (*b*) Cartev. tit. 3 disp. 3 nn. 35 y 36, y disp. 5 n. 13 Parlad. § 11 y ampliat. 4 cit. (*c*) Gom. ley 45 de Toro n. 147. Vela diss. 42 n. 8. Solorz. de Jure Indiar. lib. 2 cap. 24 n. 125. (*d*) Gom. ley 4 de Toro n. 8. Parlad. lib. 2 cap. ult. part. 1 § 9 nn. 1, 2, 5 y 6.

34 En órden al legado, si le dexa el testador en su última enfermedad á su confesor, á su iglesia, convento, pariente ó deudo, léjos de poderse proceder executivamente será nulo, y el Escribano incurrirá en la pena de privacion de oficio que le impone la Real cédula de 18 de Agosto de 1771, cuyo tenor y el del auto acordado incluso en ella tengo por conveniente insertar. = Don Cárlos, &c. Sabed que por el auto acordado 3 tit. 10 lib. 5 de la nueva R. se dispone lo siguiente: "La ambicion humana ha llegado á corromper aun lo mas sagrado; pues muchos Confesores olvidados de su conciencia, con varias sugestiones inducen á los penitentes, y lo que es mas, á los que estan en artículo de muerte, á que les dexen sus herencias con título de fideicomiso, ó con el de distribuirlas en obras pias, ó aplicarlas á las iglesias y conventos de su instituto, fundar capellanías y otras disposiciones pias; de donde proviene que los legítimos herederos, la jurisdiccion Real y derechos de la Real hacienda quedan defraudados, las conciencias de los que esto aconsejan y executan, bastantemente enredadas, y sobre todo el daño es gravísimo y mucho mayor el escándalo. Y aunque para ocurrir á todo convendria prohibir absolutamente á los Escribanos hacer escrituras en que directa ó indirectamente resulten interesados los Confesores, ó les quede arbitrio para disponer de los tales bienes en su favor, ó en el de sus comunidades ó parientes, castigando con las penas de falsarios á los tales Escribanos, dando por nulos los instrumentos; y que si de hecho contravinieren, queden aplicados los bienes á hospitales y colegios de huerfanos; por ahora teniendo presente haberse propuesto por los Fiscales el remedio de este daño varias veces, particularmente el año de 1622 y haberse estimado la materia por de algunas dificultades, atendida la inhumanidad y libertad eclesiástica, para poner la mano Regia en lo universal de tan graves daños sin el asenso ó concordato pontificio; no obstante contrayendo la duda á lo particular de algun género de mandas comprehende el Consejo que las que hacen los fieles á sus Confesores, pa-

rientes, religiones y conventos en la enfermedad de que mueren, por la mayor parte no son libres, ni con las calidades necesarias, ántes bien muy violentas y dispuestas con persuasiones y engaños sin algun consuelo del enfermo que las dexa, en perjuicio de otros parientes suyos y obras mas pias: Y así acordó que no valgan las mandas que fueren hechas en la enfermedad de que uno muere, á su Confesor, sea Clérigo ó Religioso, ni á deudo de ellos, ni á su iglesia ó religion, para excusar los fraudes referidos, pues con esta moderada providencia no se restringe ni limita la piedad, porque el que le naciere de ella, ó de devocion, las podrá hacer en todo el discurso de su vida, ó si mejorare de la enfermedad; y de esta suerte se asegura el consuelo del donante en aquel aprieto, y se evitarán las persuasiones, sugestiones y fraudes con que le turban y truecan la voluntad contra la afeccion dictada por la naturaleza en favor de la propia familia; y para conseguir este bien en universal beneficio de los vasallos con seguridad en los medios de verle establecido y permanente, ya sea por concordato ó asenso pontificio, ó estatuyendo ley, se reservará su solicitud al tiempo en que S. M. mirare mas bien dispuestas las cosas, y entre tanto el Consejo pondrá toda su aplicacion al remedio en los casos particulares de que tenga noticia, castigando á los Escribanos que contravinieren á lo que por este auto se les manda, y zelando siempre sobre las Justicias, para que le hagan guardar por los medios que esten prevenidos en las leyes de estos reynos." Pero habiendo notado el mi Consejo en repetidos expedientes que se han seguido en él, el olvido y total abandono con que se ha mirado hasta ahora lo dispuesto en este auto acordado, dexando correr muchas disposiciones testamentarias contrarias en todo á su literal sentido, en grave daño y perjuicio del Estado, de mi Real Hacienda y de los particulares interesados; con el fin de evitarlos en lo sucesivo, en consulta de 23 de Septiembre del año próximo pasado me hizo presente el mi Consejo, habiendo oido ántes á mis dos Fiscales, lo preciso y conveniente que

era tomar providencia para que esta saludable ley se guardase en los tribunales, y se evitasen los descuidos y negligencias que pueda haber para su observancia; y conformándome con su dictamen, por mi Real resolucion publicada y mandada cumplir en mi Consejo pleno en 13 de Julio próximo pasado, entre otras cosas se acordó expedir esta mi cédula: Por la qual en atencion á los referidos exemplares antiguos y modernos que se han visto en el mi Consejo, disposiciones sugestivas, dolosas, é involuntarias, y para evitar, y precaver descuidos y extrañas interpretaciones en la observancia del citado auto acordado: Os mando que todos le cumplais segun su literal tenor, arreglandoos á él en qualesquiera determinaciones que diereis sobre los casos de que trata, baxo las penas en él contenidas, imponiendo como impongo igual pena de privacion de oficio á los Escribanos que otorgaren qualesquiera instrumentos en su contravencion, pues desde luego declaro nulos los que se executaren en contrario, que así es mi voluntad, &c. Ademas, por otra Real cédula de 13 de Febrero de 1783 se impone la pena de 200 ducados y suspension de oficio por 2 años, y por la primera vez á los Escribanos que autoricen semejantes testamentos, codicilos ó disposiciones, y asistan á los inventarios que hacen los Párrocos, quando sus feligreses mueren intestados, ó disponen á favor de su alma; y por la segunda vez doble multa y privacion de oficio; como tambien á los testigos que intervinieren en dichas disposiciones, 20 ducados á cada uno.

35 Trae tambien aparejada execucion el instrumento en que alguno promete y se obliga á hacer alguna cosa, así en quanto á esto pudiendo cumplirlo, como en quanto á la estimacion ó interes cierto á falta de cumplimiento, con tal que se haya pactado en el instrumento, y preceda en este caso su liquidacion. (*a*) Y aunque el obligado tiene la alternativa de cumplir lo

(*a*) Rodrig. dich. art. 4 n. 48. Parlad. lib. 2 Rer. cap. 6 n. 12, y lib. 2 cap. fin. part. 1 § 12 limit. 4 nn. 34, &c. y 38.

prometido, ó pagar el interes, (1) puede no obstante ser compelido al cumplimiento en siete casos: el primero, quando lo que ofreció, se debe practicar en juicio para alguna cosa que ocurra en él: el segundo, quando la ley le impone la obligacion de executarlo: el tercero, quando cede en beneficio de la república como el usar algun oficio ó arte: el quarto, quando el testador manda á su heredero ó legatario que lo hagan á favor de ella: el quinto, quando es sobre accion real como la entrega de alguna cosa: el sexto, quando el prometedor juró hacerlo; y el séptimo, quando lo prometió en instrumento público. (*a*) Asimismo si recayó sentencia, por la qual se le condenó á su execucion, no cumple con pagar el interes segun la ley 5 tit. 27 Part. 3 que dice: "Y si la sentencia fuesse dada contra algun demandado en razon de alguna cosa que deviesse facer develo apremiar que la faga assi como fue puesto, ó lo prometió."

36 No trae aparejada execucion el instrumento novado, porque con la novacion se acaba la obligacion primera y se constituye otra nueva, se transfiere aquella en esta, y se desvanece por el segundo contrato el vigor del primero, y de consiguiente el derecho de pedir executivamente en su virtud. (*b*) De la novacion y delegacion se habla en los nn. 180 y sigg.

37 Asimismo no la trae aparejada el instrumento de arrendamiento por el tácito del año sucesivo á el en que espiró el expreso, pues sin embargo de que segun la ley (*c*) por el hecho de retener la heredad el arrenda-

(1) Como segun nuestro derecho queda obligado qualquiera, de qualquier modo que quiso obligarse, quien prometa hacer alguna cosa, deberá á mi entender cumplirlo en todo caso y ser apremiado á ello, siempre que sea posible el hecho prometido y convenga al estipulante. Los intérpretes apoyan dicha alternativa no en las leyes patrias sino en las romanas fundada ó infundadamente.

(*a*) Guzm. de Eviction. quæst. 79. Covar. in cap. Quamvis pactum, part. 2 § 4 n. 6. Castill. de Usufruct. cap. 13 n. 13. Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 5 n. 41. (*b*) Parlad. § 12 citado limit. 6 nn. 41 y 42. (*c*) La 20 tit. 8 P. 5.

dor tres dias despues de concluido el tiempo del arrendamiento es visto que quiere tenerla por un año mas con las condiciones, hipotecas, aprecio y seguridades anteriores, por ser accesorias al contrato principal, aunque no en lo tocante al fiador sino renueva la fianza y obligacion, como se dixo en la l. P. (*a*) no se comprehende en aquel para el efecto de ser executivo, excepto que se pacte en él, y preceda liquidacion y confesion llana del débito; (*b*) por lo que en los contratos de arrendamiento conviene se ponga la condicion: "de que por el año ó años mas que el arrendador permanezca en el arrendamiento, ha de pagar la propia cantidad y renta que por los pactados expresamente, y ha de poder ser executado por la de cada uno en iguales términos sin ser necesario hacer previa liquidacion, ni otra diligencia, y entenderse comprehendidos en el primer arrendamiento con la misma hipoteca, prelacion y seguridades, como si todo fuera especificado en él sin diferencia en cosa alguna."

38 Tampoco la trae aparejada, ni hace prueba el instrumento público ó privado que se remite á otro, sin que conste primero de este, sea por estar inserto en él, como debe estarlo, ó por manifestarse separado; (*c*) en cuya atencion deben presentarse ámbos, y siendo privados reconocerse por el deudor, ó no presentándose, dar traslado liso y llano á este el Juez, ó un mandato de pagar para que dentro de tercero dia exponga lo que le convenga, y no despachar la execucion, porque será nula, ó denegar al acreedor lo que pretenda, mandándole pida conforme á derecho. Mas esto se entiende, quando el referente nada dispone, ó es condicional la remision, porque si es causal ó el referente dispone por sí mismo, y el otorgante se obliga en él, de modo que sin el relato consta claramente lo que se pretende en el referente, prueba y se puede exe-

(*a*) Cap. 10 n. 25. (*b*) Covar. dich. cap. 11. Góm. lib. 2 Var. cap. 3 n. 15. Vela dis. 12. (*c*) Parlad. dich. §. 12 limit. 3 nn. 24 y 25.

cutar en su virtud, (a) como sucede en el en que el fiador se obliga á pagar la deuda que consta en otro, aunque este no se exhiba en la sentencia, pues la dada en otro juicio perjudica al fiador, para que se proceda contra él executivamente sin nuevo proceso: (b) en la obligacion que se hace por la cosa vendida remitiéndose á la venta: (c) en el reconocimiento de censo, sea enfitéutico, consignativo, ó reservativo, sin que se produzca la escritura de imposicion, (d) especialmente si en esta se pactó así; y en otros casos semejantes. Y es de notar que si la cosa debida pereció por culpa del deudor, se puede proceder executivamente contra él por su importe en virtud de instrumento público. (e)

39 No es executiva la escritura de obligacion en que hay intereses, y falta el juramento de su importe que deben hacer acreedor y deudor, como lo declara expresamente el capítulo 16 del auto acordado 16 tit. 21 lib. 5 Recop. cuyo literal tenor es el siguiente: "Por quanto al paso que se han desconcertado las monedas, y los contratos que se han hecho con ellas, se han desordenado los intereses del dinero anticipado, tomado á daño, ó retardado, y es justo que moderándose el precio de todas las cosas se reforme al mismo tiempo este exceso: ordenamos y mandamos que todos los intereses causados hasta hoy que estuvieren por pagar, y los que de aquí adelante corrieren por qualesquiera contratos, obligaciones ó negocios en que conforme á derecho se puedan pedir ó llevar intereses, aunque sean tocantes á mi Real hacienda ó por mí aprobados, no puedan pasar, ni excedan de cinco por ciento al año, ni haya obligacion de pagarlos mas que á este respecto, sin embargo de qualesquiera pactos ó contratos que haya hechos, ó se hicieren, los quales anulamos y prohibimos como injustos y usurarios, y so las penas impues-

(a) Guzm. de Eviction. q. 11 n. 92. Parej. de Edition. tit. 4 Resol. unic. § 1 n. 95. (b) Parlad. n. 25 cit. Castill. lib. 4 Controv. cap. 14 n. 29. Olea de Ces. tit. 5 q. 5 n. 43. (c) Cevall. Commun. q. 129 Parlad. lug. cit. n. 26. Olea tit. 4 q. 4 n. 18. (d) Veld dis. 33 nn. 70 y 71. (e) Parlad. lib. 1 cap. 6 § 2 nn. 12 y 13.

tas por derecho contra ellos, sin que se puedan sustentar, ni defender con ninguna causa, ni color de daño emergente, ó lucro cesante, ni con otro algun pretexto, aunque sea en nombre de cambio; y revocamos la ley 9 tit. 18 lib. 5 de la Recop. y las demas leyes, órdenes y cédulas nuestras, y qualesquiera usos ó costumbres que uviere avido en contrario, ó uviere de aquí adelante. Y para excluir las obligaciones simuladas que se pueden hacer en fraude de esta ley, incluyendo en ellas los intereses como suerte principal, mandamos que el deudor al tiempo que otorgare qualquier escritura ó cédula, en que se obligue á pagar alguna cantidad, declare en ella con juramento, si hay intereses y lo que montan, y el Escribano dé fé de tal juramento; y el acreedor para usar de la escritura ó cédula hecha en su favor haga el mismo juramento; y sin lo uno y lo otro no se pueda executar ningun instrumento ó cédula, aunque esté reconocida, ni admitirle las Justicias en ningun tribunal ni juicio ó fuera de él, ni haga fé, ni probanza para ningun caso ni efecto, porque queremos que lo susodicho sea tenido por forma substancial de qualesquiera obligaciones ó contratos que se hicieren ó celebraren por escrito; y faltando en ellos la dicha forma los declaramos por nulos, como si no se uviesen hecho ni otorgado, y no obstante el dicho juramento de entrámbas partes siempre que se probare lo contrario, se proceda contra ellos como usurarios y logreros conforme á derecho."

4o No es tampoco executiva la obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego, aunque sea de los permitidos, ni la de pagar las mercaderías que los mercaderes, plateros y otros negociantes fian á los novios para casarse, ni la que constituyen los hijos de familia de pagar quando se casen, hereden á sus padres, ó sucedan en algun mayorazgo ó en otros tiempos inciertos, á ménos que lo permitan sus padres: ni la hecha por estudiante sin consentimiento del que le tiene en el estudio, ni la que contrae la muger casada sin licencia de su marido: de todo lo qual como tambien de la

inteligencia de la ley 63 de Toro, y dentro de qué término se ha de pedir la execucion por obligacion personal y réditos de censo, se trató extensamente en la I. P. (*a*) Y es de advertir á los Escribanos que les está prohibido autorizar escrituras de obligacion de préstamo en mercaderías, y á los mercaderes y á otros dar cantidad alguna prestada en ellas de qualquiera especie que sean, baxo las penas que á unos y otros impone la Real cédula de 16 de septiembre de 1784 que dice: "Don Cárlos, &c. Por lo qual mando subsista en su vigor y rigorosa observancia la ley del reyno quarta, título once, libro quinto de la Recopilacion que previene, que en los contratos en que las partes se obligan por razon de mercaderías, se ponga y declare la mercadería que se vende, por menudo y extenso, de manera que se entienda qué es lo que se vende, y el precio que se da por ello; y que para evitar fraudes todos los Escribanos ante quien pasaren los tales contratos, lo hagan y cumplan así. Y prohibo absolutamente que ninguna persona comerciante, mercader ó de otra clase pueda dar ni dé á préstamo cantidad alguna en mercaderías de qualquier especie que sean: ni los Escribanos otorguen escritura alguna sobre tales contratos so pena de suspension de oficio por dos años al Escribano que los otorgare, y de perder la cantidad dada así á préstamo, aplicada por terceras partes, á Juez, Cámara y denunciador; bastando la prueba privilegiada de derecho que es competente en todo contrato usurario y de difícil prueba, teniendo el Juez ó Jueces ordinarios que conocieren de tales contratos, particular atencion á que si la persona que huviere tomado á préstamo en mercaderías solas, ó junto con dinero, acostumbrare á executar tales contratos malversando sus bienes y patrimonio, con justificacion correspondiente se le ponga la conveniente intervencion para evitar su desarreglo, con expresa derogacion de todo fuero privilegiado en qualquiera de los contrayentes en la forma que se expresa

(*a*) Cap. 16 nn. 4 y sigg. y cap. 18 nn. 16, &c. y 20, 33 y 51.

en otra cédula que se expide con esta fecha respecto al pago de los créditos de artesanos, menestrales, jornaleros, criados, acreedores alimentarios y alquileres de casas; entendiéndose todo sin perjuicio de que se observen en lo que fueren justos los contratos de cambio marítimo sobre mercaderías que suelen practicarse en los puertos de comercio con el fin de habilitarse los dueños de baxeles para la navegacion mercantil, y especialmente para la de Indias." Asimismo en los artículos 4 y 5 de la Real cédula prohibitiva de la reventa, estanco y monopolio de granos, expedida en esta corte á 16 de julio de 1790, se manda lo siguiente: Artículo 4. "El Sr. D. Felipe Quarto mi glorioso progenitor por su Real pragmática que forma la ley 14 tit. 25 lib. 5 de la Recop. estableció que no se pueda dar trigo ni cebada al fiado ni vendido, reservando el vendedor ó el que le prestó en sí la eleccion de cobrarlo en la misma especie ó en dinero, prescribiendo en ella con grande acierto lo que en esto se debe observar; pero como aquella disposicion es limitada á los adelantamientos de Búrgos, Cámpos y Leon, y militan las mismas razones para lo restante del reyno: deseando mi paternal amor logren de aquel beneficio todos mis vasallos, no solo renuevo para los referidos adelantamientos la observancia de lo dispuesto en dicha ley, sino que quiero y ordeno, se extienda con generalidad á todas las provincias de estos reynos y señoríos; y el tenor de la citada ley es como se sigue." —"Ordenamos y mandamos que ogora y de aquí adelante en todas las ciudades, villas y lugares de los adelantamientos de Búrgos, Cámpos y Leon las personas que vendieren trigo, cebada, centeno y otras semillas fiado, no puedan reservar en sí la eleccion de cobrarlo en dinero, ó en pan, sino que si el contrato fuere emprestido, la restitucion aya de ser y sea en el mismo género; y si fuere venta, la paga aya de ser en dinero, sin que el comprador quede obligado á darlo en otra especie, y habiendo de aver eleccion, esta aya de ser del comprador; y que no se pueda vender fiado ningun trigo, cebada, centeno, ni otras se-

millas á pagarlo á mayores valías de los mercados, probadas por testimonio sacado por el vendedor, ó por otra persona sin citacion del comprador, sino que el precio aya de ser ni el mayor ni el menor, sino el mediano que valiere en los quatro mercados continuos del mes ó meses que se señalaren por las partes; y para que se sepa el dicho precio y valías, mandamos que las Justicias de las dichas ciudades, villas y lugares donde se hicieren los mercados, de su oficio ante el Escrivano de Ayuntamiento aviendo precedido informacion necesaria de ello, dexen declarado las dichas valías, y el Escrivano lo tenga de manifiesto para dar certificacion de ello, por las quales se ha de estar y esté; y el precio mediano que resultare de los dichos quatro mercados, sea al que los compradores tengan obligacion y no mas; y las obligaciones y contratos que de otra manera se hicieren no valgan, y se reduzcan á lo que por esta nuestra se ordena y manda, so pena que el vendedor que contraviniere á lo susodicho, tenga perdido el pan que vendiere, ó valor aplicado por tercias partes Cámara, Juez y denunciador, y los Escrivanos no reciban las obligaciones, ni las obliguen contra lo que aquí se dispone so pena de quatro años de suspension de oficio y de cincuenta mil maravedís aplicados en la dicha forma." = Artículo 5. "Consecuente á la referida disposicion y deseando proveer de remedio oportuno á beneficio de los labradores y cosecheros que entre año toman dinero ó géneros apreciados de mercaderes ú otras personas para sostener su labranza, y se ven precisados á la cosecha á cederles sus frutos á los precios que quieren los mercaderes ó prestadores: declaro deber quedar reducida la accion de estos á percibir sus créditos en dinero con la prorata del interes al seis por ciento al año, si fuere comerciante el prestador, segun la prorata de los meses que hubieren corrido, baxo la pena de nulidad de lo que se hiciere en contrario, y la prohibicion de renunciar los labradores, aunque sea en contratos ó convenciones privadas, lo prevenido en esta disposicion, y de que Escribano alguno pueda pena de suspension de oficio

extender escritura opuesta á esta ley y disposicion, haciéndolo así observar los Jueces en los pleytos é instancias que vinieren ante ellos, y aun procediendo de oficio contra los mercaderes ó prestadores que usaren estos medios reprobados."

41 El instrumento líquido ó liquidacion que consta por instrumento público, ó por confesion y reconocimiento judicial de la parte hecho en forma legal, sea de tutela, compañía fenecida, intereses, daños, ó de otra qualquiera clase de deuda, trae aparejada execucion; mas no, sino está líquido, y así no se debe proceder executivamente en su virtud hasta que se liquide. (1) Si comprehende cantidad cierta de trigo, vino, aceyte ú otra especie semejante, puede despacharse execucion por la quota de la especie ántes que se liquide el valor de esta, porque la incertidumbre del precio no hace incierto el crédito: si es de tutela, luego que el tutor dé la cuenta de ella y no ántes; y si ofreciendo daria con pago se le executare primero que la dé, será nula la execucion, y podrá impedir su progreso esta excepcion, si la opone: y si es de compañía, tendrá lugar la execucion, liquidadas que sean las de esta, á ménos que se haya pactado en la escritura que por el capital se pueda executar ántes de liquidarse, luego que se disuelva, (a) pues entónces habrá lugar por él la execucion, porque es líquido.

42 Por alimentos ó intereses de dote retardada se puede proceder executivamente sin necesidad de hacer liquidacion, porque la obligacion de los alimentos la

(1) Esto es opinable, aunque la sentencia de Febrero siguiendo á otros muchos AA. es la mas corriente. Pero si con efecto se despacha la execucion por lo no líquido, y el executado no apela, se ha de continuar: de manera que no haciéndose la liquidacion en el curso de la execucion, y sentenciándose la causa de remate, si se interpone apelacion en este estado por haberse despachado la execucion por lo no líquido, no debe revocarse la sentencia. Lara de Annivers. lib. 1. cap. 10 desde el n. 66, donde cita la ley 1 tit 21 lib. 4 R. Gutier. de Juram. confirmat. part. 3 cap. 19 n. 7.

(a) Baez. de Decima tutori cap. 2 n. 168. Rodrig. de Execut. art. 4 cit. nn. 35 y 36. Parlad. § 12 cit. limit. 4 nn. 27, &c. y 31.

trae aparejada, y los intereses de la dote se deben por derecho, (a) como que se permite llevarlos, y se dan para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, sin que por ello se cometa usura. (b)

43 Pidiéndose execucion en virtud de un instrumento por lo líquido y no líquido, debe despacharse por aquello; aunque el deudor ofrezca, deposite, ó dé fianza por todo el débito, porque la execucion de lo líquido no se debe retardar por lo no líquido, ni se impide sino con la paga, y el depósito y fianza no son paga; excepto que lo líquido y no líquido esten de tal suerte unidos que por la parte no líquida se reduzca á no líquida toda la cantidad, en cuyo caso se ha de hacer primero la liquidacion de todo para proceder executivamente, (c) como quando el deudor recibe prestada cierta cantidad de dinero, á cuyo pago se obliga por escritura, y para que su acreedor se reintegre de ella, le cede las rentas de varios bienes, dándole poder para administrarlos, y las está cobrando algunos años; pues entónces, aunque en la escritura se expresa cantidad líquida, como lo no líquido percibido de las rentas del deudor la hace no líquida por ignorarse quanto es lo cobrado, no se debe despachar execucion por el todo ni parte de ella, hasta que se liquide y apruebe lo que el acreedor percibió en pago de su crédito. Pero si lo líquido se puede separar de lo que no lo está, para evitar el deudor que se continúe para ello la execucion, lo que debe hacer, es consignarlo y consentir se entregue al acreedor, ofreciendo pagar lo que se liquidare de lo que no está líquido, luego que se liquide, con lo qual cesa la execucion. (d)

44 Para que el instrumento no liquidado la traiga aparejada, se requiere una de dos cosas: ó estimacion cierta de la cantidad, daños, expensas ó intereses segun

(a) Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 10 n. 5. Surd. de Alim. tit. 1 q. 42 nn. 14, &c. y 22. (b) Vease la I. P. cap. 16 n. 33. (c) Vela dis. 24 n. 26. Carlev. tit. 3 disp. 15. (d) Acev. ley 1 tit. 21 lib. 4 R. n. 45. Rodrig. lug. cit. n. 37.

la costumbre indubitada del pueblo, y que en ella convengan las partes, si en el mismo instrumento no se expresó su importe; ó que el obligado la defiera en el juramento y declaracion del actor, en cuyo caso si la regulacion del que jura, fuere excesiva, y lo expusiere así el reo, se ha de reducir por el Juez á lo justo en la forma explicada en el cap. 1 de este lib. n. 98, y por esto executarse. (a)

45 Se puede hacer la liquidacion del instrumento no líquido por escrituras, probanza de testigos, contadores, ó juramento decisorio, ó en pleyto, siendo pedido, segun lo exija la cosa que se controvierte, con audiencia de las partes y conocimiento sumario; y por lo que el Juez declarare, y se liquidare y aprobaren aquellas, se ha de despachar la execucion. (b) Y si se hace la liquidacion por testigos ó árbitros, y discuerdan en la cantidad, ha de regular el Juez á su arbitrio la que le parezca mas justa y moderada, y por su importe ha de despacharse tambien la execucion sin embargo de apelacion. (c)

46 Aunque la liquidacion se haga á presencia de Escribano y de las partes, preceda para ella auto dado á instancia de la una, y ámbas la firmen, debe reconocerla y confesarla despues, ó ratificarse en ella baxo de juramento la que resulte alcanzada, y sin esta diligencia no ha de despacharse execucion por el alcance, á causa de faltar el requisito legal, que es el reconocimiento jurado ante el Juez y Escribano, ó ante este de su órden, en cuya atencion se tendrá por instrumento privado y servirá únicamente para la vía ordinaria; pues la ley no permite que la liquidacion sea executiva sin aquel, ni el Escribano le presta toda la autoridad que al instrumento que se otorga ante él, ni para hacerla concurre la solemnidad de testigos que en el otorga-

(a) Hermos. ley 10 tit. 1 P. 5 glos. 4 nn. 444, 445 y 446. Covar. cap. 11 cit. Guzm. de Evicion. q. 14. (b) Abreu in cap. 20 Prætor. verb. Excepcio n. 52. Covar. lug. cit. Carlev. tit. 3 disp. 3 n. 44. (c) Gutier. in Repet. leg. Nemo potest. n. 447. Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 8 n. 47 y cap. 11 n. 20. Vela diss. 24 n. 20.

miento de este, ni la corrobora con el signo ó carácter Real, para que no se pueda dudar de su contenido, lo qual he visto observar á los Jueces literatos como arreglado al espíritu de las leyes, y el practicar lo contrario es un error clásico, no obstante lo que diga Escobar: (a) por lo que si alguno pide execucion en virtud de esta liquidacion, debe proveer el Juez: "No ha lugar por ahora á la execucion que esta parte pretende: pida conforme á derecho:" es decir; pretenda el reconocimiento y ratificacion primero, y hecha llanamente, pida la execucion y se despachará.

47 En quanto á las cuentas extrajudiciales formalizadas por las partes ó alguna de ellas, ó por los contadores que nombran, sean de administraciones, gastos de pleytos, ó de otras cosas y negocios, es preciso distinguir. Si un Administrador ó encargado de negocios las da sin justificar los pagos que exigen documentos para su abono, (pues hay ciertos negocios en que se hacen gastos secretos, de los que no se puede sacar ni se debe pedir recibo sino estar á la asercion y buena fé del comisionado, ó no haberse fiado de él; y hay otros tambien como gastos en pleytos y otras menudencias de que no se estila dar recibo, por lo que ha de estarse á la relacion jurada y puntual del que da la cuenta hasta que se pruebe lo contrario) se ha de pretender para abreviar que las reconozca este, y presente los documentos justificativos de la data; y que en virtud del reconocimiento, produzcalos ó no en el término prefinido, el Escribano liquide con citacion suya ante todas cosas las partidas no justificadas, y que con la propia citacion y audiencia se apruebe la liquidacion y pase en autoridad de cosa juzgada; y aprobada debe pedir que por lo que no resulte documentado, se expida mandamiento de execucion contra él como alcance líquido, saque ó no en la cuenta alguno contra sí: porque el cargo es confesion de lo recibido con obligacion de responder de ello, y cierto é indubitado como corroborado con juramento que es se-

(a) De Ratiocin. cap. 31 nn. 1, &c. y 9.

gunda confesion, y á la data ó partidas que debiendo estar documentadas, no lo estan, no se debe dar crédito, á causa de faltarles la justificacion que las debe acompañar, de suerte que queda líquido en su importe el cargo, por ser lo mismo que sino las datara. Así pues, no dudándose de este por la confesion ó reconocimiento jurado y la liquidacion, no estando justificada la data como debe, y habiendo sido contumaz el reo en no haber querido producir los documentos, sin embargo de habérsele mandado; se ha de despachar la execucion, no solo por el alcance que saque contra sí, sino tambien por lo que carezca de justificacion en la data, porque esto se presume puesto con el único fin de cubrir el cargo, y así no merece aprecio. De nada sirve alegar que la confesion y reconocimiento de la cuenta es conjunto con cargo y data, pues ademas de que el de esta como hecho á su favor no le aprovecha, no es individuo é inseparable, aunque hecho juntamente ó á un propio tiempo, lo qual es muy diverso: por manera que no hace no líquido el cargo la parte de la data no justificada, porque puede haber lo uno sin la otra, ó esta sin aquel, quando todo se suplió y nada se percibió, y la data no justificada quando debe estarlo, no es data legítima sino suposicion de partidas para cubrir el cargo. Pero si el administrador documenta su cuenta y la jura, no se debe despachar la execucion, aun quando la reconozca, á pretexto de que pueden ser suplantados los recados de justificacion; porque estos y el juramento inducen á su favor la presuncion de ser legítimos y verdaderos, miéntras no se acredite la suplantacion y falsedad, y sobre esta como que exíge discusion y exámen mas prolixo, debe ser oido en via ordinaria. Si las cuentas se aprueban y reconocen en juicio con la solemnidad legal, y quien resulta alcanzado, consiente el alcance, traen aparejada execucion; pero si falta este requisito, no son executivas, aun en el caso de que el que las formó por órden de los interesados, sea inteligente, timorato y fidedigno, y de que jure que son verídicas; por lo que se han de liquidar, exáminar y deshacer primero los agravios

ó reparos que contengan, hasta que queden purificadas: (a) lo qual parece debe proceder, aunque el dueño se haya obligado en instrumento público á pasar por la cuenta jurada que le diere su Administrador ó Apoderado, y á satisfacerle el alcance que saque en ella á su favor; pues sin embargo de que por esta obligacion suene que aprueba la cuenta, que confiesa por líquido el alcance, y que en caso de contener agravios le remite su importe; como pueden estar erradas, y ser excesivas ó dolosas algunas de sus partidas: como el error quita el consentimiento, lo excesivo se debe reducir á lo justo, el dolo futuro no se puede remitir ni renunciar por pacto, la aprobacion debe recaer sobre cosa cierta pasada y no sobre la futura que no tiene existencia, la confesion ha de ser de lo que no admite duda, la execucion de lo que no se puede debilitar por medio alguno, el juramento no es decisorio del pleyto, por no concurrir para hacerle las circunstancias que prescribe el derecho; y la obligacion solo induce una mera confianza del dueño sin excluir el dolo ni error que el Administrador abusando de ella puede cometer; no se debe despachar la execucion hasta que se liquide y purifique: en cuya atencion lo que creo debe hacerse en este caso, es dar mandato de pagar contra el dueño, conminándole en la tercera providencia con la execucion, y si no obstante es contumaz y no acude á pedir los autos, despacharla; mas acudiendo se le deben entregar y oirle en via ordinaria sobre los agravios que oponga á la cuenta. Pero si el dueño se obligó baxo de juramento á pagar á su Administrador el alcance referido, y en el instrumento le dió facultad para que por su importe procediese executivamente contra él sin otro requisito, diligencia, ni liquidacion, se podrá despachar la execucion, porque el juramento ha de observarse siempre que se pueda, y hecho el pago baxo de fianza usará de su derecho en via ordinaria por los agravios que halle en la cuenta, por-

(a) Escob. de Ratiocin. cap. 10. Vela diss. 21 nu. 15 y 76. García de Expens. cap. 20 n. 22. Bobadill. lib. 5 Polit. cap. 4 n. 84.

que con el juramento no es visto haber perdonado ni aprobado el dolo ni error ignorados, miéntras no lo exprese clara y específicamente. Este es mi parecer en estos casos que no he visto así tratados en ningun autor. Y finalmente si un Administrador tiene sus cuentas aprobadas hasta cierto tiempo en las que alcanza al dueño, y otras posteriores sin aprobar, y este pretende que las dé nuevamente de todo el tiempo de su administracion, debe resistirlo, porque con allanarse se perjudica en la accion executiva que por la aprobacion siendo reconocida puede intentar por el alcance líquido, y así las dará solamente del tiempo anterior, pedirá reconocimiento de la aprobacion de las precedentes y en su virtud la execucion, y el deudor justificará sus excepciones en los diez dias, ó sino las justifica, pagará reservándosele su derecho para la via ordinaria, en la que hará cada uno su probanza, como le convenga, sobre todas las cuentas, hecho el pago de lo líquido aprobado y reconocido. (1)

48 Los libros de cuentas que alguno tiene en su casa y en los que sienta lo que dice le estan debiendo varias

(1) Si alguno solicita que otro le dé cuentas teniendo obligacion de dárselas, se las manda dar el Juez, y para hacerlas cada interesado nombra contador, ó el Juez en defecto del que no le nombrare, como asimismo tercero en caso de discordia. Los contadores precediendo su juramento hacen las cuentas y las presentan al Juez, quien da traslado de ellas á las partes para que las vean y adicionen en el término que les señala, con apercibimiento de que pasado las aprobará y mandará executar. Sino las adicionan en dicho término, las aprueba el Juez señalando un breve plazo para que se satisfaga el alcance, y sino se hace, se despacha por este la execucion no obstante qualquiera apelacion ó contradiccion. Mas si las cuentas se adicionan en el término señalado, se da traslado de las adiciones á la parte, se sigue un juicio ordinario y se decide por el Juez confirmando ó revocando las cuentas, segun le parezca justo: de cuya sentencia ha lugar apelacion, excepto que en lo que los contadores ó su mayor parte estuvieren conformes, si lo confirma el Juez, trae aparejada execucion y ha de executarse sin embargo de apelacion dándose fianzas de volver lo que se recibiere en caso de revocarse, con frutos y segun se mandare. Esta es doctrina de Hevia Bolaños (Juicio execut. § 4 nn. 3 y 4.) que cita en comprobacion de ella la ley 14 tit. 21 lib. 4. R. á Acevedo ley 22 tit. 6 lib. 3. R. nn. 3, 4 y 5, y á Gutierrez lib. 1. Pract. q. 37 n. 3.

personas, no deben ser creidos en esto, (a) porque la confesion que hace en los libros es contra tercero, y esta no vale, como se ha sentado en el n. 14. Si las cuentas son de bienes del Rey, iglesia ó concejo y sus repartimientos, y se dan en juicio, se han de executar sin embargo de apelacion por su alcance, siendo reconocido en la forma propuesta y aprobándolas el Juez, no en otros términos. (b)

49 No se debe proceder executivamente contra el obligado á dar cuentas ántes que las dé, aunque se advierta y sepa que ha de resultar alcanzado en ellas, porque no hay cantidad líquida y cierta, mas por los bienes que constan inventariados y por el capital puesto en la compañía bien se puede despachar la execucion, pactándose así en instrumento público, porque como indubitados no se les puede poner el reparo de no líquidos y errados. (c) (1) Y es de advertir que una vez dadas las cuentas no se deben volver á pedir al que las dió, excepto que por él haya lesion, dolo ó error en ellas, en cuyo caso especificándolo claramente el que las pide, puede ser compelido el otro á reiterarlas. (d) Tambien es de advertir, que quien pide por todo lo que contiene

(a) Así lo dispone la ley fin. tit. 18 P. 3. "Por ende decimos, que si fallaren en algun quaderno de algun home finado que le deve dar, ó facer otro alguno alguna cosa, que tal escritura como esta non deve ser creida, nin face prueva, maguer pareciesse buen home aquel, que lo ficiesse escrevir, é oviesse jurado que era verdadera." (b) Ley 22 tit. 6 lib. 3 R. y en ella Acev. Gutier. lib. 1 Pract. q. 37. n. 22. Salg. de Rey. prot. part. 2 cap. 11 nn. 37 y 39, y part. 4 cap. 9 num. 140. (c) Carleval. tit. 3 disp. 7. Salg. Labyr. part. 1 cap. 4 n. 20. Valenz. consil. 147 n. 34.

(1) Por tanto, puede despacharse execucion contra el tutor ó curador por los bienes del pupilo ó menor puestos en el inventario, y los pupilos y menores podrán pedir sus bienes, raices ántes de hacerse la cuenta final. (Dominguez Ilustracion á la Curia Philip. tom. 1 p. 2 cap. 4 n. 7.) Pero sin embargo Carleval (de Judic. tit. 3 disp. 7 n. 9.) dice que ántes de dar las cuentas no puede ser reconvenido el tutor sino en via ordinaria hasta que haya cosa líquida, porque aun respecto de lo que conste se le entregó por inventario, puede excepcionar venta u otro contrato que fuese útil al menor.

(d) Cancer. part. 3 Var. cap. 15 n. 305. Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 40 n. 7.

el libro, debe estar no solo por las partidas que consta ha recibido el executado, sino tambien por las que este tenga adaptadas como entregadas al executante, porque mas se juzgan conjuntas que separadas, y la confesion del executado no se puede dividir. (a)

50 Los rescriptos, privilegios, cédulas y provisiones Reales que no ceden en perjuicio de tercero ni del público, ni han sido obtenidos con el vicio de obrepcion ó subrepcion, ni se oponen al derecho divino, natural, ni positivo, y por consiguiente son justos, deben ser obedecidos y traen aparejada execucion; (b) pero si ceden en detrimento de tercero, se han de executar solamente despues que se le oiga y provea sobre ello, y no de otra suerte, aunque contengan cláusulas derogatorias. (c) Y si son contra derecho positivo, contienen cláusulas especialmente derogatorias de este, y se expidieron con las de *motu propio*, *cierta ciencia y poderío Real absoluto*, se deben executar; mas no, careciendo de ellas. (d) (1)

51 No vale el rescripto dado contra otro, á ménos que en aquel se haga mencion especifica de este derogándole, ó que no se le oponga la excepcion de no mencionarse en él el primero; (e) y si este contiene cláusulas derogatorias de los subseqüentes, y la parte adquirió derecho en la cosa que se le concedió por él, es ineficaz el segundo careciendo de ellas, pues para derogar el primero se requiere necesariamente que las contenga, (f) porque el Soberano á nadie quiere privar sin causa del derecho adquirido, sino ántes bien dexar indemne el de la primera concesion. (g) Tampoco vale ni hace fe el expedido contra el estilo acostumbrado en el tiempo en

(a) Parlad. lib. 2 cap. ultim. part. 1 § 5 n. 20. (b) Leyes 2, 9, 20, 29, 30, 31, 36, &c. y 39 tit. 18 P. 3, y 1, 2, 3, 4 y 7 tit. 14, y 2 y 7 tit. 23 lib. 4 R. (c) Dichas leyes 20 tit. 18, 2, 3 y 4 tit. 14, y 2 y 7 tit. 23 lib. 4 R. (d) Leyes del tit. 14 lib. 44 cit.

(1) No es de presumir que el Soberano quiere abrogar ó derogar las leyes con un rescripto, sino es que lo exprese en este.

(e) Cap. 3 de Rescript. Clementin. 2 de Sepult. Ley 36 tit. 18 P. 3. Larrea alleg. 58 n. 12. (f) Cur. Philip. ilustr. part. 2 § 2 n. 3. (g) Cur. Philip. lug. cit.

que se expidió, porque se presume falso; (a) ni el obtenido por el excomulgado, (b) ni sin poder de la parte que suena, en materias de justicia, aunque sí en las de gracia. (c) (1)

52 Los juros, situaciones y libranzas dadas por el Rey, ó por los Ministros á quienes concede esta facultad, contra los Tesoreros, Cobradores y Administradores de la Real Hacienda, traen aparejada execucion; (d) como tambien las dadas contra los arrendadores de sus rentas, si las aceptan y reconocen judicialmente, y no en otra forma; (e) y si no las pagan dentro del tercer dia siguiente al requerimiento que se les haga á este efecto, deben satisfacer los salarios que por su morosidad se causen y devenguen. (f)

53 Y últimamente tambien la traen aparejada los tributos públicos y Reales, (g) y los diezmos y primicias de la iglesia, quando por instrumento executivo consta estarse debiendo, pues no constando se ha de proceder contra los deudores breve y sumariamente atendida solamente la verdad. (h)

(a) Ley 4 tit. 20 P. 3. (b) Cap. 1 de Rescriptis n. 6 y ley 38 tit. 18 P. 3. (c) Ley 39 tit. 18 P. 3. Greg. Lóp. en ella glos. 4. El Letrado que quiera instruirse bien de la materia de rescriptos, privilegios ó gracias, vea ademas de los nn. 314, &c. y 325 cap. 1 de este lib. á Valenzuel. consil. 77, á Larrea allegat. 91, á Salced. ley 4 tit. 14 lib. 3 R. cap. 24, 27 y 28, las leyes 34, &c. y 53 tit. 18 P. 3. y la 11 tit. 4 lib. 2 R.

(1) Quando la Cámara concede rescripto, gracia ó privilegio sin conocimiento alguno y en perjuicio de tercero, pide á instancia de este los papeles la Sala de Justicia del Consejo, donde se reveen con pleno conocimiento de causa y citacion de las partes, y justificado el perjuicio por los mismos privilegios ú otros instrumentos, se reticnen para que no use de ellos el privilegiado: si este se halla en posesion, se revoca el privilegio; y sino se justifica un verdadero perjuicio, se remite la gracia á la Cámara para que tenga efecto. Así se practica con arreglo á la ley 11 tit. 9 lib. 2 R. y lo trae el Señor Dominguez en su Ilustracion á la Curia Philip. tom. 1 part. 2 §. 2 n. 4.

(d) Ley 14 tit. 16 lib. 9 R. (e) Ley 9 tit. y lib. cit. (f) Ley 23 sig. (g) El tit. 14 lib. 6, el 6 lib. 7 y el 7 lib. 9 R. (h) Ley 5 tit. 7 lib. 9 R. Salg. de Reg. prot. part. 2 cap. 11. Grand. de Gavel. part. 4 c. 27.

§. II.

Quien puede pedir execucion y ser executado: quántas clases hay de bienes, y en quáles se puede ó no trabar; y si el acreedor que intentó la via ordinaria, podrá dexarla y pasar á la executiva.

54 En virtud de qualquiera de los documentos expresados en el §. anterior que traen aparejada execucion, puede pedirla toda persona á quien por derecho se permite camparecer en juicio, esté ó no nombrada en el instrumento, con tal que si no lo está, se trate de su interes y le competa accion por el instrumento, y que al tiempo de pedirla legitime su persona, pues no haciéndolo puede el Juez repelerle de oficio, y no debe despacharla. (*a*) Así el socio puede pretenderla por las deudas de la compañía, aunque no tenga poder ni cesion de sus consocios, (*b*) porque á estos está permitido defenderse judicialmente sin él dando la fianza expresada en la l. P. (*c*) como tambien el marido por la dote que se le prometió y no entregó, sea constante el matrimonio ó despues de disuelto, porque la hace suya en virtud de la responsabilidad y restitucion á que se obligó, (*d*) y asimismo por los bienes parafernales como conjunto y á nombre de su muger; (*e*) mas no cobrarlos sin poder suyo, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales; (*f*) por lo que no es responsable á su importe, y solo le compete su administracion, no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse.

55 El heredero del acreedor justificando serlo por lo ménos al tiempo de la oposicion, puede pedir execucion

(*a*) Vela diss. 27 n. 4. Olea de Ces. tit. 3 q. 4 y tit. 6 q. 9 y 10. Parlad. lib. 2 cap. fin part. 3 §. 1 an. 1, 2 y 7. (*b*) Ley 4 tit. 32 P. 3 y sus glos. 5, y ley 6 tit. 10 P. 5. Parlad. lug. cit. n. 5. (*c*) Cap. 23 n. 11. (*d*) Leyes 1 y 7 tit. 11 P. 4. (*e*) Góm. ley 50 de Toro, n. 20. Castill. lib. 4. Controv. cap. 40 n. 48. Olea de Ces. tit. 4 q. 6 n. 24. (*f*) Rodrig. de Execut. cap. 3 n. 12.

contra el deudor de este; y si hay dos ó mas herederos, cada uno por sola su parte, sino es que tenga poder ó cesion de los coherederos ántes de la litis, ó que pendiente esta se le den ratificando lo que actuó; (a) mas para que se le admita en el juicio, debe legitimar ante todas cosas su persona. (b) Lo propio pueden hacer el comprador de la herencia contra los deudores de esta, (c) el testamentario universal, á quien dió facultad el testador para distribuir sus bienes, pues se tiene el lugar de heredero, y se le transfieren las acciones que aquel tenia; (d) y tambien el legatario y fideicomisario contra el que tiene lo que se le legó, sin que necesite cesion del heredero. (e) (1)

56 Puede pedir execucion el fiador contra el deudor principal, por lo que pagó por él voluntariamente, ó apremiado despues de cumplido el plazo, presentando la escritura de obligacion que aquel hizo, y la cesion ó lasto del acreedor, tenga ó no otorgado á su favor el deudor escritura de indemnidad; (f) pero si el acreedor no le cediere sus acciones, ni hubiese escritura de indemnidad, solo podrá intentar contra él la accion de mandato que le compete por haber hecho su negocio, (g) para reintegrarse de su desembolso en via ordinaria, á causa de no estar obligado á su favor executivamente, y de faltar la cesion y la indemnidad que traen aparejada la execucion; (h) bien que lo mejor es que se las ceda en el acto de la paga, con lo qual cesa toda disputa.

(a) Rodrig. nn. 13, &c. y 17. (b) Rodrig. nn. 15 y 16. Olea tit. 6 q. 9 nn. 32, &c. y 35. (c) Olea tit. 3 q. 8. n. 16. Rodrig. n. 18. (d) Leyes 2 y 4 tit. 10 P. 6. Rodrig. n. 19. Covar. in cap. Joann. de Testam. n. 5. (e) Olea tit. 4 q. 5 n. 37 y tit. 7 q. 1 n. 4. Rodrig. n. 20. Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 3 §. 3 nn. 9 y 10.

(1) Si el difunto debia alguna cantidad á su heredero, de que consta por instrumento executivo, puede hacerse pago por sí mismo; pero sino tiene tal instrumento, se ha de nombrar defensor á la herencia, poner la demanda, citar á los acreedores de la herencia y probarse el crédito. Sr. Dominguez Ilustr. á la Cur. Philip. tom. 1 part. 2 §. 9 n. 7.

(f) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 3 §. 4 n. 2. Olea de Ces. jur. tit. 5 q. 5 nn. 45, 53 y 58. Rodrig. nn. 26 y 27. (g) Leyes 11, 16 y 21 tit. 12 P. 5. (h) Parlad. §. 4 cit. n. 3.

57 Igualmente puede pedirla contra los demas fiadores por lo que pagó por ellos á prorata de la obligacion que cada uno constituyó, presentando el lasto del acreedor, pues sin él no se da accion al fiador contra los confiadores (a) ni al mancomunado contra los compañeros, (b) ya se formalice con fé de entrega del dinero, ya con confesion de su anterior recibo y renuncia de la excepcion del dinero no entregado, porque basta que en el lasto confiese el acreedor que el fiador le pagó su crédito por sí y por los confiadores, (c) puesto que ninguna ley manda que intervenga la fé de entrega, ni por intervenir la invalida, ni priva al fiador del beneficio de la cesion de acciones, (1) y para que los fiadores y mancomunados no sean perjudicados, ha dispuesto el derecho (d) que rehusando el acreedor darles el lasto no tenga accion á exigir de ellos su débito, y que esta excepcion obste el percibo hasta que se le dé. Si el negocio toca principalmente en todo ó parte al fiador ó mancomunado, no le compete accion alguna contra los demas, porque hizo el suyo y no el de estos. (e) Si renuncian la excepcion de la cesion de acciones, puede el acreedor reconvenir á todos á prorota, ó por el todo á uno solo, y pagándole este quedan libres los consocios; y si contraxeron fianza ú obligacion por ciertas y determinadas cantidades, v. g. el uno por 20 y el otro por 40, &c. y alguno de ellos se constituye insolvente ó fallido, no estan obligados sus consocios á pagar la parte de este; pero si se contraxo simplemente, se ha de dividir proporcionalmente entre ellos, (f) porque es visto haberse obligado así y tomado á su cargo la insolvencia del consocio.

58 Disuelto el matrimonio puede pedir execucion la muger por la dote que su marido recibió, y por las ar-

(a) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 4 §. 6 n. 1. (b) Ley 1 Cod. de Duobus reis stipulandi. (c) Parlad. lug. cit. n. 7. Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 63 n. 12. Rodrig. lug. cit. nn. 29 y 30.

(1) No es necesario en este caso que conste de la verdadera entrega, porque la cesion no es sospechosa. Olea de Ces. jur. tit. 6 q. 10 n. 63.

(d) Ley 94 §. pen. ff. de Solutionib. Parlad. §. 6 cit. n. 3. (e) Parl. n. 4. (f) Greg. Lóp. ley 11 tit. 12 P. 5 glos. 5. Parlad. n. 5.

ras que le prometió, contra sus herederos; como asimismo por la que se le ofreció y no entregó á su marido, contra el ofrecedor. Lo mismo procede por su mitad de gananciales contra los deudores de su marido, (a) sin necesitar cesion de sus herederos, ni que se haga division y adjudicacion, porque le toca por derecho, y la hace suya, aunque en el instrumento no suenen las deudas á su favor sino al de su marido.

59 El Procurador ó Apoderado, tenga poder especial para executar, ó general para pleytos, puede pedir execucion en su virtud; (b) mas no cobrar la deuda, sin que en él ó en otro conste de esta facultad, y si solo pretenden se asegure, hasta que su dueño acuda á su cobro. (c) Tampoco puede pedir la execucion de cosa juzgada, si no tiene poder especial para ello, (d) ó el general carece de esta especialidad, por lo que en los poderes para pleytos conviene poner la cláusula: "de que defienda el poder dante hasta conseguir executoria con execucion de ella, sin que para seguirla necesite nuevo y especial poder, pues se ha de tener por tal para ello y para todo lo demas que ocurra hasta la entera conclusion del negocio, y para quanto intente en su utilidad."

60 La cesion de derechos y acciones puede ser de dos maneras, una *translativa*, y otra *extinctiva ó abdicativa*. La primera es aquella, por la que el cedente abdica y se priva del derecho que tiene trasfiriéndole en el sugeto, á cuyo favor hace la cesion. Y la segunda es por la que se extingue el derecho de quien la hace sin traspasarle en otra persona, de suerte que es una privacion y renuncia mas bien que cesion, (e) de lo qual se trata mas latamente en la I. P. cap. 4 y 23. Puede hacerse la cesion por comodidad del cedente y del ceso-

(a) Parlad. lib. 2 part. 3 cap. fin. §. 1 nn. 3 y 4. Olea tit. 4 q. 8 n. 35. Gom. ley 50 de Toro n. 51. Rodrig. nn. 5, &c. y 11. (b) Ley 7 tit. 14 P. 5 Rodrig. lug. cit. n. 37 hasta el fin. Parlad. lug. cit. §. 2. (c) Ley 9 tit. 9 P. 7. Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 3 n. 120. (d) Covar. lib. 1. Var. cap. 6 n. 3 vers. Quinto, et in Rubr. de Testam. p. 2 n. 42. (e) Sese tom. 3 decis. 286 n. 7. Olea de Ces. jur. tit. 1 q. 2 an. 13, &c. y 23.

nario, y se conocerá á la de qual de los dos se hace, atendiendo á quien toca el peligro del crédito cedido, pues á la de este pertenece principalmente; (a) bien que á veces suele efectuarse por utilidad del cedente y con riesgo del cesonario, y al contrario. En este supuesto digo que si la cesion se hizo por hacer alguna paga ó por otro motivo útil al cedente, puede este, aunque sea despues de hecha, transigir el débito, confesar su paga, liberar de él al deudor, ó parecer en juicio y exigirle de él executiva ú ordinariamente. (b) Y si la cesion se hizo por comodidad del cesonario no conservando ningun derecho el cedente, nada de lo dicho podrá practicar, y si lo practicare, podrá repelérsele por la excepcion de cesion de acciones que es legítima y como tal admisible. (c)

501. Así como el cedente puede pedir execucion por lo que se le debe, aun despues de hecha la cesion, así tambien el cesionario por el importe de lo que le ha cedido, ya sea en virtud de donacion, ya en la de venta, aunque no podrá pedir mas de lo que dió al cedente. (d) Pero es de advertir que si la cesion es onerosa, se ha de hacer al tiempo que el cesonario entrega el importe del débito, pues mediando intervalo de nada servirá, porque como el acreedor está reintegrado de antemano, ninguna accion tiene ya que ceder; y así quando el dinero no parece al tiempo de la cesion, no se ha de decir que está hecho el pago, sino que se hará. (e) Tambien es de advertir que para pedir execucion el cesonario contra el deudor, si la cesion se le hizo por escritura, debe presentarla quando la pide, con el documento del débito; y si es cesonario en virtud de endoso de algun vale ú otro papel simple, no solo debe pedir y hacer que le reconozca el deudor que le hizo, sino tambien que el endosante ó cedente confiese igualmente su endoso, pues sin este requisito no acredita ser dueño y verdadero cesonario, porque puede ha-

(a) Olea tit. 8 q. 2 n. 10. (b) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 3 §. 4 n. 15. Olea tit. 8 cit. y q. 2 nn. 14, 13, 16 y 24. (c) Olea q. 2 cit. y tit. 8 nn. 27 y 28. (d) Montalv. in repertor. verb. obligacion. Parlad. §. cit. 4, nn. 1, 7 y 8. (e) Parlad. §. 4 cit. n. fin.

ber substraido otro el papel, tomado el nombre del endosante, y hacer el endoso, ni por consiguiente ser parte legítima para repetir contra el deudor; y si se le opone esta excepcion, se enervará la execucion que sin la confesion ó reconocimiento del endosante se haya expedido. Sobre si es ó no preciso que el cesonario haga constar previamente la causa justa con que se le hizo, hay variedad de opiniones; pero en mi concepto no tiene obligacion de liquidar ántes su crédito, ni el deudor puede alegar injusticia en la cesion, pues no es de su inspeccion el que la causa de esta sea ó no justa, gratuita ú onerosa, ni el que la haya ó no para hacerla, sino de pagar quando se le demande en su virtud, pasado el plazo, á lo qual puede ser compelido por el cedente ó legítimo cesonario; y solamente le competirá la excepcion de si es ó no reprobada por derecho, y de si fué hecha á persona cabilosa, ó mas poderosa por su empleo que el cedente, á causa de que en esto pudo haberse cometido dolo.

62 Puede ser executado el heredero del que contraxo la obligacion acreditando serlo realmente y no de otra suerte; (a) (1) pero si este aceptó la herencia con beneficio de inventario, le hizo con pureza, y acredita haberle formalizado así, como debe hacerlo (pues no le basta protestar que le hará) se le ha de executar solo por su importe; y si la aceptó sin esta qualidad, puede ser executado por mas de lo que permita la herencia, aunque diga que no alcanza para la satisfaccion del débito. (b)

63 Si el heredero del deudor reconociere llanamente el vale hecho por este, se puede despachar execucion

(a) Rodrig. de Execut. cap. 4 n. 1. Carlev. tit. 3 disp. 9. Pallard. lib. 2 part. 4 cap. fin. §. 1 nn. 14 &c. y 9.

(1) No basta probar que aquel á quien se trata de executar, es hijo ó pariente del deudor difunto, aunque si compareciere en juicio como heredero, ó hiciese como tal algun acto, se tendrá esto por suficiente prueba. Bolaños Juic. execut. §. 10 n. 2.

(b) Leyes 10, 11 y 12 tit. 6, y 7 tit. 19 L. 6. Carlev. disp. 9 cit. nn. 10 y fin. Véase la 1. P. cap. 3 nn. 8 y 4, y este III. cap. 1 nn. 39 y 40.

contra él por su importe; mas no puede ser compelido á hacer el reconocimiento, si no quiere, porque es cosa inicua obligar al sucesor á que jure sobre lo que no ha visto escribir ni firmar, y sobre un hecho de que tal vez no tiene noticia, (a) y porque ademas puede ser supuesto, para lo qual no faltan perfectos imitadores de letras que debieran ser severamente castigados. Así que, no reconociéndole en la forma expuesta deberá el acreedor seguir la via ordinaria para reintegrarse de su crédito.

64 Habiendo dos ó mas herederos del deudor ha de ser executado cada uno á prorata de su haber y no mas, porque la obligacion de su causante se dividió proporcionalmente entre todos: de modo que aunque este los hubiese obligado, ó la grupo no tenga de que pagar su quota, no se debe exigir de los coherederos, excepto que el acreedor proceda por accion hipotecaria, pues entónces, como la obligacion sigue á la hipoteca, y es individua é inseparable de ella hasta que se extingue, puede proceder insolidum contra el que la posea, sea heredero ó sucesor singular, sin que necesite hacer excusion ni division, quedándole la repeticion contra los demas partícipes con el lasto del acreedor por lo que satisfaga por ellos. Lo propio milita en el enfitéusis y censo consignativo por los réditos vencidos, sobre lo qual que es corriente en la práctica, véanse los AA. (b)

65 Tambien puede executarse al hijo mejorado en tercio y quinto por las deudas de la herencia paterna, materna ó abolenga á prorata de la parte que conste haberle tocado en ella, sépase al tiempo de la particion, ó despues quales son, y háyase hecho la mejora en cosa cierta ó incierta de los bienes del mejorante, (c) y esto podrá practicarse en tres casos: el primero, quando acepta la herencia, y se le adjudican esta y la mejora; el

(a) Rodrig. de Execut. cap. 1 art. 2 n. 14. Parlad. lib. 2 part. 1 cap. ult. §. 5 n. 9. (b) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 4 §. 1 n. 11 hasta el fin. Rodrig. cap. 4 cit. nn. 13, &c. y 18. (c) Ley 5 tit. 6 lib. 5 R. Véase la L. 1. cap. 1 n. 1185, y á Rodrig. de Execut. cap. 4 nn. 19, &c. y 22.

segundo, quando repudia la herencia y acepta la mejora, pues entónces se reputa heredero, y puede ser reconvenido á prorata, sin que preceda excusion en los herederos; (*a*) y el tercero, quando se pide á un tiempo la execucion contra los herederos y el mejorado. (*b*)

66 El sucesor del mayorazgo puede ser executado por el débito á que estan obligados sus bienes, provenga este de la institucion, háyase impuesto el censo ó gravámen sobre ellos con facultad Real, ó en otro caso permitido, y aunque el poseedor no haya heredado al instituidor; y quando se intenta solamente la accion contra el sucesor en el mayorazgo, y no proporcionalmente contra él y los herederos del fundador á un propio tiempo, (que es lo que se debe hacer como mas seguro) se ha de continuar sin embargo la via executiva para evitar el rodeo dilatorio y perjudicial de demandar primero á aquellos, pues se debe proceder atendida la verdad del hecho, lo qual basta para compelerle á pagar.

67 No solo pueden ser executados los herederos instituidos expresamente, sino tambien los que en su lugar poseen la herencia del deudor, que llaman herederos *anómalos*, y son el fideicomisario universal, el legatario de todos los bienes, el fisco que sucedió en los del delinqüente ó del que falleció sin dexar parientes, el monasterio ó convento por los que obtuvo en representacion del Religioso, ó los testamentarios universales á quienes el difunto cometió la distribucion de todos sus bienes en sufragios por su alma ó en otros fines; (*c*) pues estos hacen veces de herederos y estan obligados á satisfacer las deudas de aquel cuya herencia poseen, porque es responsable á ellas.

68 Se puede proceder executivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa, sea el pleyto pendiente al tiempo de su adquisicion sobre accion real ó personal;

(*a*) Estos dos casos son los de la ley 21 de Toro. (*b*) De estos tres casos y del del n. sig. que son freqüentes, habla con mas extension Nogueroll alleg. 4 nn. 57, &c. y 71. (*c*) Rodrig. de Execut. nn. 23 y 24 cap. 4. Parlad. lib. 2 part. 4 cap. fin. §. 2 nn. 1, 2 y 3.

y aun quando se hubiese enagenado á Clérigo despues de empezado el litigio, puede el Juez secular proceder contra él y executar en ella la sentencia, hasta que se efectue el pago, porque á qualquiera parte ó persona adonde vaya, lleva el gravámen con que está afecta, miéntras no se liberte. (a)

69 La muger casada puede ser executada por la mitad de las deudas que contraxo durante su matrimonio juntamente con su marido, ó este solo en quanto alcance su mitad de gananciales, y si ámbos se obligaron por el todo insolidum, se puede pedir á ella toda la deuda hasta en su importe; mas no, si los renunció al tiempo ó ántes de casarse, ó despues de casada. (b) Pero esto se limita, quando el marido se constituyó fiador de otro, y tuvo que pagar por él; pues una vez que no está obligada á la fianza, tampoco lo estará la mitad de sus gananciales. (c)

70 Habiéndose despachado executoria contra ella ántes de contraer matrimonio se puede hacer execucion despues de contraido en sus bienes, aunque sean dotales, si carece de otros, citando á su marido, (d) porque el importe de lo que debia no era suyo, ni pudo haberle entregado á este por dote. Igualmente debe ser executada en sus propios bienes por el alcance de la tutela de sus hijos habidos en su anterior matrimonio, pues por la ley estan obligados á su solucion, como tambien los de su actual marido. (e) (1)

(a) Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 8 nn. 110 y 168. Carlev. tit. 3 disp. 11 n. 2. Noguerol. alleg. 29 n. 233. (b) Leyes 14 tit. 20 lib. 3 del Fuero Real y 9 tit. 9 lib. 5 R. Covar. lib. 3 Var. cap. 19 n. 3. Parlad. §. 2 cit. n. 4. Rodrig cap. 4 cit. n. 29. (c) Ley 7 tit. 3 lib. 5 R. y en ella Martinez. glos. 1 n. 2, y en la 3 tit. 9 glos. 7 n. 3. Rodrig. lug. cit. vers. Fallit tamen. (d) Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 8 n. 231. (e) Leyes 23 y 26 tit. 13 P. 5, y 5 al fin. tit. 16 P. 6.

(1) "Esso mismo decimos que se haria, si muriesse el marido de alguna muger de quien oviesse fijos, é teniendo ella en guarda á ellos, é á sus bienes se casasse otra vez, que fincan estonce todos los bienes de la madre obligados á sus fijos, é aun los de aquel con quien casa, fasta que ayan guardador, é que les den cuenta, é recabdo de lo suyo." Ley 26 cit.

71 Del mismo modo se puede proceder executivamente contra el socio obligado por las deudas de la sociedad, el qual tiene facultad de pagarlas de los bienes de esta, y luego con el lasto del acreedor sacar del fondo comun lo que satisfizo por los consócios; mas no el importe de las que contraxo en su privativa utilidad, porque á estas únicamente son responsables los suyos. (*a*)

72 El deudor del deudor principal puede ser executado por el acreedor privado personal, con tal que concurran tres circunstancias: la primera, que aquel confiese el débito, ó conste por otro medio legal que es deudor del deudor principal: la segunda, que este sea condenado á su solucion; y la tercera, que á consequencia de todo preceda excusion en sus bienes, y no los tenga, ó no alcancen para el pago total. (*b*)

73 La excusion *es un juicio en que se averiguan exácta y diligentemente las facultades del deudor principal, para que si está insolvente en todo ó parte, pueda el acreedor repetir por lo que no pague, contra los fiadores ú obligados secundariamente.* Es necesaria la excusion en los casos siguientes. El primero es, quando el deudor principal está presente, (*c*) excepto que renuncie este beneficio. (*d*) El segundo caso es, quando la finca hipotecada está en poder del tercero poseedor, pues entónces no puede este regularmente ser reconvenido, sin que se haga la excusion en los bienes del principal, (*e*) aunque sea por dote; (*f*) bien que acerca de esto véase lo que se dirá en el n. 82. El tercero es, quando el deudor enagenó la finca en fraude de sus acreedores. (*g*) El quarto, quando el padre enagenó los bienes que tocaban á sus hijos por su madre, pues estos han de hacer excusion en los paternos para reconve-

(*a*) Ley 16 tit. 10 P. 5. (*b*) Salg. lug. cit. n. 147 y de Retent. part. 2 cap. 28. Olea de Ces. tit. 4 q. 4 n. 9. Gutierr. de Gabel. q. 164 n. 18. (*c*) Ley 9 tit. 12 P. 5. (*d*) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 4 § 7 nn. 5, 6 y 7. (*e*) Ley 14 tit. 13 P. 5. (*f*) Greg. Lóp. ley 15 tit. 13 P. 5. (*g*) §. 6 Inst. de Action.

nir al que posea los maternos enagenados. (a) Y el quinto, quando la muger renunció el derecho hipotecario en el contrato de enagenacion que su marido hizo. (b) Y es de notar que en una misma demanda y juicio se pueden intentar y seguir la causa hipotecaria y la de excusion. (c)

74 En los casos expresados en la l. P. cap. 19 nn. 7, 8 y 9: en el de que el deudor verdadero no pueda ser reconvenido con facilidad por razon de su persona ó del lugar ó privilegio; y en el de que el fiador se haya obligado con juramento á satisfacer la deuda, consintiendo en que se le reconvenga ántes que al obligado principal, se puede dirigir la accion executiva contra el mismo fiador sin hacer excusion en los bienes del deudor. (d)

75 Lo mismo puede practicarse, quando el fiador es cambiante público, pues no goza del beneficio de la excusion por la utilidad general y buena fé que aquel debe tener y observar; como tambien quando el deudor tiene bienes, y no se puede hallar comprador sino con dificultad, dilacion y perjuicio del acreedor, en cuyo caso se le reputa insolvente, y este no se halla obligado á esperar ni recibir sus bienes en pago por la tasa. (e) Y debe tenerse presente que la sentencia dada contra el deudor principal puede executarse sin nueva citacion, nuevo juicio, ni proceso contra su fiador de pagar lo juzgado, no contra el de contrato ni el de comparecer en juicio, como afirman los AA. (f) Tambien es de tener presente que el fiador que paga como tal, puede compeler al acreedor á que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al obligado prin-

(a) Ley 24 tit. 13 P. 5. Covar. lib. 1 Var. cap. 8 n. 5. Garcia de Expens. cap. 13 n. 20 (b) Sobre los medios y modos de hacer la excusion, y acreditarla en juicio véase á Parlador. lib. 2 cap. fin. part. 4 §. 7 nn. 18 y 19. (c) Palac. Rub. in leg. 63 Taur. n. 47. Greg. Lóp. ley 14 tit. 13 P. 5. Parlad. lug. cit. n. 21. (d) Góm. lib. 2 Var. c. 13 n. 14 vers. Quinto limita. Rodrig. de Execut. cap. 4 nn. 36, &c. y 44. Parlad. dich. lib. 2 cap. fin. part. 4 §. 7 (e) Góm. n. cit. vers. Quarto limita, y vers. Octavo limita. (f) Góm. lib. 2 Var. cap. 13 n. 1, y Ayllon n. 2. Carlev. de Judic. t. 1 disp. 2 n. 318.

cipal y á prorata á los confiadores, y hasta que se le dé, no debe ser compelido á pagarle, aunque esté condenado á ello por executoria. En quanto á si el fiador, correo ó mancomunado que pagó toda la deuda, podrá con el lasto del acreedor repetir contra cada uno de los demas confiadores ó mancomunados por el todo de ella ó á prorata baxada su parte, véase á Parladorio (a) y á Olea. (b)

76 Por las deudas del concejo se debe hacer execucion en sus propios, quando se convirtieron en su utilidad y el ayuntamiento las contraxo en su nombre, segun parece, no si los individuos de él se obligaron en el suyo, ó no se convirtieron en utilidad de aquel. Mas sin embargo véase á Rodriguez (c) que controvirtiendo este punto afirma con varios AA. que conviértanse ó no en utilidad del concejo, se ha de dirigir la accion contra sus propios, y no contra los bienes de los que le representan, porque no se obligan como personas privadas sino como individuos de él y en su nombre, y que si los individuos del ayuntamiento obligan los bienes del pueblo y de sus vecinos, y estos lo consienten, ó hay costumbre de que puedan obligarlos á falta de propios del pueblo, quedarán obligados á prorata y podrán ser executados, segun se observa.

77 No ha lugar á la execucion contra el comprador de la herencia, á ménos que el acreedor no pueda cobrar su deuda del vendedor, ni contra el donatario, excepto que el donante no haya dexado ningun otro heredero, pues entónces se reputa universal. (d)

78 Contra el usufructuario singular no ha lugar tampoco á la execucion, pero sí contra el universal, y se ha de pedir contra los bienes y heredero propietario, con el qual y con el usufructuario se debe seguir y substanciar, porque se trata del perjuicio de ámbos; (e)

(a) Lib. 2 cap. fin. part. 4 §. 6. (b) De Ces. jur. tit. 5 q. 5. Véase el n. 32 cap. 19 P. I. (c) De Execut. cap. 4 nn. 31, &c. y 35. (d) Acerca de esto véase á Salg. Labyr. part. 2 cap. 26, y á Olea de Ces. jur. tit. 3 q. 9 n. 20. (e) Parlad. lib. 6 part. 4 cap. fin. §. 3 n. 6. Covar. lib. 2 Var. cap. 2 n. 4. Rodrig. cap. 4 cit. nn. 25 y 26.

aunque Salgado (a) dice con otros muchos que cita, que los acreedores no tienen accion contra el usufructuario sino contra el heredero, porque pasan inmediatamente á este todas las acciones activas y pasivas del testador, y sucede en ellas. (1)

79 Sin embargo de que el tutor se obligue como tal por las deudas de su menor, no ha lugar á la execucion contra él ni sus bienes, á ménos que no manifieste los de este; pues ofreciendo dar cuenta con pago, como regularmente se hace en semejantes contratos, se ha de proceder contra él en via ordinaria, porque con su oferta excluye é impide el uso de la executiva, hasta que conste el alcance líquido, excepto que se obligue en su propio nombre. (b) Y si el menor no tiene curador, se le debe dar para seguir el pleyto, nombrándole él en caso de haber entrado en la pubertad, ó el Juez, si se resistiere á nombrarle, ó el que nombre no admitiere el encargo (c) por excusa legítima que le exíma de ello. Pero acabada la tutela no habrá lugar á la execucion contra los fiadores del tutor por las cosas que este de su espontánea voluntad administró pertenecientes á su menor, porque es negocio y obligacion nueva, á que aquellos no se constituyeron responsables. (d)

80 Lo propio milita en los Administradores, Factores y Procuradores que como tales se obligan por sus principales; pues se puede proceder contra ellos durante su encargo y no despues porque incontinente que cesaron en él, espiró su obligacion, aunque no la de estos. (e)

81 Regularmente hablando no tiene lugar la execucion contra el tercero poseedor de los bienes obli-

(a) Labyr. part. 1 cap. 2 §. unic. n. 5.

(1) Si el usufructuario satisface la deuda, porque no se vendan los bienes, acabado el usufructo podrá retenerlos hasta que se le pague. Parlad. lib. 2 Rer. quotid. cap. fin. part. 4 §. 2 nn. 6, 7 y 8.

(b) Ley 17 tit. 16 P. 6. Gutier. de Tutel. part. 2 cap. 23. Baez. de Decim. tator. cap. 2 n. 168. Rodrig. n. 30. (c) Parlad. lug. cit. §. 4 nn. 1, 2, 3 y 4. (d) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 1 §. 12 limit. 7 nn. 58 y 59. (e) Parlad. dicho §. 3 nn. 3 y 4.

gados; esto es, del que los hubo por título de venta, donacion ú otro singular, ya se pretenda por cosa juzgada ú otro instrumento que la traiga aparejada y sea anterior al del tercero, ó ya se proceda por accion real ó personal, pues primero se ha de dirigir contra el principal y sus fiadores, haciéndose excusion en sus bienes, y luego ha de seguirse con el tercero en via ordinaria, hasta que por executoria se anule el título con que posee, revocándose la enagenacion hecha en él; (*a*) y le basta probar su posesion sin necesidad de presentar el título de esta que es suficiente alegar.

82 He dicho *regularmente hablando*, porque hay trece casos en los quales se puede proceder executivamente contra el tercero poseedor, citándole previamente para todas las diligencias executivas, porque se trata de su interes, sin ser necesario hacer excusion en los bienes del principal ni citarle, aunque haya algo que liquidar, pues basta hacer la liquidacion con el tercero. (*b*) El primero es, quando la cosa que posee, se halla hipotecada especialmente á la deuda: (*c*) el segundo, quando la posee con título evidentemente nulo, en cuyo caso y no en otro se admite la excepcion de nulidad como notoria para poder seguir la execucion: (*d*) el tercero, quando el título proviene de contrato simulado, pues es nulo ipsojure, aunque no, siendo fraudulento, porque en este caso no es nulo, sino que se debe recindir ó suplir su justo precio por el engaño que hubo en él, y esto ha de ser en via ordinaria: (*e*) el quarto, quando el deudor se obligó á no enagenarla sino con el gravámen del débito, hipotecándola tambien á la observancia de este pacto, y sin embargo la vendió ó enagenó sin aquel; pues como la enagenacion es nula en virtud de la obligacion constituida, se con-

(*a*) Leyes 1 y 3 tit. 17 P. 3, y 7, 14 y 38 tit. 13 P. 5, Parlad. dich. part. 4 §. 5 nn. 1, 2, 3, 20 y sig. Rodrig. cap. 4 cit. nn. 45 y 46. (*b*) Parlad. dich. §. 5 nn. 18 y 19, y otros AA. que cita. (*c*) Covar. lib. 3 Var. cap. 7 n. 7. Salg. Labyr. part. 1 cap. 17 n. 44. (*d*) Hermos. ley 46 tit. 5 P. 5 glos. 7 n. 7. Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 8. (*e*) Parlad. lug. cit. nn. 10 y 11. Olea de Ces. tit. 4 q. 3 n. 10.

sidera que permanece su dominio en el deudor, segun se ha sentado en la I. P. (a) mas no si faltó el pacto, porque entónces debe preceder la excusion en los bienes del obligado principal y despues seguirse via ordinaria contra el tercero: (b) el quinto, quando el deudor no ha entregado los bienes enagenados, pues ántes de su tradicion, ó posesion verdadera ó ficta se puede trabar en ellos la execucion, porque hasta que se entregan al tercero, no se hace dueño ni verdadero poseedor; (c) excepto en las deudas y acciones en que con solo el título y enagenacion, y sin necesidad de cesion se le transfiere su dominio: (d) el sexto, quando el tercero tiene en mutuo, comodato, ó depósito la cosa hipotecada, porque la posée en nombre del deudor y no en el suyo, y así la sentencia en que se condena á este, se ha de executar con su citacion en la cosa contra su tenedor: (e) lo qual procede tambien, quando la tiene arrendada simplemente, pues ni el acreedor está obligado á pasar por el arrendamiento, (f) ni la accion personal del arrendador impide el uso real de la enagenacion de la cosa arrendada, bien que los frutos pendientes son suyos; (g) pero si en la escritura de arrendamiento anterior á la obligacion hipotecaria se pactáre que durante el tiempo de él no se ha de poder gravar ni enagenar la finca hipotecándola á la observancia de este pacto, tendrá lugar la execucion en aquella y en sus rentas, y hasta que espire el arrendamiento, no podrá ser despojado el arrendador: el séptimo, quando la muger contraxo la deuda ántes de casarse; pues se puede proceder por su importe contra sus bienes dotales y contra su marido que los posee en su nombre, subsidiariamente, y á falta de los parafernales y de otros ex-

(a) Cap. 11 n. 31 y cap. 18 n. 33. (b) Ley fin. tit. 5 P. 5. Gutier. in leg. Nemo potest, ff. de legat. 1 nn. 35 y 38. Olea tit. 1 q. 1 n. 76 vers. Sed circa Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 14 n. 64. (c) Ley 14 tit. 13 P. 5. Greg. Lop. en las dos limitaciones de su glos. 5. (d) Góm. lib. 2 Var. cap. 2 n. 6. Scacia de Comerc. §. 2 glos. 5 n. 28. (e) Rodrig. dich. cap. 4 num. 55. Parlad. §. 5 cit. n. 12. (f) Parlad. n. 13. (g) Cur. Philip. part. 2 §. 11 n. 4.

tradotales, por no ser justo que por haberse casado perjudique á sus acreedores: (*a*) el octavo, quando el deudor enagenó la finca despues de executada, pues se puede continuar en ella la execucion, por haber sido dolosa su enagenacion: (*b*) el noveno, quando el tercero adquirió la cosa litigiosa despues de emplazado el deudor sobre su dominio ó quasi dominio, ó por accion personal despues de la contestacion, por haberse hecho tambien con dolo la enagenacion, (*c*) lo qual se presume, quando se hizo á conjunta persona, ó no se recibió el dinero, ó no consta de su paga sino por confesion del enagenante, ó el deudor enagenó todos ó la mayor parte de sus bienes pendiente el pleyto, de modo, que no dexó con que pagar: (*d*) el décimo, quando el acreedor tiene accion real, y el deudor hizo cesion de bienes, ó él ó estos estan ausentes de aquella jurisdiccion, ó aunque se hallen presentes, no puede el deudor ser reconvenido, ó es notorio que no puede pagar: en cuyos casos basta acreditar la excusion en el principal para repetir contra el tercero, aunque no haya dolo ni fraude; pero si le compete solamente accion personal contra él, es ménester no solo hacer la excusion en sus bienes sino tambien probar haber sido dolosa la enagenacion: (*e*) el undécimo, quando el deudor entregó al acreedor la prenda ó hipoteca, ó le dió su posesion real ó ficta constituyéndose poseedor precario de ella en su nombre, y despues la enagenó: (*f*) el duodécimo, quando el acreedor dirige su accion contra la deuda de su deudor obligada, pues no necesita hacer excusion en los demas bienes de este para executar al suyo: (*g*) y el décimotercio

(*a*) Cast. de Alim. cap. 65. Lara de Vit. hom. cap. 22. Carlev. tit. 3 disp. 19 n. 9. (*b*) Noguerol allegat. 29 n. 208. Parlad. lug. cit. nn. 13 y 14. (*c*) Salgad. de Reg. prot. part. 4 cap. 8. n. 168. Parlad. dich. §. 5 nn. 6, 7, 8 y 9 Rodrig. cap. 4 cit. n. 52. (*d*) Covar. Pract. cap. 15 n. 7. Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 23 nn. penúlt. y fin. (*e*) Olea de Ces. tit. 6 q. 11. Castill. lib. 5 Controv. cap. 89 n. 124 Molin. de Primog. lib. 4. cap. 1 n 39. Vela diss. 20 nn. 4 y 16. Rodrig. de Reditib. lib. 2 q. 9 n. 51. (*f*) Ley 14 tit. 13 P. 5 y su glos. 5 limit. 1 y 2. Rodrig. de Execut. cap. 4 n. 55. (*g*) Greg. Lop. dich. ley 14 y glos. 5 vers. Tercio limita. Rodrig. cap. 4 cit. n. 54.

por débitos reales, pues aunque el tercero no sea sucesor universal ó heredero del deudor fiscal, sino que posea por título particular de compra, donacion ú otro los bienes de este, puede el fisco usar contra él como su poseedor de la vía executiva, no obstante que el deudor los haya adquirido despues de celebrado el asiento ó contrato de arrendamiento con el Rey, esten especial ó generalmente obligados, respecto no distinguir la ley: lo qual se prueba del cap. 11 de la 27 tit. 11 lib. 9 R. que dice: "El derecho de la via executiva que se tiene contra los bienes que obligan, es mi voluntad que pase contra los terceros que sucedieren en los bienes obligados por compra, donacion ó herencia, ó por otro qualquier título." Pero no se amplia su disposicion á otros casos fuera del de arrendamiento de rentas Reales, como afirma Noguerol. (a)

83 Para que el acreedor pueda proceder executivamente contra el tercero poseedor, es preciso que este tenga título ó causa del deudor, contra quien competia principalmente al acreedor el derecho de executar. Se dice tener título suyo, no solo quando hubo la cosa de él mismo sino tambien de otro ú otros que la hubieron de él: por lo que justificándose que el deudor la poseia al tiempo que contraxo la obligacion, se presume que el tercero tiene título ó causa suya, y se puede proceder contra este, aunque se hayan pasado muchos años y mediado diversos poseedores, (b) y reconvenirle en el lugar y fuero que al deudor principal, porque se le transfiere ipsojure la hipoteca con este gravámen. (c)

84 Quando ha lugar la execucion contra el tercero poseedor, no debe oponer como tal otras excepciones que las que competian al deudor principal en cuyo lu-

(a) Allegat. 33 nn. 69 y sig. Vease á Carleval tit. 3 disp. 11 cit. n. 6 y á Greg. Lop. glos. 5 de la ley 14 tit 13 P. 5. (b) Olea tit. 1 q. 1 n. 76. Larréa allegat. 43 n. 21 Rodrig. cap. 4 cit. n. fin. Parlad. dich. §. 5. nn. penúlt. y fin. (c) Noguerol alleg. 14 n. 4. Cancer. lib. 2 Var. cap. 2 n. 189. Sobre si el tercero poseedor con título y buena fe de los bienes hipotecados á la seguridad del censo puede prescribir su hipoteca, vease la I. P. cap. 11 n. 44 y cap. 20 n. 20.

gar se subrogó, porque el que sucede en el de alguno, debe usar del mismo derecho que este, el qual no puede transferirle mas que el que tiene; (a) pero podrá usar de las que por su propia persona ó por otra le sufraguen. Y si el acreedor ignora que hay otro poseedor mas que el deudor, no necesita litigar con el tercero, especialmente si es Clérigo, y basta citar solamente al deudor. (b)

85 En la I. P. (c) traté, aunque ligeramente, de las clases ó especies de bienes que hay, y ofrecí tratar de ellas en este con extension. Los bienes se dividen en *muebles, semovientes y en raices*: muebles y semovientes son los que segun su naturaleza, y sin deshacer su forma se mueven por sí mismos ó pueden ser movidos, y raices los que ni se mueven ni pueden ser movidos.

86 Son tambien raices los alfolíes, graneros y horreos de que usan en Asturias, y las cubas, tinajas y otras cosas semejantes que por ser grandes no se pueden mover; ó aunque se puedan, estan metidas en la tierra; mas no, sino lo estan y se pueden mover sin deshacer su forma. (d) Lo mismo se ha de decir de las tejas, ladrillos, piedra, madera, puertas, ventanas, llaves, cerrojos y demas cosas metidas en la fábrica de una casa, ó quitadas para volverlas á meter; como asimismo del molino, sus rodeznos, muelas y demas aperos tocantes á su edificio, hallándose puestos en él ó quitados para volverlos á poner, porque todas estas cosas son de la casa y molino, se contemplan parte necesaria de ellos y siguen su naturaleza; pero si no se hallan puestas, aunque esten preparadas para este efecto, ó si se quitaron con ánimo de no ponerse, se tienen por muebles. (e)

87 Se reputan igualmente bienes raices los colme-

(a) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 §. 11 n. 59. (b) Valenzuel. cons. 116. Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 14 n. 59. (c) Cap. 18 n. 1. (d) Ley 29 tit. 5 P. 5. Hermosill. en ella glos. 1. Parlador. lib. 2 part. 5 cap. fin. § 3 nn. 9 y 10. (e) Ley 28 tit. 5 P. 5. Hermosill. en ella glos. 4 y en la 29 cit. Parlad. n. 11.

nares, palomares y estanques de pescados estando incorporados ó metidos en la tierra, y muebles, si se hallan separados y son movibles, ó quando se mencionan solamente las abejas, palomas y pescados. (a) El hato de ganado, si se considera con el sitio en que está, se tiene por cosa raiz, y si separado de este, por semoviente. (b) Lo propio milita en los frutos, los quales estando pendientes en los árboles, viñas, olivos y heredades que los producen, como son parte del fundo, se consideran raices, y si estan cogidos y separados de ellas, se consideran muebles. (c)

88 Los derechos y acciones hacen quarta especie de bienes, y quando es necesario guardarlas, se tienen por muebles ó raices, segun la clase á que competan, (d) en cuya atencion las deudas se contemplan muebles, porque miran principalmente á la persona, la siguen siempre, (e) y se puede hacer execucion en ellas á falta de otros bienes. (f)

89 Los censos y oficios públicos, aunque sean vitalicios, y los derechos perpetuos que pueden ser hipotecados y admitir gravámen, son raices, y en quanto á los réditos de censos distinguen los AA: si se trata de los anuales y de sus derechos, dicen que se han de numerar entre los bienes raices, y si de los corridos, entre los muebles; como tambien si lo son de censo redimible, ó del que se constituye hasta cierto tiempo, y de pensiones redimibles: (g) pero yo siempre los tendré á todos por muebles.

90 En los mandamientos executivos se pone la cláusula, *hacedla conforme á derecho*: que es decir, que el alguacil no trabe la execucion en bienes que no deben ser executados; pues aunque regularmente hablando se

(a) Ley 6 tit. 20 P. 2. Hermos. en la 30 tit. 5 P. 5 glos. 1 nn. 1 y 5. Parlad. dich. § 3 nn. 12 y 13. (b) Ley 3 tit. 21 P. 2 Hermosill. en la 15 tit. 5 P. 5 glos. 1 n. 18. (c) Gom. ley 70 de Toro n. 26. Parlad. n. 13 cit. Covar. lib. 1 Var. cap. 3 y cap. 15 n. 1. (d) Parlad. part. 5 cit. y § 3 n. 15. (e) Giurb. ad Consuetudinem cap. 122 glos. 5 n. 16. (f) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 § 3 n. 43. (g) Felician. de Censib. lib. 2 cap. 3 n. 33. Rodrig. de Reditib. lib. 1 q. 3 nn. 8, 10 y 11.

puede hacer ó trabar execucion en todas y en qualquiera de las tres clases de bienes expresadas, hay varias excepciones que se expresarán.

91 Se puede hacer ó trabar la execucion en la finca dada en enfitéusis, dexando salvo para el señor del dominio directo su pension anual; pero si se concedió no para los herederos sino para los hijos y nietos como tales, no puede embargarse ni venderse, ni el dominio útil para satisfacer á los acreedores del enfitéuta, porque este no es dueño absoluto de él sino por su vida, y de venderse se perjudica á sus sucesores; si bien se podrán seqüestrar los frutos para hacerles pago, miéntras viva, y despues pasará libremente al sucesor. (*a*)

92 Tambien se puede hacer en la cosa afecta á servidumbre y venderse con esta, y en los frutos y comodidad de alguna finca que corresponden al usufructuario. (*b*) Igualmente se puede hacer por contrato ó delito en los bienes castrenses y quasi castrenses del hijo que está baxo de la patria potestad, y en los adventicios que posee, si su usufructo no toca á su padre; mas no en la propiedad de ellos, quando le pertenece, ni tampoco en su usufructo, excepto que sea por deuda privativa del padre. (*c*)

93 Asimismo puede hacerse en los oficios públicos renunciables y vendibles, compeliendo al deudor á que manifieste su título, y precedida licencia del Soberano los renuncie á favor del comprador, en términos que no queriendo hacer la renuncia, ha de darla el Juez por hecha, porque estos oficios se venden, ceden, enagenan, hipotecan, dan en pago á los acreedores, y aplican á los herederos del dueño en la particion de sus bienes, como se ve diariamente. Pero si no son renunciables y se acaban con la muerte del concesionario, no se puede hacer execucion en ellos, á ménos que sea

(*a*) Salg. Labyr. part. 3 cap. 3 n. 33. Noguerol. allegat. 37 n. 66. Parlad. lug. cit. n. 33. (*b*) Ley 8, 20 y 21 tit. 31 P. 3. Salg. lug. cit. cap. 15 n. 31. Castill. de Usufruct. cap. 70 n. 9. (*c*) Carlev. tit. 3 disp. 20 n. 6. Parlad. lug. cit. n. 34. Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 8 n. 243.

únicamente por la vida de este; pues entónces se puede trabar en su comodidad y frutos. (a)

94 En la jurisdiccion libre que el deudor tiene en algun pueblo ó sitio, se puede hacer y trabar la execucion igualmente que en otra qualquiera finca que lo sea, y por consiguiente se puede embargar, vender, gravar, hipotecar y dar en pago al acreedor por el total de su débito ó en parte de pago de él, si su precio no alcanzare á cubrirle, porque en estos reynos se conceptúa y estima como cosa patrimonial, por ser hereditaria; pero no, si está anexa á algun título ó dignidad como ducado, condado ó marquesado. (b)

95 Del propio modo puede trabarse en los bienes dotales de la muger y en sus frutos por la deuda que contraxo ántes de casarse, porque pasan al marido con sus cargas, las quales se deben satisfacer de los del verdadero deudor; mas esto se entiende no habiendo otros que le pertenezcan, pues si los hay, se ha de hacer primero en ellos la execucion, porque es justo no se cause detrimento al marido que creyó tener alivio en los dotales para sostener las cargas matrimoniales. Asimismo puede trabarse en los frutos dotales por el débito que durante el matrimonio contraxo el marido, ó ella misma por su hecho propio y con su licencia, si en esta puso la cláusula expresada en la I. P. (c) excepto que excedan de lo necesario para la manutencion de ámbos y de sus hijos, ó que ella no haya administrado bien los bienes de su hijo, de quien era tutora, ni tampoco su segundo marido, ó que el débito se hubiese contraido precisamente para mantener á la muger é hijos, pues en estos tres casos se podrán executar los frutos referidos. (d)

96 Gozan de exêncion y privilegio para no ser executadas las cosas sagradas y religiosas dedicadas al culto

(a) Rodrig. cap. 5 cit. n. 69. Covar. lib. 3 Var. cap. 19 n. 6. Castill. de Usufruct. cap. 61. (b) Salg. Labyr. part. 3 cap. 4 n. 68. Parlad. § 3 cit. n. 50. (c) Cap. 18 n. 52 al fin. (d) Rodrig. cap. 5 cit. n. 70. Cur. Philip. ilust. tom. 1 part. 2 § 16 n. 4. Vease á Carleval de judic. t. 3 disp. 19.

divino. (a) En órden á las capillas y sepulturas pertenecientes al deudor, hay variedad de opiniones: unos dicen absolutamente que no pueden executarse, á ménos que se comprehendan en el total de bienes; y otros distinguen de este modo: si al tiempo de la ereccion de la iglesia reservó en sí el Patrono el derecho del sepulcro, (lo propio se ha de decir de la capilla) se puede hacer execucion en él, porque es mere temporal y profano, y quando hizo la reserva, no estaba consagrada la iglesia; y si le adquirió despues de la ereccion, tambien, porque por razon de esta preeminencia es igualmente temporal, y como tal puede venderse y transferirse, al modo que quando queda profano. Lo mismo afirman del derecho de patronato, especialmente si está anexo á herencia ó mayorazgo, pues puede pasar al acreedor con el total de los bienes. (b)

97 Está exceptuado de la execucion el derecho de usufructuar, porque es personal y no se transmite á otro; y lo propio milita por la misma razon, quando el deudor tiene el mero uso. (c) Tambien lo estan los mármoles, columnas y otras cosas puestas en los edificios para su adorno, (excepto que se haga igualmente en estos la execucion) porque son parte suya, y de quitarse se causa deformidad. (d) Asimismo lo estan las servidumbres reales que son las que unas fincas, sean rústicas ó urbanas, deben á otras, á ménos que se haga juntamente en las propias cosas, porque no se pueden separar de ellas. (e)

98 Aunque segun varias leyes (f) no debe trabarse execucion sino por débitos Reales en la morada, armas, caballos y mulas que tuvieren, y en que andubiesen los Caballeros é Hijosdalgo, solamente se observan respecto de la morada, y aun si carecen de otros bienes, se

(a) Leyes 3 tit. 13 P. 5 y 7 tit. 2 lib. 1 R. (b) Garcia de Benefic. p. 5 cap. 9 n. 137. Parlad. §. 3 cit. nn. 53, &c. y 57. (c) Leyes 20 y 21 tit. 31 P. 3. Castill. de Usufruct. cap. 70 cit. n. 9. (d) Hermosill. ley 28 tit. 5 P. 5 glos. 4 n. 4. Castill. lib. 5. Controv. cap. 62 n. 13. (e) Ley 12 tit. 31 P. 3. Parlad. lug. cit. nn. 47 y 48. (f) Las 6 tit. 17 lib. 5, 9 tit. 1, y 3, 4, 5, 13 y 14 tit. 2 lib. 6 R. y 23 tit. 21 P. 2.

traba en ella, porque no es justo que el acreedor se quede sin su crédito que de justicia y en conciencia se le debe, mayormente quando el deudor puede buscar y alquilar otra para vivir; pero si estuviere hipotecada especialmente con otros bienes á la seguridad de algun censo ú otro crédito, y el deudor vendiere estos ocultando el gravámen y quedándose solamente con la casa, yo aconsejaria que en todos se trabase, porque la obligacion sigue á la hipoteca, y el comprador debe mirar con quien contrata; y aun quando en este caso se trabe en la casa sola, no se anulará, por el delito que cometió el deudor en la ocultacion del gravámen.

99 Tampoco debe trabarse en las armas y caballo de otro qualquiera, aunque sea por deuda Real ú otra privilegiada, y carezca de otros bienes; (*a*) ni en las yeguas de vientre, sus crias y caballos que tuvieren los criadores, pues no se debe contar en la valuacion y aprecio de sus haciendas para este efecto; (*b*) ni en los libros de Estudiantes y Abogados, aun quando carezcan de otros bienes, porque se equiparan á las armas. (*c*)

100 No deben ser executados el estipendio, sueldo ó salario del Oficial público, soldado y Togado sino á falta de otros bienes; ni el de los Doctores que enseñan públicamente, ni el de los Clérigos; (*d*) porque no se distraigan del ministerio público, regio ó eclesiástico, faltándoles con qué mantenerse, ni tengan que mendigar en desdoro y oprobio del estado, oficio y empleo; y asimismo por la reverencia debida á la iglesia, al Rey y á la república, mayormente quando de lo contrario serian de peor condicion que los menestrales. (*e*) Así pues, se les ha de dexar congrua sustentacion á arbitrio del Juez segun su clase, estipendio y familia precisa, por lo que en esta corte se acostumbra embargarles la tercera parte

(*a*) Leyes 27 tit. 21 lib. 4 y 9 al fin tit. 1 lib. 6 R. (*b*) Leyes 2 y 5 cap. 6 tit. 17 lib. 6 R. (*c*) Acev. ley 19 tit. 21 lib. 4 R. nn. 42 y 43. Parlad. §. 3 cit. nn. 18, 22 y 23. (*d*) Leyes 4 Cod. de Execut. rei judicat. 6 y 40 ff de Re judicat. y 3 tit. 27 P. 3 verb. Ni en Soldada, y cap. 3 de Solutionib. (*e*) Carlev. tit. 3 disp. 18 nn. 3 y 4. Parlad. lug. cit. n. 19.

del sueldo, excepto que sea tan crecido que con la mitad se pueda mantener el deudor, ó que este la ceda al acreedor. De las dos partes que se les dexe para alimentarse, han de pagar alquiler de casa, criados y demas cosas semejantes, porque todas son partes de alimentos, y la tercera es para acreedores de otra clase, sino es que sufrague para todos, lo qual he visto executoriado por el Consejo en pleyto sobre alquiler de casa contra un inquilino.

101 En los instrumentos con que los menestrales ó artesanos exercen sus oficios, no debe trabarse execucion, porque son precisos para adquirir el alimento diario, y se consideran privilegiados como las armas y libros. (*a*)

102 No debe hacerse execucion en el vestido diario, cama y otras cosas indispensables para el uso cotidiano de qualquiera persona, las quales se expresaron en la l. P. (*b*) porque no se comprehenden en la obligacion general del deudor, y por dictarlo así la humanidad se les deben dexar, (*c*) excepto que sean por débitos Reales; bien que si el deudor tiene, v. gr. quatro colchones y otras cosas duplicadas, como que parte de estas no son precisas para su uso diario, se le pueden seqüestrar dos colchones, &c. dexandole las necesarias, aunque el débito toque al Rey, como lo he visto practicar y practicado, y se ha aprobado en juicio.

103 En los bienes de mayorazgo ó sujetos á restitucion no se debe trabar execucion, pero sí en sus rentas como pertenecientes al deudor, dexandole lo necesario para su decente manutencion caso que esté anexa al mayorazgo alguna dignidad, ó la tenga su poseedor, como mas latamente se expone en el cap. sig. excepto que el fundador los haya gravado, pues entónces se pueden embargar y vender, porque no es justo instituya mayorazgo en perjuicio de los acreedores, no habiendo dexado aquel bienes libres, en los quales se debe hacer ex-

(*a*) Cur. Philip. part. 2 § 16 n. 10. Parlad. n. 19 cit. (*b*) Cap. 18 n. 11. (*c*) Ley 5 tit. 13 P. 5. Parlad. § 3 cit. n. 24. Rodrig. dich. c. 5 n. 75.

cusion, (a) y esto es lo que se observa. Lo mismo se practica, quando el poseedor los gravó con facultad Real, porque aunque sin embargo de ella quedan libres y separados del mayorazgo hasta en la cantidad del gravámen, esto se entiende siempre que no haya bienes libres, ó no alcancen estas á su solucion. Sino hubo facultad Real, tendrá el acreedor derecho solamente á cobrar los réditos durante la vida del instituidor, y si este carece de otros bienes con que reintegrarle su capital, le perderá. Pero es de advertir que concedida facultad para obligar genéricamente los bienes de mayorazgo por cierta cantidad, si esto no se paga, se pueden vender, aunque no se especifiquen, sin nueva facultad: (b) así como concedida licencia al tutor por el Juez con conocimiento de causa para obligar los del menor, puede el acreedor en virtud de ella, y sin ninguna otra solemnidad venderlos tambien; (c) por manera que los acreedores á quienes con licencia Real estan obligados los del mayorazgo, no solo pueden pedir execucion contra los frutos ó rentas de este, sino igualmente que se vendan para el pago hasta la cantidad competente, (d) porque quedan libres.

104 En el derecho que alguno tiene á que otro le alimente, no debe hacerse execucion, porque es personal, y de consiguiente no renunciable ni transmisible, aunque sí puede el alimentario ceder y traspasar por su vida y no mas la comodidad ó frutos que le corresponden, como tambien el hijo los alimentos que tiene devengados. (e)

105 Tampoco debe hacerse execucion en el pan ó trigo del pósito por las deudas del pueblo, (f) ni en cuerpo muerto, el qual no debe ser detenido por deuda, ni el acreedor ha de impedir que se le sepulte: (g) ni por lo que está debiendo el deudor, en los bienes que se le

(a) Parlad. lug. cit. nn. 31 y 32. Rodrig. n. 74. Molin. de Primog. lib. 3 cap. 10 n. 2. (b) Mieres de Majorat. part. 4 cap. 3 nn. 1 y 14. (c) Mieres lug. cit. n. 2. (d) Mieres lug. cit. n. 16. (e) Surd. de Alim. tit. 8 privileg. 55 num. 10 vers. Nostra autem conclusio. Carlev. tit. 3 disp. 20. (f) Ley 16 tit. 21 lib. 4 R. (g) Leyes fin. tit. 19 P. 1 y 12 y 13 tit. 9 P. 7.

legan, ó renuncian á su favor con la precisa condicion de que los distribuya entre sus hijos, porque no son suyos sino de estos que los adquirieron del testador ó renunciante. (a)

106 Por las deudas del concejo no deben ser executados los bienes de sus vecinos, ni las casas de cabildo, pósitos ó alhóndigas, teatros, ni lugares públicos, y solo se debe proceder contra los propios y demas bienes que tenga: y careciendo de ellos deben contribuir los vecinos del pueblo por repartimiento segun el caudal de cada uno. (b)

107 Las naves extrangeras que traen á estos reynos mercaderías ó bastimentos, tampoco deben ser executadas por las deudas de sus dueños, sino que estos las consignen para su pago. (c) En órden á los bueyes, mulas y aperos de labor, y privilegios de los labradores, vease la Prim. Part. (d) en donde explico latamente, si pueden ó no ser executados, por quién, en qué bienes, y en qué tiempo.

108 Estan discordes los AA. por falta de decision legal sobre si habiendo intentado el acreedor la via ordinaria podrá dimitirla, y pasar á la executiva. Algunos dicen que sí, con tal que pague al reo las expensas que hizo en la ordinaria, pero Carleval (e) con cuyo dictámen me conformo, pone dos casos. El primero es, quando el acreedor que la eligió, pudiendo usar de su derecho en la executiva, se aparta de aquella y pide por esta; en cuyo caso resuelve con mas de 30 AA. que cita, que no puede y que le obsta la excepcion de litispendencia, á ménos que el deudor se conforme: lo uno, porque por la eleccion de la ordinaria estando en su mano intentar la executiva es visto haber renunciado esta: lo otro, porque carece de facultad para eludir el juicio que empezó y está trabado con el deudor, sin que

(a) Gutier. in cap. Quamvis pactum, nn. 6 y 11. Mieres de Majorat. part. 3 q. 19 n. 69. Castill. lib. 5 Controv. cap. 68. (b) Leyes 16 tit. 21 lib. 4 y 7 tit. 17 lib. 5 R. Parlad. § 3 cit. nn. 35, &c. y 40. Cur. Philip. part. 2 § 16 n. 4. (c) Ley 12 tit. 17 lib. 5 R. (d) Cap. 18 nn. 45 y 46. (e) De judic. tit. 3 disp. 14.

este lo consienta, pues una vez contestado pasó á casi contrato; y lo otro, porque lo que se principia solemnemente, se debe terminar con la misma solemnidad por la sentencia.

109 El segundo caso es, quando el reo temiendo ser reconvenido por el actor previene á este en via ordinaria con demanda que llaman de *jactancia*, alegando competirle excepcion contra el instrumento ó sentencia que trae aparejada execucion y pretendiendo que el Juez lo declare así. En este caso es de parecer Carleval que la via ordinaria no impide la executiva, y que por lo tanto se ha de seguir esta, sin que obste la excepcion de la litispendencia, porque ningun derecho autoriza ni da facultad al deudor para defraudar al acreedor, y quitarle el remedio executivo que por virtud del instrumento ó sentencia le concede la ley, especialmente habiendo intervenido en el otorgamiento de aquel su voluntad y consentimiento. Amplia esto Carleval, aun quando la via ordinaria se haya principiado ante un Juez eclesiástico exponiendo ser lícito y usurario el contrato, ó ante un secular, y la executiva ante otro; y lo limita en caso que la excepcion resulte manifiestamente del mismo instrumento, ó esté contenida en él, pues entónces habrá lugar á su admision y obstará pedir la execucion; porque así como la accion que compete en su virtud es guarentigia, lo es tambien la excepcion que incluye, y como tiene igual fuerza, se debe proseguir y concluir el juicio del reo como preventivo ántes que el pretendido por el actor.

110 Y si el acreedor intenta primero la via executiva y luego pasa á la ordinaria, de cuyo caso no trata Carleval, podrá dexar la segunda y volver á la primera pagando al deudor las costas causadas en la ordinaria; porque aunque estas dos vias son diversas, no contrarias, la execucion está introducida en su favor, por el uso de la ordinaria no es visto haberla renunciado, excepto que lo exprese, y al reo no se causa perjuicio, mediante que le paga las costas. (a)

(a) Paz tom. 1 part. 4 cap. 1 n. 2 y cap. 3 n. 1. Gutier. lib. 3 Pract. q. 39 n. 7. Cevall. Comm. q. 815 n. 22.

111 Lo mismo procede, quando en el instrumento concedió facultad el deudor al acreedor para mudar los juicios, y quando este intentó la ordinaria con la protesta de volver á la executiva siempre que quisiese. (*a*) Ademas, si el acreedor hubiese executado al deudor ante un Juez, no le impide la litispendencia volver á executar ante otro y dexar la execucion empezada sobre la misma cantidad; pues la via executiva no puede causar instancia, porque se procede sumariamente en ella, y así en ningun caso obsta dicha excepcion. (*b*) (1)

112 Teniendo accion el acreedor contra varios correos, fiadores, ó mancomunados, no puede, pendiente el pleyto y contestado con uno de ellos, dexarle é intentarle contra alguno de los otros, y así primero debe hacer excusion en los bienes de aquel que dirigir su accion contra los demas. (*c*)

§. III.

Cómo se ha de pedir, despachar y trabar la execucion: con qué órden, y en qué dias podrá hacerse: qué personas pueden ó no ser presas por deuda, y deben afianzar de saneamiento: por quánto tiempo se han de dar los pregones á los bienes executados; y quándo y cómo se ha de citar de remate al reo executado.

113 Para que se pueda proceder executivamente deben concurrir, y ha de tener presentes el Juéz seis

(*a*) Cur. Philip. ilustr. tom. 1 part. 2 § 1 num. 1. (*b*) Salg. de Retent. part. 2 cap. 10 n. 11. Parej. de Edit. tit. 4 Resolut. upic. § 6 n. 121. Carlev. tit. 2 disp. 2 num. 16.

(1) Pardadorio es de contrario sentir (lib. 2 Rer. quotid. cap. fin. part. 5 § 11 num. 19) fundado en que lo dispuesto acerca de litispendencia en los juicios ordinarios debe tener lugar en los executivos, por haber la misma razon para ello; y Salgado le impugna, (Labyr. credit. part. 2. cap. 17 nn. 36, &c. y 42.) porque se aparta de la opinion comun de los intérpretes sin apoyar la suya en ningun fundamento ni autoridad. Pero sin embargo como Salgado y los intérpretes

(*c*) Leyes 16 y 23 Cod. de Fidejussor.

circunstancias. La primera es, que el executante sea parte legítima para pedir la execucion y no tenga prohibicion de comparecer en juicio, lo qual ha de hacer constar como requisito esencial al mismo tiempo que la pide, pídala por sí propio ó en nombre de otro; (a) y que si es cesionario por escritura, la presente, y si por endoso de algun vale, letra ó libranza, reconozca su firma el endosante, ó cedente, pues si no la reconoce primero, ó no la confiesa el deudor, se anulará la execucion, oponiendo este la excepcion de ilegitimidad de persona, por no acreditar ser cierta la cesion y hecha por quien podia hacerla, como lo he visto declarado. La segunda circunstancia es, que si se obligó á hacer ántes por sí alguna cosa, la haga; pues conteniendola el instrumento no ha de despacharse la execucion hasta que la cumpla, por deber preceder siempre el cumplimiento de parte del actor. (b) La tercera es, que si se pide en virtud de confesion, sea clara y de cantidad líquida, porque si hay duda, por leve que sea, no se debe despachar; y que si la pide en fuerza de instrumento público, la traiga aparejada, y no sea falso, ni esté roto, cancelado, ni sospechoso en parte substancial, ni prescripto el tiempo prefinido por la ley 63 de Toro para pedir executivamente, ni contenga vicio ó defecto esencial; v. gr. ser traslado sacado sin citacion por Escribano ante quien no se otorgó, y no la copia original, ó no estar esta subscripta, como debe estarlo, por el que le hizo, sino dada por concuerda con el protocolo, &c. en cuyos casos hasta que se purifique y subsane el vicio ó defecto, no se debe despachar, y si se despacha, es nu-

no se fundan en el derecho patrio sino en el romano y en otros intérpretes, creo que deberá seguirse la sentencia de Parladorio, ya porque parece cosa injusta permitir al acreedor que moleste y veje á su deudor en muchos tribunales, y ya porque las leyes del reyno procuran por muchos medios evitar, cortar y abreviar los pleytos. A vista de estas razones se reputará de poco ó ningun momento la de que la via executiva no puede causar instancia, por procederse en ella sumariamente.

(a) Paz part. 4 tom. 1 cap. 2 nn. 18 y 22.

(b) Parlador. lib. 2 part. 5 § 1 num. 22. Rodrig. de Execut. cap. 5 nn. 13 y 17.

la. (*a*) La quarta es, que si el instrumento incluye plazo ó condicion, esten cumplidos; pues si ántes de cumplirse la pide el acreedor, á mas de que no ha de ser oido, debe el Juez condenarle en costas y prorogar ó alargar al deudor otro tanto tiempo mas que el que faltaba, porque lo mismo es no poder ser reconvenido todavia que no ser deudor; (*b*) para lo qual debe reconocer las escrituras, por si son ó no executivas, y no fiarse de Escribanos ignorantes; pues si por haber despachado indebidamente la execucion, qualquiera que sea el motivo, se diese por nula, ha de satisfacer y restituir en pena los derechos que llevare con el quatro tanto y las costas á las partes, (*c*) no pudiendo condenar en estas al executante, como algunos lo hacen, imputándole la culpa que ellos tienen en no exâminar como deben las escrituras, ó por no saber su oficio; en cuya atencion lo que debe hacer es: *declarar no haber lugar á despachar la execucion, y mandar al actor que pida conforme á derecho*; ó comunicar traslado liso y llano al reo ó deudor, ó mandarle pagar dentro de tercero dia con el aditamento *de que si tuviere razon para no pagar, la deduzca dentro del propio término*, sin imponerle apercibimiento alguno, con lo qual se seguirá el pleyto ordinariamente, como en dichos casos se debe hacer. La quinta es, que el Juez ántes de entregar el mandamiento al acreedor le reciba juramento de quánto es lo que verdaderamente se le está debiendo, y de que no pide con malicia la execucion, segun lo manda la ley; (*d*) ó que él lo jure en el pedimento, que es lo que regularmente se practica, y surte el propio efecto; sino es que sea heredero del acreedor el que pide, pues no está obligado á ello por la razon expuesta en el núm. 63; (*e*) bien que por omitir el juramento no se vicia la execu-

(*a*) Rodrig. cap. 5 cit. n. 16. Acev. ley 19 tit. 21 lib. 4 R. n. 10. Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 1 limitat. 8 § 12. (*b*) Leyes 25 tit. 2 P. 3 y 2 tit. 21 lib. 4 Recop. (*c*) Leyes 22 tit. 4, 24 y 25 tit. 22 P. 3; 4 tit. 15 P. 7, y 34 y 35 tit. 4 lib. 3 R. Rodrig. lug. cit. n. 10. (*d*) La 9 tit. 21 lib. 4 R. Rodrig. num. 14. Paz n. 21. (*e*) Parlad. part. 5 lib. 2 cap. fin. § 1 num. 27.

cion, porque la ley no le pone por forma sino por solemnidad, como dicen algunos AA., aunque otros sienten lo contrario. Y la sexta circunstancia es, que para no incurrir en la pena de otro tanto como importe la demasía que la ley 9 tit. 21 lib. 4 R. impone al acreedor, por pedir mas que lo legítimamente se le debe, ponga en el pedimento esta cláusula: *y protesto admitir en cuentas legítimas y justas pagas*; (*a*) pues muchos acreedores habiendo percibido algo á cuenta de sus créditos piden el todo con malicia ó por no haber sentado lo recibido y no acordarse. (1) (*b*)

114 Muchos Jueces inferiores indulgentes, porque el deudor tenga mas tiempo para buscar dinero y pagar, y no se le cause extorsion, suelen, aun concurriendo las circunstancias expresadas, mandar: "Que se le notifique pague dentro de tercero dia con apercibimiento de execucion;" y otros le dan *traslado sin perjuicio*, con término breve y perentorio que le prefinen para responder á él, con lo qual no se priva al acreedor de su derecho de executar; pero lo cierto es que siguiendo, como tienen obligacion de hacerlo, el rigor de la ley, deben despachar mandamiento executivo por escrito contra sus bienes, especialmente contra los que esten así obligados, y tambien contra su persona, á ménos que goze de exêncion, ó se intente la hipotecaria contra tercero poseedor por la cantidad pretendida, su décima y costas sin pedir fianza al acreedor ni citar al deudor; excepto que sea heredero del que contraxo la deuda cedida por el acreedor, pues entónces debe ser citado, porque este no podia principiar la execucion contra él sin hacer constar ántes ser tal heredero; y si hizo

(*a*) Gutier. lib. 1 Pract. q. 129 n. 3. Paz nn. 18 y 19. Rodrig. n. 15.

(1) Si el acreedor sabe con certeza qué cantidad cobró, no queda libre de la calumnia con protestar recibir en cuenta legítimos pagos, aunque no podrá imputársele, sino sabe á punto fixo quánto fué lo cobrado. Cancer. part. 2 var. cap. 6 n. 30.

(*b*) Sobre cómo han de proceder los Jueces en virtud de sumision á su jurisdiccion de las personas que se hallan ó no dentro de ella, véase la ley 20 tit. 21 lib. 4 R. inserta en la I. P. cap. 18 n. 31.

inventario con la pureza legal, y no ocultó bienes de la herencia, cumple con entregarlos sin estar obligado á mas, por lo que no se puede proceder contra su persona. (a) El mandamiento de execucion se ha de entregar al mismo acreedor y no al alguacil pena de nulidad de ella, como lo manda la ley, (b) y lo mismo deben practicar los Alcaldes de Corte; (c) pero la practica es entregarle al Escribano y alguacil de consentimiento verbal suyo, y no se anula la execucion, porque con su consentimiento cesa la razon de la prohibicion legal.

115 Tres requisitos deben concurrir para que no se anule la execucion por defecto ó vicio en las diligencias. El primero es, que no se haga en dias festivos, por estar prohibido, á menos que el deudor sea sospechoso de fuga, que entónces lo dispensa la necesidad; ni tampoco en los feriados, excepto que en el contrato haya renunciado el deudor el beneficio que le concede en estos el derecho, como antiguamente se hacia en las escrituras; si bien muchos afirman que en los juicios sumarios no se entienden exceptuados los dias feriados, y que por consiguiente se puede hacer en ellos la execucion; (d) mas esto solo se practica precediendo habilitacion de unos y otros dias con causa, ni el Escribano debe hacerlo sin este requisito. El segundo es, que pudiendo ser habido el deudor se le requiera con el mandamiento executivo, para que pague la cantidad porque se despachó, y no pagandola señale bienes en que trabar la execucion, y se trabe en ciertos, determinados y suficientes á cubrir la deuda, su décima y costas, y no general é indistintamente en todos los del deudor sin especificar los que son. (e) Y el tercer requisito es, que la traba se haga precisamente en bienes muebles, en los quales se comprehenden los semovientes segun derecho, (f) aunque la ley recopilada no hace mencion de

(a) Ley 19 tit. 21 lib. 4 Recop. Parlad. dich. part. 5 § 2 n. 15. Carlev. tit. 3 disp. 9. (b) La 17 tit. 21 lib. 4 Recop. (c) Auto 7 tit. 6 lib. 2 Recop. (d) Vease sobre esto á Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 § 4. (e) Paz tom. 1 part. 4 cap. 2 n. 28. Parlad. lug. cit. § 3 nn. 60 y fin. (f) Ley 10 tit. 33 P. 7.

estos ; no habiendolos , en los raices , y á falta de todos, en las deudas y derechos del deudor, no habiendose pactado lo contrario en el contrato: cuyo órden se requiere por forma segun estas palabras de la ley 9 tit. 21 lib. 4 R. "Porque por no estar declarado por leyes de estos reynos la forma que se ha de tener en las execuciones..." Sigue especificando el órden referido , y mas abaxo dice: "Y por esta forma se haga la execucion, &c." de modo, que si se invierte dicho órden, como es substancial, se vicia el acto y puede apelar el executado, aunque no apelando queda firme y no se anula. (*a*) Tampoco se anula, quando se traba indistintamente en dinero perteneciente al deudor, y depositado ó existente en poder de otro , ó en réditos ó pensiones anuales. (*b*) Pero si el fisco executa por sus rentas , no se observa el órden expuesto, como se dirá en el cap. 3 de este libro.

116 Este órden legal de hacer la traba que algunos dicen no es substancial sino respectivo á la solemnidad del juicio, y que por lo mismo , aunque se invierta , no se vicia el acto , porque se debe atender á la verdad del hecho, tiene lugar, quando la obligacion es meramente personal, ó general hipotecaria; pues si fuere solo hipotecaria especial, sin embargo de que el acreedor pida la execucion contra todos y qualesquiera bienes de su deudor , y se despache así, se debe trabar en los afectos especialmente á su responsabilidad: ya porque se presume son suficientes para la solucion de la deuda: ya porque por el hecho de haberse contentado con ellos el acreedor para su seguridad , es visto haber querido que se trabase en ellos; y ya porque de lo contrario se puede causar perjuicio, que por equidad se debe evitar, á otro de inferior grado , á quien no esten afectas , ó al tercero que las posea; y ademas se debe observar el órden de la obligacion. (*c*) Si despues se vé que no son su-

(*a*) Rodrig. cap. 5 cit. n. 29. Parlad. § 3 cit. nn. 4 y 5. Cur. Philip. ilustr. part. 2 § 15 n. 16. (*b*) Catlev. tit. 3 disp. 2 n. 5. Parlad. lug. cit. nn. 44 y 45. (*c*) Rodrig. lug. cit. n. 30. Molin. de Primog. lib. 4. cap. 7 an. 2 y sig. Covar. lib. 3 var. cap. 18. Paz tom. 1 part. 4 cap. 4 y 5.

ficientes, se puede ampliar la execucion y embargo á otros bienes á instancia del acreedor, segun se practica en esta corte; pero si la escritura contiene tambien la obligacion general, y la execucion se despacha contra el que la otorgó, se deberá trabar en sus bienes muebles y demas con arreglo á la ley, é igualmente en los afectos especialmente á la responsabilidad del débito. Lo mismo procede, quando se despacha en virtud de sentencia, pues se debe trabar en las cosas expresadas en ella y no en otras sin exceder ni pasar de una á otra, (a) como queda sentado, porque versa identidad de razon; bien que en uno y otro caso si la execucion se despacha contra todos, y en particular contra los hipotecados especialmente, aunque se trabe en todos, no se anulará, porque lo que abunda, no daña, y la ley Real ni habla de estos casos, ni por consiguiente prohibe que se practique lo dicho.

117 Puede hacerse la traba de execucion en muchas cosas del deudor nombrandolas individualmente en la diligencia, lo qual es lo seguro: ó en una sola en nombre de las demas que conste pertenecerle al tiempo del remate, segun se practica en esta corte y otras partes, porque no hay prohibicion legítima; si bien esto es peligroso por lo que se dirá en el número 121; y aunque lo regular es que el deudor, si está presente, nombre y señale los bienes en que se ha de hacer, y si no quiere señalarlos, que se le compela á ello y prenda, pudiendo ser preso por deuda civil; (b) no obstante, si no se dexa ver, tiene facultad el alguacil ó executor de trabarla en qualesquiera que halle en su casa, porque se presumen suyos, mientras su dueño no haga constar al Juez que no lo son; en cuya atencion y en la de que la ley no habla de este caso, ni de consiguiente hay prohibicion, no se debe anular la execucion por no haberlos manifestado el deudor. En este último caso y en el de que

(a) Leyes 47 tit. 18 y 3 al fin tit. 27 P. 3. Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 9 n. 3 y cap. 10. núm. 33. (b) Paz tom. 1 part. 4 cap. 7 núm. 5.

el acreedor los nombre, como puede hacerlo, y no en otro se debe hacer la traba *por cuenta y riesgo de este*, expresándolo así en la diligencia, para que si tocan á otro, lo qual ignoran los Ministros, no se les impute á culpa su ignorancia, segun lo observan los cautos; y de este modo no deberán ser condenados en las costas causadas, por declararse nula la execucion por este vicio; pero si el deudor le señala, se omitirá dicha expresion, para que no sea gravado el deudor.

118 El alguacil puede entrar en casa del deudor, y hacer la traba y embargo, quando se oculta ó no parece, una vez que le abran la puerta espontaneamente, mas no allanarla con violencia sin expresa órden del Juez, pues así se practica en esta corte, porque la ley no lo prohibe. Y aunque el executado le manifieste recibo simple de haber pagado al executante el todo ó parte de la deuda, no debe admitirselo ni dexar de hacer el embargo y demas diligencias, porque carece de facultad para ello.

119 Formando concurso de acreedores el executado, si como suyos incluye en el memorial, y se embargan algunos bienes pertenecientes á otro, y que tiene en su poder por via de depósito ú otra causa semejante; ó se trabó en ellos la execucion, debe acreditarlo el dueño ante el mismo Juez del concurso, y como uno de los acreedores seguir con los demas su derecho sobre la prelacion por razon de dominio en los que se le secuestraron por creerse propios del concursante, (*a*) ó este dimitió en manos del Juez y puso en su memorial.

120 Despachandose la execucion contra el fiador puede nombrar ó señalar bienes que tenga en su casa ó fuera de ella el deudor principal, en que se trabe; (*b*) y resultando ser agenos debe el Juez oir breve y sumariamente á su dueño, entregarselos precedida justificacion de su pertenencia, y hacer nuevamente la execu-

(*a*) Salg. Labyr. part. 1 cap. 11 nn. 106 y sig. (*b*) Olea de Ces. jur. tit. 5 q. 5 n. 43. Castill. lib. 4 Controv. cap. 14 n. 29.

cion en otros del deudor; (a) pero el alguacil no debe dexar de embargarlos y depositarlos, aunque el mismo deudor y el que se llama dueño digan ser de este, porque como mero executor carece de facultad para declarar á quién tocan y entregarlos, por la que se han de inventariar con separacion y especificacion, poniendo en la diligencia lo que ocurra, y haya dicho su dueño ó el executado.

121 La traba de execucion es propiamente embargo que se hace de los bienes del deudor para asegurar la deuda, mediante no haberla satisfecho al tiempo que se le requirió con el mandamiento executivo, como pudiendo ser habido debe hacerse. Si se hace en una cosa en nombre de las demas, lo qual no apruebo, porque se da lugar á que el deudor oculte bienes, mientras se substancia el juicio, y á que la sentencia de remate no se pueda dar ó sea ilusoria, por no haber que rematar, puesto que no hay entónces todavia bienes seqüestrados, ni de consiguiente sobre que recaer el remate que por ella se manda hacer, en cuya atencion se debe abolir este abuso ó corruptela introducida en algunos pueblos por la ignorancia: si se hace, digo, en una cosa en nombre de las demas, ó en algunas, se puede mejorar ó ampliar en qualquier estado de la causa á instancia del acreedor, como se ha expuesto, sea porque no le parezcan suficientes, ó porque presuma que las embargadas toquen á tercero; á cuyo fin en la diligencia de traba se debe poner por via de precaucion la protesta de mejorar la execucion ó ampliarla en qualquier estado del pleyto, siempre que convenga y lo pida el acreedor, pues así lo practican los inteligentes.

122 Dirigiendose la execucion contra tercero poseedor que no es heredero, ni tal causa el que contrayó la obligacion hipotecaria, como el del mayorazgo afecto á un censo que otro de diversa línea impuso, se ha de trabar en la finca gravada, y no en los bienes libres propios del tercero, ni en los del otro mayorazgo que po-

(a) Ley 3 tit. 17 P. 3.

sea y no esten obligados, ni en sus rentas; y no haciendose de esta forma es nula la execucion por el vicio con que se trabó, de suerte que opuesto este se volverá al estado primitivo que tenia antes de trabarse. Pero si se trabare en ellos y en la misma hipoteca, no se anulará, porque lo útil no se vicia por lo inútil, y así quedará seqüestrada esta, y los demas bienes se desembargarán al punto que se pida: lo qual obtuve y se executorió en cierto pleyto.

123 Pero ya se haga la traba en la forma prescripta en el núm. 121, ó en los bienes que se encuentren pertenecer al deudor, se deben inventariar todos con especificacion, claridad é individualidad, depositar á presencia de tres testigos en persona lega, llana y abonada del pueblo, y no llevarlos á su poder el alguacil ni dexarlos en el del deudor, porque lo prohibe la ley; (a) y el alguacil puede apremiar á la que tenga dichas qualidades á que los reciba en depósito entregandoselos sin perjuicio de su derecho, si por custodiarlos se le causa alguno, porque el ser depositario judicial es carga que comprehende á todos, y deben sufrir por el beneficio público, pues de lo contrario se quedarian los acreedores sin poder cobrar sus créditos, y los deudores consumirian los bienes embargados. Si son raices, ó juros, censos ú otros efectos redituables, no hay que hacer depósito formal, excepto que sea de los frutos que tengan pendientes y redituen, y lo que se debe practicar es: "Requerir á los arrendadores y demas que deben contribuir con sus rentas al deudor, las retengan á ley de depósito y á disposicion del Juez que conoce de la causa, ú otro competente, y no las entreguen á persona alguna sin su mandato, baxo la pena de volverlas á pagar de su caudal no lo cumpliendo." Los requeridos han de firmar, si saben, este requerimiento, y acreditar con recibos lo que pagan y estan debiendo, y el Escribano ha de expresarlo en él, de modo que se traba la execucion en la finca, y se mejora en sus alquileres, réditos y pensio-

(a) La 7 tit. 21 lib. 4 Recop. Rodrig. cap. 5 cit. n. 31.

nes; y así á estos como al depositario de los muebles debe dar testimonio expresivo é individual del embargo, si se le piden, para su resguardo sin necesidad de auto judicial.

124 Tambien puede el alguacil entregarlos al acreedor no en concepto de tal sino en calidad de depósito, otorgandole á disposicion del Juez que conoce de la causa, sino halla depositario de las qualidades referidas, pues no hay prohibicion legal: ó si no, hará que aquel por su cuenta y riesgo busque quien lo sea, lo qual ha de expresar el Escribano en la diligencia, haciendo que la firme para que se sepa que le eligió, y portandose en esto de suerte que ni él ni el alguacil queden descubiertos, pues en estas diligencias y otras semejantes ámbos estan expuestos.

125 Manifestando la muger del deudor su carta de dote, si es legítima, por concurrir en ella las circunstancias expresadas en la I. P. cap. 13 n. 45, é iguala ó excede al debito, y debe ser preferida á este por los motivos allí expuestos y que expondré en el cap. 3 de este libro, se la ha de nombrar depositaria de los bienes executados con obligacion de responder de ellos y tenerlos á disposicion del Juez de la causa, no haciendole la extorsion de sacarlos de su poder, respecto de que en contradictorio juicio ha de ser pagada de ellos antes que el executante; lo qual se entiende, este no amparada, como se practica en esta corte; porque el amparo ningun vigor ni prelacion le da, y solo sirve para que los executores no toquen á los conocidos de la muger que consten en el instrumento dotal y existan. Pero no siendo legítima la dote, ó aunque lo sea, si la muger está obligada con su marido en el contrato executivo, ó este debe ser preferido al dotal, no se le ha de constituir depositaria de ellos, ni tampoco quando manifiesta instrumento; v. gr. una hijuela ó adjudicacion en que constan los bienes parafernales que adquirió despues de casada, porque estos no son tan privilegiados como los dotales, y tal vez el acreedor se preferirá á ella por su crédito.

126 Hecha la traba se ha de notificar al deudor en persona, pudiendo ser habido, el estado de la execucion, esté ó no preso, y haya dado ó no la fianza de saneamiento, sin que el acreedor necesite dar pedimento; pues es visto contener virtualmente el precepto de hacersela sin nueva providencia, el mandamiento executivo en aquellas palabras; *hacedla conforme á derecho*; y ademas de no prohibirlo la ley es diligencia subsidiaria y consiguiente á la traba, y útil al acreedor, porque le excusa los gastos en nuevo pedimento y mayor dilacion; si bien lo mejor es que se ordene en el mismo mandamiento para evitar dudas, al modo que se hace en las requisitorias de execucion que son para lo mismo. Si no pareciese se debe hacer saber á su muger, hijos, criados, ó vecinos mas cercanos, (*a*) para lo qual precedidas tres diligencias en su busca como en el juicio ordinario para la citacion, ha de acudir el executante al Juez, haciéndoselo presente y pretendiendo se le dexe memoria por escrito con expresion de los efectos de la notificacion, á lo que debe deferir, y el Escribano se la ha de dexar expresando en lo que extienda en los autos, el nombre y apellido que dixo tener la persona á quien la entregó, quién era, y á qué hora, (que pondrá tambien en la memoria) se la dió, para que desde esta le pare el perjuicio á que haya lugar.

127 No pagando el deudor la cantidad porque se le executó, dentro de las 72 horas siguientes á la en que se le notificó el estado de la execucion, que son tres dias naturales, incurre en la pena de satisfacer la décima parte mas, (*b*) en donde hay costumbre de exigirla, y no de otra suerte; y si mostrare contenta del executante dentro de 24 horas, ó depositare llanamente dentro de ellas la deuda en persona lega, llana y abonada ante un Alcalde, y por su ausencia ante un Regidor y no ante otra persona, haciendose saber á su costa el depósito al executante dentro de tercero dia, queda libre de pagar

(*a*) Leyes 21 cerca del fin y 30 tit. 21 lib. 4 Recop. Rodrig. lug. cit. n. 32. (*b*) Ley 30 tit. y lib. cit.

décima y otro derecho de execucion, no habiendo obligacion de hacer la paga en algun lugar particular, mas no, si la hay. (a) Pero por esta contenta ó recibo de haber pagado que manifieste á los ministros executores, no han de suspender la traba ni demas diligencias, pues no les toca conocer, si es ó no legítimo, por lo que ha de producirle á su tiempo en juicio, y si constase ser legítimo, y que el acreedor pidió indebida y maliciosamente, le condenará el Juez en las costas y décima. La paga del débito ha de ser real, efectiva, lisa y llana para no incurrir en la pena de la décima; pues aunque consigne y deposite dentro del término referido su importe, si contradice su entrega y pide los autos, alegando tiene que excepcionar y probar, no se exîme de su satisfaccion, á ménos que pruebe excepcion que impida la execucion: porque la consignacion con esta qualidad no es la paga que se solicita, sino solamente seguridad de ella, y así se le tendrá por opuesto por el mismo hecho, y encargarán á ámbos litigantes los diez dias de la ley, sino que haya necesidad de citarle de remate, como se executorió á mi instancia en un pleyto que seguí, puesto que con la consignacion qualificada se quedan el deudor y el débito en el mismo estado que tenian ántes de hacerla, y los autos en su fuerza y vigor para su prosecucion, hasta que por la sentencia se terminen; lo que es al contrario haciéndose llanamente, en cuyo caso se comunica al acreedor, y este en su vista pide se le entregue el dinero consignado baxo de resguardo, y se acaban la via executiva y el motivo de continuarla con el reintegro de su deuda. Lo mismo procede, quando al tiempo de requerirle con el mandamiento de execucion los ministros, les paga la cantidad porque se despachó, y contradice su entrega al acreedor, pues no se han de suspender las diligencias sino proseguirse del mismo modo que si no la entregara.

128 Para que el executado mayor de 25 años no alegue ignorancia, tiene obligacion el Escribano de ha-

(a) Leyes 22 y 23 tit. 21 lib. 4 R.

cerle saber la referida pena al tiempo que le notifica el estado, apercibiéndole con ella y con las costas, si no paga la deuda en el mencionado. Asimismo la tiene de expresar en la notificacion la hora en que se la hace, y no practicándolo así debe pagar al acreedor el daño que se le cause, y es nula la execucion; (*a*) pero si en el pueblo no se estila exigir décima, no ha de mencionarla en la notificacion.

129 Al mismo tiempo ha de preguntar el Escribano al executado: "si da ó no los pregones de la ley por dados, y quiere gozar de su término, ó que se den, ó si los renuncia tambien con su término;" y ha de poner la respuesta que dé. Si responde que renuncia los pregones y su término, debe hacer que firme la diligencia, y si no quiere, ó no sabe escribir, decirle que haga la renuncia del término por pedimento ante el Juez, con lo qual queda á cubierto el Escribano, y no puede alegar el executado que es supuesta la renuncia del término; pero en quanto á la de los pregones, protestando gozar de este, bien puede admitírsela el Escribano, aunque no firme, porque de ello no se le sigue perjuicio sino beneficio en evitar los gastos de darlos, si paga dentro de él. El menor y los que gozan del privilegio de menor edad, no pueden renunciarlos, por estarles prohibido renunciar los beneficios que les concede el derecho, (*b*) y así executándose á alguno de ellos no se deben omitir los pregones para evitar la nulidad que puedan alegar por su defecto.

130 Los bienes executados se deben vender en pública subasta ó almoneda por pregones segun la ley. Estos han de darse luego que se hace la traba y notifica el estado de la execucion, no habiéndolos renunciado el deudor, y deben ser tres en esta forma: si son raices, en cada 9 dias uno, y si son muebles, en cada 3 uno, (*c*) no contándose en estos dias los de los pregones, por haberlo introducido así la práctica, de suer-

(*a*) Ley 21 tit. 21 lib. 4 R. (*b*) Ley 5 tit. 19 P. 6. (*c*) Ley 19 tit. y lib. cit.

te que aquellos se dan en 30 dias ó en 12, segun sean los bienes. En los pregones y en los carteles ó edictos que se fixen, se han de expecificar los bienes que se venden, y las posturas que se hacen á ellos. Si la execucion se despacha contra derechos ó acciones, se han de dar de tres en tres dias, ó de nueve en nueve conforme sean los bienes á que se tengan, porque las acciones siguen la naturaleza de aquellos á que competen, y se juzgan por las propias reglas. (*a*) Todos los dias en que se den, han de ser útiles y no feriados, pues dándose en estos son nulos, por estar prohibido en ellos todo juicio civil sin causa urgente, como se expuso en el cap. 1 de este lib. n. 7. Lo mismo digo de aquellos en que se fixen edictos ó cedulas para la venta, ó para emplazar ó llamar judicialmente en causa civil á parientes, acreedores ú otros, y de ello se debe poner fe expresiva é individual en los autos. Pero si la deuda es fiscal ó de casos de hermandad, se han de pregonar los bienes raices por solos nueve dias tambien útiles, en cada tres un pregon, y los muebles por tres, en cada uno el suyo. (*b*) Y aunque de lo expuesto se deduce que los bienes se deben valuar primero que se pregonen, é inmediatamente que se notifica el estado de la execucion, pues ignorándose su valor nadie querrá hacer postura, no se observa en esta corte, porque durante el termino de los pregones y el de los diez dias podrá tal vez el deudor facilitar el pago de la deuda ó acreditar no serlo, y no es justo gravarle con expensas de tasacion y pregones inútiles: en cuya atencion hasta que la causa se sentencia de remate, ni se tasan ni pregonan, sin embargo de lo que dispone la ley, y esta práctica como mas equitativa es la que se observará en la extension de las diligencias de este juicio. Los pregones se deben dar á las puertas del oficio del Escribano, originario, ó de la audiencia, ó en

(*a*) Parlad. lib. 2. Rer. quot. cap. fig. part. 5. §. 3 n. 15. Olea de Ces. jur. tit. 2 q. 1 n. 30. (*b*) Leyes 43 cerca del fin tit. 13 lib. 8., y 17 y 18 tit. 7 lib. 9 R. Vease el cap. 3 n. 106.

los parages públicos, donde se acostumbre hacer en el pueblo, para que llegue á noticia de sus vecinos, pues la ley ninguno señala; y sin embargo de que el pregonero es persona pública, y de que por esta razon parece bastaria su certificacion jurada y expresiva de quantos dió, y en qué dias y parages; mejor es que los presencie el Escribano para que pueda dar fé de ello, los extienda en los autos con separacion de cada uno, y no se dude de que se dieron, segun se practica en esta corte, porque ninguna autoridad reside en el pregonero como en el Escribano, y por consiguiente no hace la fé que este.

131 Hallándose el executado con sus bienes en otra jurisdiccion ó en pueblo diverso de el del juicio, aunque sea de la misma, se han de dar quatro pregones, el primero en el lugar en que habita, y los demas en el del juicio. (*a*) Si se dan en menor tiempo que el referido aun con consentimiento del executado, es preciso que se vuelvan á dar de nuevo, y es nula la execucion; mas no, dándose en mayor. (*b*)

132 Quando se trabó la execucion en bienes muebles y raices, se deben dar los pregones en los treinta dias prefinidos para estos, sin ser necesario darlos tambien en los nueve de aquellos, porque en el término mayor se comprehende el menor. Si se mejoró ó hizo de nuevo en otros que no se pregonaron, es indispensable hacer con ellos lo que con los primeros, segun sean; (*c*) y si se trabó en muebles, y amplió ó mejorò en raices, se han de dar en los 30 dias, porque esta mejora es continuacion de la traba ó embargo, y es lo mismo que si se principiara por ellos, de suerte que en ninguno de los casos en que hay bienes raices, basta pregonarlos solamente en los nueve dias: todo lo qual se entiende, aunque se haya trabado en una cosa en nombre de las demas que se embargaren y parecieren pertenecer al deudor al tiempo del remate, porque co-

(*a*) Ley 36 tit. 4 lib. 3 R. (*b*) Covar. lib. 2 Var. cap. 11 n. 3. Rodrig. cap. 5 cit. n. 81. (*c*) Cur. Philip. part. 2 § 18 nn. 5 y 6.

mo los pregones se dan para que llegue á noticia de todos la venta, y para llamar á los compradores, si no consta individualmente quales son y sus tasas, mal podrán moverse á comprarles, á ponerles precio, ni á pujarlos.

133 Aunque el executado renuncie los pregones es preciso que se pase su término, si no le renunció tambien, (*a*) porque la ley 19 tit. 21 lib. 4 R. le pone por forma, segun se prueba de las palabras, *y dados los pregones*: lo qual procede; aun quando se omita la protesta referida en el n. 129, porque esta se pone por estilo y para desvanecer qualquier escrupulo que pueda ofrecerse, y todo motivo de cabilacion maliciosa y dilatoria. Los dias de término se deben contar, como si dieran los pregones, y por consiguiente han de ser útiles todos los 30, respecto querer gozar de ellos el executado, que es lo que se practica en esta corte.

134 No hay para que darlos, quando la execucion se trabó en dinero que tenia el deudor en su poder ó estaba depositado en un tercero, y así se le ha de citar de remate incontinente que se le notifique el estado de la execucion, sin preguntarle si los da ó no por dados, para que se oponga á ella, excepcione y pruebe en el término legal lo que le convenga, siguiéndose la via executiva en igual forma á excepcion de la subasta y pregones. Lo mismo debe practicarse, quando la obligacion del executado es de pagar en especie determinada como trigo, aceyte, &c. y la execucion se trabó en ella, pues se ha de hacer el pago en la propia especie, (*b*) por lo que en la sentencia no se ha de mandar "que se haga trance y remate de los bienes executados, sino que se prosiga la execucion y se haga pago al acreedor con los bienes executados."

135 Si no hay pregonero en el pueblo, como sucede en muchísimos, basta fixar en los dias útiles re-

(*a*) Paz Prax. part. 5 cap. 2 n. 39. Rodrig. y Covar. lug. cit. (*b*) Carlev. de Judic. tit. 3 disp. 2 n. 1. Cur. Philip. lug. cit. n. 8.

feridos edictos ó cédulas en los parages públicos de el del juicio, y de aquel en donde estan sitos los bienes executados, poniendo el Escribano ó Escribanos fé de fixacion en los autos con insercion literal de la cédula y especificacion de los sitios en que se fixaron, y celebrandose públicamente á su tiempo con la solemnidad legal y sin fraude la venta y remate ante el Juez del pueblo del juicio, si allí existen, (a) y si no, en virtud de su comision especial y no de otra suerte, ante el del territorio en que esten, segun lo observan los inteligentes.

136 No solo se ha de hacer la traba y notificar al deudor el estado de la execucion, sino que antes ú despues de notificarsele debe requerirle el alguacil que afiance de saneamiento de los bienes executados, aunque sean raices, y que no lo haciendo le pondrá preso. (b) Es verdad que parece cosa muy dura que al que tiene bienes para pagar, se le prive de su libertad natural; pero sin embargo no se debe dispensar de la prision al que no sea privilegiado, porque lo manda la ley para evitar el perjuicio del acreedor, si los bienes no son tal vez del deudor, ó aun quando lo sean, si se hallan gravados con otras deudas anteriores, y por tanto si omite lo dicho el alguacil, se expone á ser condenado ó multado, como lo he visto executoriar en esta corte, reservandole á él y al Escribano la repeticion contra el deudor. El fiador ha de ser sugeto lego, llano y abonado que no goce de fuero, que pueda reconvenirse con facilidad, y de consiguiente que se halle en el pueblo del juicio, ó al menos dentro de la provincia: que tenga bienes conocidos, que no sea Clérigo, noble, soldado, muger, menor, ni otro privilegiado, (c) ni tampoco labrador sino por otro labrador; (d) y finalmente que asegure "que los bienes executados son libres y propios del deu-

(a) Parlad. dich. § 8. n. 5. Rodrig. lug. cit. n. 80 vers. Nec etiam. (b) Baez. de Inope debitore cap. 1 n. 27. Parlad. lib. 2 cap. fin. p. 5 § 5 n. 2. Rodrig. cap. 5 cit. n. 33. (c) Ley 2. tit. 12 P. 5. Rodrig. lug. cit. Parlad. dich. § 5 nn. 4, 5, 6 y 7. (d) Ley 28 tit. 21 lib. 4 R.

dor; que serán suficientes al tiempo del remate para la satisfaccion del principal, décima y costas: que en su defecto se obliga á satisfacerlo todo, ó lo que falte con los suyos, hecha excusion en los del deudor, y que no lo haciendo le apremie á ello por todo rigor de derecho y vía executiva el Juez de la causa." Esta fianza es substancial en el juicio executivo (*a*) para que no quede ilusorio, y no dándola el executado ha de ser preso, aun quando presente testigos que aseguren que los bienes son suyos, ó dé la de la haz ó de estar á derecho. (*b*) De esta fianza se ha de hacer protocolo y poner copia en los autos, en vez de extenderse en ellos, porque la ley manda que de todos los instrumentos se haga. Y el fiador idóneo no ha de estar preso durante la execucion del deudor principal.

137 Hay personas que si no dan la citada fianza, han de ser presas: hay otros que absolutamente hablando, ni deben darla ni de consiguiente ser encarceladas por deuda puramente civil; y hay otras que ademas de no deber darla ni ser presas, no se les puede reconvenir por mas de lo que pueden pagar, porque gozan del beneficio que llaman de la competencia. Las que deben darla ó de lo contrario ser presas, son todas las que no gozan del privilegio de nobleza ú de otro que las exima de ello, sean mozas ó ancianas, porque la ley 19 citada habla indistinta y absolutamente sin exceptuar ninguna edad; pero al deudor no se ha de afligir ni molestar con prisiones, sino solamente detenerle en la cárcel sin ellas hasta que pague ó se le mande soltar: pues ademas de que seria iniquo semejante rigor, porque la cárcel solo se estableció para custodiar á los presos, mientras se substancian y determinan sus causas, lo prohibe la ley 34 tit. 4 lib. 3 R.

(*a*) Se prueba de la ley 19 t. 21 lib. 4 R. que dice: "Mandamos por el (habla del mandamiento de execucion) que se haga la execucion en bienes muebles, y á falta de ellos en bienes raices con fianzas de saneamiento, y que en defecto de las dichas fianzas sea preso el deudor." (*b*) Parlad. part. 5 cit. § 6 n. 7. Curia Philip part. 2 § 17 n. 2. De esta fianza, sus efectos, de quien debe ó no recibirla, y de como se ha de extender, se trató en la I. P. cap. 19 nn. 15 y 41.

138 Los hijosdalgo y nobles constando estar recibidos por tales en el pueblo del juicio, ó en aquel en que viven, no deben ser presos por deuda puramente civil, ni de consiguiente tienen obligacion de dar fianza de saneamiento; mas podrán serlo, si la deuda procede de delito ó quasi delito: por ocultacion justificada de sus bienes y alzarse con ellos: por hechos y derechos pertenecientes al Rey y no á otro: por rescate suyo y de sus parientes cautivos: (*a*) por haber negado ser nobles al tiempo del contrato; pues por el engaño no les sufraga el privilegio en este caso, y el que niega la qualidad ó privilegio concedido á su persona, le pierde: (*b*) por deuda procedente de una mala y fraudulenta administracion de tutela, si se prueba, porque es delito: (*c*) por cometer hurto, ó exercer algun oficio vil, pues mientras le usan, se conceptuan viles: (*d*) ó por cometer delito de infamia, pues por ello, si se acredita, se pierden todos los honores y no pueden obtenerse otros. (*e*) Algunos AA. son de parecer que si el noble fia á alguno en causa criminal, podrá ser preso por la condenacion aplicada al fisco; pero lo contrario es lo mas seguro en mi concepto, porque aunque este débito dimane de delito, no le ha cometido el fiador; y aunque los mismos dicen que la citada ley 19 exime al noble de la prision por la deuda y no por dar la fianza, debe despreciarse esta interpretacion como voluntaria y contraria á la misma ley: á mas de que sucederia que no debiendo ser preso por lo principal que es la deuda, lo era por lo acesorio que es la fianza, ó seguridad de ella. (1)

139 La nobleza, exêncion ó hidalguia de estos reynos de Castilla es de dos clases, á saber: de privilegio

(*a*) Leyes 4 tit. 19 lib. 5, y 4 y 6 tit. 2 lib. 6 R. Cur. Philip. part. 2 § 17 nn. 7, 8, 9 y 10. (*b*) Gom. ley 19 de Toro n. 4, y lib. 2 Var. c. 11 n. 54. (*c*) Cur. Philip. lug. cit. n. 12. (*d*) Leyes 12 y fin. tit. 21 P. 2. (*e*) Ley 7 tit. 6 P. 7.

(1) Aunque el noble renuncie su privilegio, no puede ser preso por deuda, pues aquel se ha concedido á todo el cuerpo de la nobleza. Gom. lib. 2 Var. cap. 11 n. 34. Acevedo leyes 4 y 5 tit. 2 lib. 6 R. n. 14.

y de sangre: la de privilegio es la que los Señores Reyes como fuente de toda honra civil por la potestad que tienen, (*a*) conceden á algunos en remuneracion de los méritos y servicios hechos á su Real Persona ó á su corona, para que la gocen en los términos contenidos en los títulos ó cartas que se les expiden, como lo dice la ley 7 tit. 2. lib. 6 R. "Es nuestra merced y voluntad que gocen de ellos, y de las dichas hidalguías y exênciones, segun se contiene en nuestras cartas que sobre ello les dimos." Estos títulos ó cartas se llaman *privilegios de nobleza*, y se dividen en tres clases. (*b*) La primera es una exênencion de determinados tributos y cargas personales, y una concesion de las franquezas y libertades que gozan los hijosdalgo con ciertas condiciones y restricciones: (*c*) y los que obtienen estas gracias, sus hijos y descendientes no son, ni se deben llamar hidalgos sino propia y adequadamente exêntos. (*d*) La segunda clase es aquella en que los Señores concedentes dicen *que los concesonarios sean tenidos por hijosdalgo*, y así gozan sus personas de todas las honras concedidas á estos. (*e*) Y la tercera es, quando dicen expresamente, *que los hacen hijosdalgo á ellos y á sus descendientes, y que sean tenidos por tales, &c.* con las demas firmezas que se acostumbran poner en semejantes rescriptos, y los que obtuvieren este privilegio, y su posteridad legítima y natural gozarán de las inmunidades, distincion y franquezas que los hijosdalgo llamados *de sangre*, (*f*) debiéndose sentarlos entre los hijosdalgo del pueblo en que habitan, y copiar en los libros de padrones el privilegio para que nunca se dude de su concesion.

140 Hay otra clase de privilegios de nobleza que rigorosamente no lo son, sino una declaracion de hidalguía en que el Rey dispensando en uso de su po-

(*a*) Ley 6 tit. 27 P. 2. (*b*) Moren. de Vargas de Nobilit. discurs. 7 n. 4. Garcia de Nobilit. glos. 1 § 1 n. 51. (*c*) Leyes 10 tit. 18 P. 3 y 7 tit. 2 lib. 6 R. Gutier. lib. 4 Pract. q. 1 n. 11. Garcia lug. cit. n. 1. (*d*) Moren. lug. cit. n. 5 al fin. (*e*) Ramir. de leg. Reg. § 33 n. 14. Moren. n. 6. (*f*) Garcia lug. cit. n. 50 y glos. 35 n. 3. Moren. n. 7.

testad soberana las escrupulosas formalidades que la ley de Córdova prescribe para probarla, expresa "hallarse certificado de que el padre, abuelo y demas ascendientes del pretendiente son hijosdalgo de sangre de solar conocido, y que por tener una exâcta noticia de sus personas y nobleza, los declara por tales mandando se les guarden las exênciones que les corresponden, &c." Esta declaracion no les concede nueva nobleza, y solo aclara la que tenian, para que no esté cubierta, obscura, ni confundida como hasta entónces, segun sucede en la de muchísimos por su pobreza y otros acasos: (a) Para conseguir dicha declaracion, lo qual es bastante arduo y dificil, debe el pretendiente presentar á S. M. en derechura por la via reservada de Gracia y Justicia, y no á la Cámara, no solo informacion judicial de testigos que declaren á lo ménos por fama pública y oidas á sus mayores, y estos á los suyos, que desciende de tal casa y familia por línea varonil legítima, sino tambien las partidas, testamentos y demas documentos que acrediten su descendencia, y los testimonios de los empadronamientos de la nobleza de la familia, y sugeto con quien quieren entroncar, sacado y hecho todo con citacion de los Procuradores Síndicos, del mismo modo que si litigara en la Chancillería; y si se le admite, ha de hacer el competente servicio, como si solicitara privilegio de nobleza por no tenerla, que segun el arancel actual es de 40@ reales por cada interesado, los quales atendiendo á la mas ó ménos justificacion é inmediacion del entronque, puede reducir á 30@ ó á 25@ la Cámara, á quien S. M. lo remite todo para que le consulte. Y ademas de este servicio hay que hacer otros gastos crecidos. (1)

(a) Moren. lug. cit. n. 15.

(1) "Cap. 25. Las legitimaciones extraordinarias para heredar y gozar de la nobleza de sus padres á hijos de Caballeros profesos de las órdenes, de Clérigos y de casados. Sirvan con mil ducados de vellon, siendo la legitimacion para solo heredar y obtener oficios; pero comprehendiendo la circunstancia de gozar de la nobleza de sus padres, con treinta mil reales entendiéndose en uno y otro caso por cada hijo ó hija que lo solicite."= »Cap. 35. Los privilegios de hidalguía. Sirvan con

141 La nobleza, exêncion ó hidalguía de sangre es la que se hereda de aquellos á quienes se concedió, y en quienes tuvo principio, como se prueba de la ley 3 tit. 21 P. 2 que dice: "Fidalguía es nobleza que viene á los omes por linage: é por ende deven mucho guardar los que han derecho en ella, que non la dañen, ni la mengüen; cá pues que el linage face que la ayan los omes assi como herencia, non deve querer el fidalgo que él aya de ser de tan mala ventura, que lo que en los otros se comenzó, é heredaron, mengüe, ó se acabe en él." Así que, la nobleza obtenida en el dia y la heredada de mil años ha, como dimanada de una fuente y concedida con iguales prerogativas, es una misma substancialmente, y solo se diferencia en la antigüedad, en que para el sugeto á quien se concede, es de privilegio, porque no precediendo este no puede haberla, y para sus hijos y descendientes es de sangre, por haberla heredado; y en que ni sus hijos ni el concesionario podrán cruzarse, si el estatuto la pide de padres y abuelos; pero tan nobles son los unos como los otros, puesto que gozan de iguales franquezas. Esta nobleza ha de provenir precisamente del padre, por lo que si este la goza, aunque la madre no la tenga, serán hidalgos sus hijos legítimos y naturales; mas no al contrario, porque la muger es el fin de la familia y á nadie ennoblece por sí sola; y si la madre la tiene tambien, serán nobles como lo expresa la misma ley. "Pero la mayor parte de la fidalguía ganan los omes por honra de los padres: cá maguer (*porque aunque*) la madre sea villana, é el padre fidalgo, fidalgo es el fijo que dellos nasciere; é por fiijodalgo se puede contar, mas non por noble. Mas si nasciese de fijadalgo, é de villano, non tuvieron por derecho que fuesse contado

cincuenta mil reales, y se tendrán en consideracion las circunstancias y estado de familia del que lo solicite."="Cap. 36. La declaracion de hidalguia ó nobleza de sangre. Sirva con quarenta mil reales, y se tendrá igual consideracion de las circunstancias y estado de familia del que la solicite." Real cédula de 21 de Diciembre de 1800.

por fijodalgo." Sin embargo el hidalgo y el noble no se diferencian en el goce de exênciones.

142 Como no puede haber nobleza, exêncion, ó franqueza civil sin que el Soberano la conceda, no se presume, sino se prueba, y así debe justificarla el que alega tenerla. (*a*) La nobleza concedida se justifica con el título ó privilegio de su concesion, y de esta no se debe dudar, porque el mismo título lo acredita. La prueba de la nobleza que llaman de sangre, cuya concesion no consta, se hace ó de *posesion local*, *ó de posesion general*, *ó de propiedad posesoria*. Para la posesion local es suficiente probar que el pretendiente y su padre han estado en posesion de hijosdalgo por espacio de 20 años; (*b*) y al que lo justifica, se manda guardar la posesion ó quasi posesion de hijodalgo en el lugar donde vive solamente, por lo que se llama vulgarmente *hidalgo de canales adentro ó local*, dando á entender que en saliendo de él ya no lo es. Para la posesion general es necesario probar de tres personas, del pretendiente, su padre y abuelo por igual tiempo de 20 años continuos y cumplidos; y al que así probare, se manda amparar en la posesion ó quasi de hidalguía, y que generalmente le sea guardada; bien que no queda declarado hijodalgo en propiedad, porque este litigio se conserva al Procurador Fiscal y al Consejo colitigante para que sigan su derecho; y si obtienen despues, se manda despojar de la posesion al pretendiente, como lo he visto hacer; pero entre tanto en virtud de la sentencia primera de amparo goza de todos los honores é inmunidades que los hijosdalgo en propiedad posesoria. (*c*) Y para la propiedad posesoria, aunque en lo antiguo era preciso justificar la posesion de quatro personas, del pretendiente,

(*a*) Ley 8 tit. 11 lib. 2 R. Covar. lib. 1 Var. cap. 16 n. 10 Gutier. lib. 3 Pract. q. 14 n. 4. Garcia de Nobilit. glos. 12 n. 5 y glos. 13 n. 1. Escobar de Purit. part. 1 q. 8 § 1 n. 22. (*b*) Ley 8 cit. Otalor. part. 2 cap. 5 n. 9. Garcia glos. 7 n. 20, glos. 12 n. 11, y glos. 40 nn. 1 y sig. Moren. discurs. 6 n. 5. (*c*) Dicha ley 8. Garcia glos. 11 y 12 n. 10 y glos. 28. Otalor. part. 2 cap. 10 n. 1. Far. ad Covar. lib. 1 Var. cap. 16 nn. 16 y 61. Moren. discurs. 6 cit. n. 4.

su padre, abuelo y bisabuelo, (*a*) hoy basta probarla de sí, su padre y abuelo, con tal que ademas se pruebe la inmemorial. (*b*) En virtud de esta prueba se expide executoria, por la qual se declara hijodalgo al pretendiente, no se debe dudar ya de la posesion de su hidalguía y nobleza de sangre, pues impone perpetuo silencio y como cosa juzgada se tiene por verdadera; y sus viudas, miéntras conserven castidad y no se casen, gozan de la misma hidalguía. (*c*) Esta es la mayor parte de la nobleza que hay, y viene á ser una posesion declarada de ella, no propiedad, porque para esta es menester, ó acreditarla por medio del privilegio expedido al primero que empezó á gozarla, el qual es el verdadero título de ella, y sin él solo puede haber una posesion de su goce; ó justificar descender de casa y solar conocido por noble; cuyas dos clases de nobleza son las verdaderas, y no la de mera posesion, puesto que para adquirir esta en los pueblos hay muchos amaños que la facilitan, mayormente con el dinero que hace valer todas las pretensiones del que le tiene; y si se hiciera presentar á cada uno el privilegio concedido á su persona ó ascendencia varonil, no quedaria la tercera parte de los que indebidamente la gozan, ni por consiguiente causarian tantos daños en los pueblos como causan.

143 Estan comparados los hijosdalgo de executoria en quanto al goce de exênciones á los de *solar conocido*, *Infanzones ó Gentiles*, que son aquellos cuya nobleza ó hidalguía es notoria á todos los de la provincia en que habitan. La notoriedad se causa por ser descendientes de casa y solar que es conocida de todos por noble, y no se halla en tierra llana que poblaron los Sarracenos, sino en la Montaña, ó en la Galicia, Asturias, Guipúzcoa, Vizcaya y Navarra, adonde se refugiaron y reunieron las reliquias de los Católicos para defenderse de

(*a*) Ley 2 cerca del fin, verb. E por ende, tit. 21 P. 2. (*b*) Leyes 7 y 8 tit. 11 lib. 2 R. Garcia glos. 7. nn. 16 y 27, glos. 12 n. 1 y glos. 18 n. 7. Otalor. part. 3 cap. 6 n. 1. (*b*) Ley 9 tit. 11 lib. 2 R. Otalor. part. 2 cap. 9 nn. 6 y 11. Garcia glos. 8 § 1 n. 16. Acev. in Rubr. tit. 2 lib. 9 R.

los Mahometanos, quando hicieron su irrupcion en estos dominios, y se apoderaron de las Castillas y otras provincias; y aunque la concesion de su nobleza no conste, ni se pueda probar por el gran transcurso del tiempo, y las calamidades que se padecieron hasta que se consiguió la total expulsion de los infieles, se presume hecha al que edificó el solar, por los servicios hechos á la corona y á la patria, y que como digno por ellos de remuneracion se le distinguió y permitió edificarle, poniendo en él sus armas y distintivo, lo qual no se le permitiria de otra suerte. (*a*) El nombre de *solariego ó hidalgo* es mas antiguo que los de *Infanzon ó Gentil*, aunque se entienden por una misma cosa. (*b*)

144 Aunque no consta del orígen de esta palabra *solar*, de donde se deriva el nombre de *solariego*, sin embargo de no haber cosa mas comun en esta materia, se entiende por el suelo en que está edificada la casa del que sirviendo á su patria y exponiendo su vida por ella obtuvo la nobleza, y por la misma casa ó edificio primitivo cuyos dueños se denominaron *Señores solariegos*, que quiere decir, *Señores de vasallos*, y sus descendientes por línea masculina *hijosdalgo de solar conocido*, para denotar la nobleza de sus progenitores que en los edificios propios que habitaron, dexaron signos demostrativos de ella, perpetuando su memoria en cosas permanentes; (*c*) pero han de ser poseidos por herencia y varonía, y sin particion, en cuya atencion sin embargo de que los compre el que no goza de la nobleza, no se llamará noble. (*d*)

145 De la nobleza del executado puede conocer sumaria é incidentemente el Juez que entiende en la execucion, y determinarla oyendo al executante, mas su determinacion á nadie mas perjudica que á este; y du-

(*a*) Garcia glos. 18 nn. 3, 4, 33 y 34. Otalor. part. 2 cap. 4 n. 6. Acev. in Rubr. tit. 7 lib. 6 R. n. 198. Moren. discurs. 5 n. 1 y disc. 6 n. 2 al fin. (*b*) Salazar de Mendoza Origen de las Dignidades Seculares cap. 7. Moren. disc. 4 nn. 1, &c. y 10. (*c*) Garcia glos. 18 cit. nn. 10, &c. y 24. Moren. disc. 5 nn. 4 y 5. (*d*) Garcia glos. 18 cit. nn. 25, &c. y 29.

rante el litigio ha de ser suelto el executado baxo la fianza de la *haz*, porque no dándola ha de permanecer en la cárcel, sin ser necesario remitir la causa sobre este artículo á los Alcaldes de Hijosdalgo de la chancillería; pero si la nobleza del executado es notoria y por tal la alega, entónces recibida informacion de su notoriedad y posesion, debe ser suelto sin fianza alguna, (*a*) y por consiguiente queda libre de dar la de saneamiento.

146 Aun quando el executado manifieste al Escribano y alguacil que van á executarle, papeles que acrediten haber gozado nobleza sus ascendientes en otro pueblo, ó les conste por otro medio que es noble, no deben por eso dexar de ponerle preso, si carece de bienes, ó teniéndolos no afianza de saneamiento, á ménos que exhiba mandamiento de amparo de algun Juez de aquel pueblo, (como en esta corte le solian dar los Alcaldes de ella ántes de habérseles prohibido) ó executoria que haya obtenido, ó que conste públicamente estar admitido por tal en el mismo pueblo; pues en los dos casos primeros ha de poner testimonio de lo que resulte del mandamiento ó executoria, devolviéndoselos, y dar cuenta al Juez suspendiendo la prision hasta nueva providencia; y en el tercero ha de poner diligencia de estar recibido por noble, y no haberle requerido por esta razon que diese la fianza.

147 Entre los fueros y leyes que hicieron antiguamente los Vizcainos para su gobierno, es uno el de que todos los vecinos y domiciliados en su territorio, y sus descendientes han de gozar del privilegio de hidalguía no solo dentro de él sino tambien en qualesquiera partes, lugares y provincias de estos reynos, con tal que los avecindados fuera de Vizcaya prueben que su padre ó abuelo paterno nació en él, y por fama pública que sus anteriores progenitores por línea paterna fueron por

(*a*) Acev. ley 4 n. 30 y 19 tit. 21 lib. 4 R. n. 64. Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 16 n. 6. Rodrig. de Execut. cap. 5 cit. n. 45.

nacimiento Vizcainos, y todos ellos tenidos y reputados por tales; (a) en cuya atencion gozarán de las exênciones concedidas á los hidalgos, aunque hayan renunciado su hidalguía. (b) Estas inmunidades que ellos se concedieron ennobleciéndose á sí mismos, y otras que contienen sus fueros, las han confirmado los Señores Reyes de estos dominios, porque con motivo de haberse extinguido la descendencia de su Conde Don Lope Diaz de Haro, décimo octavo Señor de Vizcaya, se entregaron al Señor Rey Don Juan el primero de Castilla con el pacto expreso de que se les habian de guardar sus fueros nativos como hasta entónces y confirmar por los Señores Reyes sus sucesores: de manera que la nobleza de los Vizcainos es un privilegio concedido al pais, y á los que nacen y descienden de él, y no otra cosa, excepto que acrediten como los de las demas provincias ser nobles y descender por línea legítima varonil de casas solariegas ó infanzonas, (cuyo número es el menor) á lo qual se les precisa hoy justamente para recibirse por tales fuera de Vizcaya y Encartaciones.

148 Gozan del privilegio de nobleza para no ser presos por deuda puramente civil los Jueces durante su oficio, los graduados de Doctores ó Licenciados en qualquiera facultad por Universidad aprobada, y los Abogados, aunque solamente tengan el grado de Bachiller. (c) Pero esto no es nobleza sino una exênción concedida al oficio, grado y facultad que no trasciende á la posteridad del que la exerce, lo qual procede tambien en los Oficiales Militares, si no han nacido con ella; (d) bien que acerca de estos me parece (aunque no he visto declaracion Real) deberá limitarse á los subalternos, y no á los Coroneles ni de mayor graduacion.

149 Los Maestros de primeras letras aprobados en

(a) Ley 16 tit. 1 de los Fueros de Vizcaya. (b) Leyes 9 tit. 9, y 3 y 4 tit. 16 de dichos Fueros. (c) Leyes 3 tit. 10 y 8 tit. 31 P. 2, y 8 y 9 tit. 7 lib. 1 R. Rodrig. de Execut. cap. 5 cit. nn. 48, &c. y 52. (d) García de Nobilit. glos. 48 § 4 nº 9. Cur. Philip. part. 2 § 17 nn. 17, 18 y 19.

esta corte para dentro ó fuera de ella que obtuvieren título del Consejo, tampoco pueden ser presos por deuda puramente civil, y gozan de las exênciones personales que los que profesan alguna ciencia ó arte liberal así en quintas, levas y sorteos como en las demas cargas concejiles y oficios públicos de que se exímen los que profesan facultad mayor, segun Real cédula expedida á 1 de septiembre de 1743. Lo mismo se ha de decir de los que exercen las artes de Arquitectura, Escultura y Pintura, porque estan declaradas por nobles.

150 La muger no puede ser presa por deuda, (1) á ménos que dimane de delito ó casi delito, ó que sea conocidamente deshonesta. (*a*) (2) Si es casada, goza de la nobleza de su marido, aunque ella no la tenga, y conservándose viuda del noble ó del oficial de Casa Real, y viviendo castamente, le competen los privilegios de su marido como quando casada. (*b*) En quanto á las exênciones de los Caballeros de las ordenes militares, criados y Secretarios del Rey, labradores y otros vease la I. P. (*c*)

151 El menor de 25 años no debe ser preso por deuda civil, sino que tenga la libre administracion de sus bienes. (*d*) Asimismo no puede ser preso por deuda el enfermo hasta que sane, (*e*) ni el pregonero miéntras va pregonando, (*f*) ni el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario, le hizo en el término y con la pureza legal, y manifiesta todos los bienes de que se compone, aunque sí de lo contrario. (*g*)

(1) No vale la renuncia que haga la muger de este privilegio á causa de haberse concedido por respeto y miramiento á su sexô. Cur. Philip. Juic. exec. §. 17 n. 22.

(*a*) Ley 62 de Toro que es la 10 tit. 2 lib. 5 R.

(2) No es preciso para que la muger deshonesta pierda su privilegio, que sea una meretriz ó ramera, y basta que esté amancebada públicamente siendo soltera. Si es casada, se requiere que el marido consienta en su deshonestidad. Covar de Matrim. cap. 8 §. 11 n. 6.

(*b*) Leyes 9 tit. 11 lib. 2 y 18 tit. 14 lib. 6 R. (*c*) Capl 18 nn. 39, &c. y 46. (*d*) Parlad. lib. 2 part. 5 §. 6 n. 15. (*e*) Salg. de Reg. prot. part. 2. cap. 1 n. 213. Farinac. tom. 1 tit. 4 de Carcerib. q. 27 n. 27. (*f*) Tallad. de Carcer. cap. 11 §. 4 al fin. (*g*) Leyes 5, 6, 7 y 10 tit. 6 P. 6. Rodrig. de Execut. cap. 4 nn. 5 y 6.

152 Tampoco deben ser presos el tutor, factor, ó administrador por la deuda de su tutela y administracion, excepto que no manifiesten los bienes de estas: (*a*) ni los Procuradores de Cortes durante el tiempo de su encargo, á ménos que sea por contrato celebrado, ó delito cometido en la corte, ó por débitos Reales, lo qual milita en los de los pueblos que vienen á ella á negocios de estos: (*b*) ni el que tuviere tres años continuos doce ó mas yeguas de vientre por deuda contraida despues de tenerlas, excepto que toque al Rey: (*c*) ni tampoco los labradores, operarios de fábricas de estos reynos, ni demas artesanos segun la Real pragmática de 27 de mayo de 1786 inserta en el cap. 3 núm. 8 de este libro. (1)

153 Los que no han de ser reconvenidos en mas de su posibilidad por deuda puramente civil que no pertenezca al Rey, debiendo dexárseles congrua sustentacion segun su condicion y familia, tampoco deben ser presos por ella, ni de consiguiente estan obligados á afianzar de saneamiento; y son el Clérigo de órden sacro, sea por lo que debe á otro Clérigo ó á lego: el de menores órdenes, si tiene beneficio eclesiástico y no de otra suerte: (*d*) el socio por la de su compañía singular ó universal, á ménos que renuncie este beneficio: (*e*) el ascendiente, descendiente, suegro, yerno, marido y muger por la de unos contra otros; (*f*) y aun quando

(*a*) Parlad. part. 4 cit. §. 3 nn. 1, 2, 3 y 4. (*b*) Leyes 4 tit. 3 P. 3, y 10 y 11 tit. 7 lib. 6 R. (*c*) Tambien goza de otras exênciones que le conceden las tres leyes del tit. 17 lib. 6 R.

(1) En el dia fuera del holgazan y vagamundo apénas habrá quien pueda ser preso por deuda civil ó causa liviana, puesto que ademas de los muchos exêntos no pueden serlo por dichos motivos segun la citada pragmática *los operarios de todas las fábricas de estos reynos, y los que profesen las artes y oficios, qualesquiera que sean.* Asi, lo que ántes era un privilegio de varias aunque muchísimas personas, ha venido á ser una ley general que padece muy pocas excepciones.

(*d*) Cap. 3 de Solutionib. y ley 23 tit. 6 P. 1 y su glos. (*e*) Leyes 15 tit. 10 y 1 tit. 15 P. 5. Greg. Lóp. en la primera glos. 4 y 5. (*f*) Dich. ley 1. Baez. de Inope debitore cap. 17. Salg. Labyr. part. 1 cap. 24.

la madre y abuela salgan alcanzadas en la tutela de sus hijos y nietos, y hayan renunciado el auxîlio concedido á las mugeres, y el de no poder ser reconvenidas sino en quanto puedan, no deben ser presas por el alcance, porque esta exêncion se les concede por la reverencia que aquellos deben tenerles: (a) el marido por la dote de su muger ó por otra deuda de esta, aunque renuncie este beneficio y pacte que pueda ser reconvenido por el todo, (b) de cuyo privilegio gozan igualmente sus hijos y padre, ó suegro de la muger, porque no se acaba con la muerte del marido, (c) aunque no sufraga á los herederos extraños de este, (d) ni al suegro que ofrece dote á su yerno, sabiendo que no puede pagársela, pues por su dolo y malicia pierde el privilegio: (e) el que por un infortunio accidental é inculpable, v. gr. guerra, naufragio, incendio, &c. perdió sus bienes: (f) el Juez residenciado; (g) y el donante por la donacion que hizo, (h) pues de lo contrario le seria demasiado gravosa su liberalidad.

154 Tampoco debe ser reconvenido en mas de su posibilidad, ni está obligado á responder en juicio el que con la pureza legal hizo cesion de sus bienes ó concurso de acreedores por la deuda de alguno de estos, á cuya satisfaccion no alcanzaron los que tenia; pues aunque venga á mejor fortuna, se le ha de dexar congrua sustentacion de los que adquiera despues de la cesion, (i) porque este y los demas ántes mencionados pueden pedir alimentos de sus propios bienes, excepto que tengan arte, oficio, ú otro medio con que alimentarse, ó que el acreedor por ser pobre carezca de lo preciso para mantenerse, en cuyos dos casos se ha de pagar toda la deuda. (k)

(a) Matienz. ley 10 tit. 3 lib. 5 R. glos. 1 n. 3 y en ella Acev. Rodrig. cap. 5 cit. nn. 56 y 57. (b) Leyes últim. tit. 11 P. 4 y 1 cit. (c) Leyes 15, 16, 18 y 21 ff. de Re judicat. (d) Leyes 12, 13 y 25 ff. del mismo tit. (e) Baez. cap. 17 cit. n. 57. (f) Olea de Ces. tit. 6 q. 11 n. 46. Salg. dich. cap. 24 n. 2. (g) Salg. de Reg. prot. part. 2 cap. 4 n. 93. Cur. Philip. part. 2 §. 17 n. 28. (h) Leyes 4 tit. 4 y 1 tit. 15 P. 5. (i) Ley 3 tit. 15 P. 5. (k) Ley 15 al fin. tit. 10 P. 5 y su glos. 8. Cur. Philip. §. 17 cit. n. 24.

155 Lo propio milita en los Duques, Condes, Marqueses y otros Señores jurisdiccionales, si forman concurso de acreedores, pues por costumbre inconsusa de estos reynos se les deben suministrar alimentos de las rentas de sus estados concursados con preferencia á sus acreedores, para evitar que se vean precisados á mendigar, ó á exercer ocupaciones indignas é indecorosas que cedan en oprobio y desdoro de su dignidad; pero no en los poseedores de mayorazgo simple, á que no está anexa ninguna dignidad pública de título, baronía, ó jurisdiccion, pues estos aunque sean nobles, no tienen derecho á ser alimentados en el caso que los Señores de jurisdiccion, porque la nobleza por sí sola no es dignidad sino una mera exéncion, privilegio ó franqueza concedida para ciertas cosas, ó cuyo goce es permitido al que la tiene. (*a*) Tampoco se deben de justicia á los sucesores inmediatos, y si se les conceden, es por gracia, equidad y en reconocimiento de su inmediacion, siempre que tengan conocida indigencia, y el mayorazgo lo permita sin privar de los indispensables y decentes al poseedor y su familia, excepto que el fundador lo mande expresamente.

156 Litigando los referidos privilegiados unos contra otros, si el uno pretende evitar su daño y el otro adquirir utilidad, no gozará este del privilegio de no ser reconvenido en mas de lo que pueda: ni quando el uno le tiene genérico y el otro específico: (*b*) ni tampoco gozan de él sus fiadores, porque como personal está concedido solamente á los deudores principales. (*c*)

157 No incurrirá en pena el alguacil por exercer con los privilegiados referidos el rigor de la ley, si el mandamiento executivo se dirige contra sus personas y bienes, y solo es responsable el Juez que debe mirar contra quien le expide; y si no gozando del privilegio

(*a*) Salg. Labyr. part. 1 cap. 24. Rodrig. dich. cap. 5 n. 73. Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 y §. 3 n. 32. (*b*) Carlev. tit. 1 disp. 2 q. 6 sect. 7 n. 626. Parlad. lib. 1 Rer. quot. cap. 17 n. 28. (*c*) Salg. Labyr. part. 2 cap. 39 n. 35.

expresado ni de otro los deudores, se despacha únicamente contra sus bienes, no debe ponerlos presos, aunque carezcan de ellos, ó teniéndolos no afiancen de saneamiento, hasta que se le mande por nueva providencia, sino dar cuenta inmediatamente al Juez de lo que ocurra, para que la tome, pues por el hecho de no dirigirse contra sus personas es visto no querer que se proceda contra ellas, y el alguacil como mero executor carece de facultades para alterar y excederse de lo que expresa y literalmente le manda ó prohibe el Juez.

158 Pasado el término de los pregones, (pues miéntras dura, nada se debe hacer por lo dicho en el n. 133, excepto que se renuncie expresamente, ó ántes que espire, se oponga el executado á la execucion, como se dirá despues) de mandato expreso y por escrito del Juez á instancia del acreedor y no de otra suerte, residiendo el executado en el pueblo del juicio y pudiendo ser hallado en su casa ó en el mismo pueblo, se le ha de citar en persona para dos fines: el uno para que se oponga á la execucion y excepcione contra ella, si quisiere, y el otro para proceder en su defecto á la sentencia, venta y remate de los bienes executados y pregonados. Al mismo tiempo debe el Escribano apercibirle con arreglo á derecho (a) "que si dentro de los tres dias siguientes al de la citacion no compareciere en el juicio á mostrar paga, quita ó razon legítima que impida el remate, se procederá al de los bienes executados sin mas citacion, y para ello á sentenciar la causa por el importe del débito, su décima y costas causadas y que se causen hasta el efectivo pago de todo." De haberle hecho este apercibimiento expresándolo ha de dar fé en la citacion; y aunque no falta quien diga que no es necesario nuevo auto para hacer esta, no me conformo con este dictámen: lo primero, porque la ley 3 tit. 3 lib. 4 R. dice: "Y mandamos que de aquí adelante ningun Escribano, ni portero, pregonero, ni emplazador, ni otro

(a) Leyes 36 tit. 4 lib. 3 y 19 tit. 21 lib. 4 R. Parlad. dich. cap. fin. y part. 5 §. 9. n. 1.

oficial que tenga cargo de emplazar, no sea osado de emplazar, ni emplace á persona alguna, sin que primeramente le sea expresamente mandado por nuestras Justicias:" lo segundo, por no ser esta citacion consiguiente á la traba: lo tercero, porque el deudor puede haberse convenido con el acreedor, y así se ha de hacer á instancia de este y en virtud de mandato judicial nuevo, ó puesto en el mandamiento; y lo quarto, por estas palabras de la ley 36 tit. 4 lib. 3 R. "Y que despues un dia ántes que se haga el tal remate, se dé otro mandamiento para emplazar la parte para el dicho remate."

159 No dexándose ver el executado se deben practicar para citarle de remate las mismas diligencias que para notificarle el estado de la execucion, expresando en ellas no poder ser habido, y dexándole cédula ó memoria por escrito con la relacion competente y expresion de los efectos de la citacion, sin ser necesario buscarle por la ciudad ni provincia para que le perjudique la citacion, como si se le hubiese hecho en persona; bien que si acreditare que la citacion hecha en su casa no llegó á su noticia, no le perjudicará. Teniendo dos casas, se le ha de citar en la que habita: siendo vagamundo, en el lugar adonde asiste con mas freqüencia; y constando por informacion hecha en el juicio su ausencia de la provincia, y la ignorancia de su paradero y regreso, se le citará por edictos, nombrándose defensor con quien se entiendan las diligencias de venta y remate, como se nombra, quando por no haber dexado heredero un difunto está yacente la herencia sin saberse á quién corresponde. (a)

160 Hallándose fuera del territorio ó jurisdiccion del Juez que entiende en los autos executivos, ha de librar requisitoria al de su domicilio. Esta debe ir documentada con insercion de la declaracion y sentencia ó executoria que trae aparejada la execucion, y si se pide en virtud de escritura, ha de ir inserta esta con

(a) Paz tom. 1 part. 4 cap. 2 nn. 43 y 44. Gutier. lib. 1 Pract. q. 133. Acev. ley 19 tit. 21 lib. 4 cit. nn. 120 y 121.

la nota ó toma de razon de la oficina de hipotecas, para que no se le deniegue el cumplimiento, porque la escritura hipotecaria sin la nota no tiene fuerza executiva, si es especial, como se dirá en el núm. 228; y ha de ser no solo para trabar y mejorar la execucion, notificarle su estado, prenderle á falta de bienes equivalentes ó de fianza de saneamiento, y hacer depósito de estos á disposicion del requirente por cuenta y riesgo del requerido, sino tambien para citarle de remate á su tiempo, que es despues de haber espirado el término de los pregones y no ántes, porque de lo contrario habrá que volver á citar, como lo he visto hacer, por no haberse observado el órden y forma de la ley, prefiniéndole en ella el competente segun la distancia, para que comparezca á excepcionar y probar lo que le convenga, baxo el apercibimiento insinuado como en el juicio ordinario; (*a*) pues si no se hace todo esto en virtud de una sola requisitoria, se causan dilaciones y gastos superfluos, y así se practica en esta corte. Y si la execucion se trabó en réditos de censos ó en deudas, derechos y acciones pertenecientes al executado, convendrá citar á los deudores, como si estuvieran executados, para que dentro del propio término aleguen lo que les convenga sobre lo que debian satisfacer al executado, y no haya que hacer con ellos nuevos autos. Asimismo tocante á los pregones se les ha de apercibir que corren tambien para con ellos, porque de esta suerte quedan expeditas las diligencias y ciertas las deudas, y se puede proceder contra los deudores con apremio, si el executado no paga.

101 Quando terceros ó acreedores conocidos poseen los bienes en que se trabó la execucion, se les debe citar tambien en sus personas, pudiendo ser hallados; y si se ignora su paradero ó son inciertos, acreditándolo el executante por informacion sumaria en el juicio, se les ha de hacer la citacion por edictos ó pregones, nombrando defensor con quien se practiquen las diligen-

(*a*) Ley 7 tit. 3 lib. 4 R.

cias referidas para evitar su nulidad y la de la venta. (*a*) Si el reo executado es ciudad ó universidad, se ha de citar al Procurador Síndico y á un Regidor de ella. (*b*)

162 Compareciendo por sí en el juicio el executado, ú oponiéndose ántes que se le cite de remate, esté ó no pasado el término de los pregones, de que dixo queria aprovecharse, quando se le notificó el estado, es ociosa la citacion, y no se debe dar auto ni mandamiento para hacerla, como lo ordena la ley 36 al fin tit. 4 lib. 3 R. en estas palabras: "y que si oviere oposicion, despues de ella no se dé otro mandamiento para el dicho remate;" pues por su comparecencia es visto no solo que sabe se le ha de citar, sino tambien que renuncia tácitamente el término de los pregones que falta que correr; y así se le ha de haber por opuesto, encargar á ámbos litigantes el de la ley, á fin de que aleguen y justifiquen lo que les convenga, y entregar los autos al executado, como que este término se estableció para que no quedase indefenso, aunque es comun á los dos, (*c*) y esto es lo que se observa en esta corte.

163 Si por no ser suficientes los bienes executados para la satisfaccion de la deuda, su décima y costas se hiciere nueva execucion, ó la despachada se ampliare ó mejorare en otros, debe citarse segunda vez al deudor para el remate de estos, aunque la traba se hubiese hecho por todos los demas que pareciesen pertenecerle. (*d*) Ademas, si el pleyto se ha tenido suspenso en estado de citacion ú otro un año ó mas, se le ha de volver á citar, ó hacer saber por retardado el que tenga, sin cuyo requisito de ningun modo se han de proseguir las demas diligencias, (*e*) que es el efecto que produce la omision del actor; y lo mismo se debe practicar y practica en el juicio ordinario por la propia razon.

(*a*) Parlad. §. 9 cit. nn. 15 y 16. Rodrig. lug. cit. n. 90. (*b*) Parlad. dicho §. 9 n. 17. Moncalvo ley 4 tit. 17 lib. 3 del fuero Real. (*c*) Arevadaño in Diccion. verb. Almoneda. Parlad. dich. §. 9 nn. 2 y 3. Rodrig. lug. cit. n. 93. (*d*) Rodrig. n. 85. Acev. ley 19 cit. n. 95 al fin. (*e*) Cancer. part. 3 Var. cap. 15 n. 197.

§. IV.

De la oposicion del executado y de las excepciones que se le deben ó no admitir: del término en que las ha de probar para impedir la execucion, y de si el Juez requerido podrá conocer de ellas y determinarlas.

164 Hecha la citacion de remate y pasado el término prefinido en ella al deudor puede oponerse á la execucion por sí ó por medio de Procurador con poder bastante, pues no está obligado á comparecer personalmente. Si no acude á defenderse, podrá el Juez sin mas citacion llamar los autos y sentenciar la causa á la primera rebeldía que el executante le acuse, y no de otra suerte, pues aunque la ley 19 tit. 21 lib. 4 Recop. dice: "Y no haciendo la oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el Juez hacer remate, y pago á la parte;" esto se entiende pidiéndolo esta y no en otros términos; pero si ocurre, entónces como que su oposicion, la qual sirve de contestacion, surte el efecto de que se suspenda la sentencia y venta de los bienes executados por diez dias hasta que el Juez declare que debe continuarse la execucion; (*a*) se le tendrá por opuesto y entregarán los autos, aunque haya espirado el término de la citacion y mucho mas en caso de no haberse dado la sentencia, para que se aclare la verdad y no se condene al inocente. (*b*) Y si ántes que espire el de los pregones, se opone por medio de Procurador, no se le ha de haber por opuesto, entregan los autos, ni tener por parte, excepto que el poder contenga esta especialidad y la renuncia del término; lo que no sucederá, si comparece por sí mismo en el juicio, como se expuso en el n. 162, pues así se practica en esta corte.

(*a*) Dich. ley 19 tit. 21 Rodrig. lug. cit. nn. 91 y 92. (*b*) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 §. 9 nn. 4 y 5. Rodrig. dich. cap. 5 n. 95. Acev. ley 19 cit. n. 127.

165 Sin embargo de que algunos afirman que el executado al tiempo que se opone á la execucion y pide los autos, debe especificar la excepcion que tiene para enervarla, á fin de qué se le admita la oposicion, se observa lo contrario, por no haber ley que tal mande, y así basta que alegue generalmente que tiene que excepcionar y justificar, y pida los autos, pues se le mandan entregar, y há por opuesto á ella encargando á ámbos litigantes el término de la ley como comun.

166 Tres clases de excepciones puede oponer el executado para eludir la via executiva é impedir la sentencia de remate. La primera es de las que llaman *directas* por hallarse expresadas en la ley 1 tit. 21 lib. 4 Recop. y son seis, á saber: *pago*, *pacto ó promesa de no pedir la deuda*, *falsedad*, *usura*, *fuerza y miedo*. La segunda clase es de las *útiles*, cuyo nombre se les dá, porque aunque no hace mencion específica de ellas la ley, se coligen de su contenido y de otras leyes, y por derecho pueden admitirse en juicio, segun se prueba de las palabras de la citada ley, "y tal que de derecho se deba recibir:" y de la 2 del propio tit. y lib. "Salvo si dentro de diez dias mostrare la tal paga, ó legítima excepcion." Estas dos clases de excepciones se admiten en la via executiva, y probándolas el executado en tiempo y forma eluden la intencion del executante. Y la tercera clase es de las que por su naturaleza exigen mayor y mas escrupuloso exámen y conocimiento, y no se coligen de las leyes citadas, por lo que ni en este juicio ni en los demas sumarios se deben admitir, excepto que se prueben y liquiden incontinente, que es en el término legal. (*a*) De todas se tratará ordinalmente en este §.

167 La prueba de la paga para impedir la execucion se ha de hacer, segun prescribe la ley 19 cit. que dice: "Salvo si dentro de diez dias mostráre la tal paga, ó legítima excepcion sin alongamiento de malicia por otra tal escritura como fué el contrato de deuda, ó por albalá que haga fé, ó por confesion de la parte, ó por

(*a*) Parlad. lib. y cap. cit. part. 5 §. 11 nn. 40, 61 y 62.

testigos: De aquí se deduce que si por uno de estos quatro medios no la prueba plenamente el executado, no debe deferirse en el juramento supletorio, porque quando la ley prescribe cierto género de prueba, no se defiere en él la que falta. (a) Y es de advertir que si se pacta expresamente el pago en el mismo género de moneda que el deudor recibe prestada, debe cumplirlo así, aunque se acostumbre pagar en qualquiera, pues mas debe seguirse lo que se capitula, que lo que es costumbre. (b)

168 Puede hacerse tambien la prueba de la paga por presuncion de derecho, y debe admitirse, porque se reputa prueba completa, en cuya atencion si alguno manifiesta los recibos de las pagas hechas en los tres últimos años, se entiende haber satisfecho las pensiones de los precedentes; (c) é igualmente quando el deudor tiene en su poder el instrumento que acredita el débito, porque se presume su pago, ó al ménos haberle remitido el acreedor no solo la accion de pedir executivamente contra él sino tambien la misma deuda, (d) no justificando este la substraccion del instrumento. Y porque á veces suelen algunos hacer las pagas, y despues asegurando haberlas hecho indebidamente por yerro intentan repetir lo pagado, y su contrario lo niega: para saber qual debe probarlo, he aquí las palabras de la ley 29 tit. 14 P. 5. " Dubda podria avenir sobre la demanda que alguno ficiesse á otro diciéndole que pagaria por yerro lo que non devia, si el otro dixesse que non era assí, qual de las partes debe probar lo que dice, el demandador, ó el demandado. E por ende decimos que si aquel á quien face la demanda, conoce la paga, diciendo qual fue fecha verdaderamente, é non por yerro; que estonce el demandador deve probar el yerro, é si lo probare, debele ser tornado lo que pagó. Mas si el deman-

(a) Parlad. lib. 2 part. 5 cap. fin. §. 11 n. 35. (b) Parlad. dich. part. 5 §. 17 n. 21. (c) Parlad. §. 11 cit. n. 33. (d) Leyes 40 tit. 13 y 9 tit. 14 P. 5. Parlad. lug. cit. n. 34.

dado négasse la paga, é el demandador probasse tan solamente que la avia fecho, maguer non probasse el yerro, tenudo es el demandado de tornarle aquello quel pagó; fueras ende si quissiese luego probar que la paga le fuera fecha verdaderamente. É este departimiento que facemos en esta ley, ha logar entre todos omes, fueras ende en el menor de veinte é cinco años, é en la muger, é en el labrador simple, en el cavallero que vive con cavallo, é armas en servicio del Rey, ó de la tierra: cá qualquier destos que demandasse á otro en juicio, que habia fecho paga como non devia, é el otro otorgasse la paga, estonce tenudo sería el que la paga recibiere, de probar que fué verdadera, é que la deve aver por derecho. É si esto non probasse, tenudo sería de tornar lo que assí oviesse rescibido. Con esta ley concuerda la 6 tit. 14 P. 3. (*a*)

169 El pacto ó promesa de no pedir la deuda que es respectiva ó á su total remision ó á cierto tiempo, es tambien una excepcion legítima que probada en forma legal impide el curso de la via executiva; (*b*) y dicho pacto pasa á los herederos, aunque ninguna mencion se haga de ellos, excepto que se pruebe que fue personal, porque en duda se presume real. (*c*)

170 Para admitirse en la via executiva la excepcion de falsedad, ha de ser contra lo substancial del instrumento, pues no basta sea contra alguna cosa accesoria de él como la hipoteca ó pena. (*d*) Lo propio milita, si se opone la falsedad contra el instrumento, en cuya virtud se dió sentencia condenatoria, y ántes de esta nada se tocó de aquella, pues no obsta á la execucion, porque requiere mayor exámen é indagacion, á ménos que se pruebe en el término legal, en cuyo caso impedirá que se execute la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. (*e*)

(*a*) Sobre otras especies útiles véase el tit. 14 P. 5. (*b*) Parlad. §. 11 cit. nn. 36 y 37. (*c*) Ley 11 tit. 14 P. 5. (*d*) Ley 111 tit. 18 P. 3 y cap. 6 de fide instrum. (*e*) Paz. tom. 1 part. 4 cap. 3 n. 1.

171 La excepcion de usura ó de que el contrato fue usurario, impide tambien la execucion probándose en los diez dias de la ley. (*a*)

172 Anulan el contrato é impiden la execucion la fuerza y miedo que intimidan y acobardan á los hombres constantes, no á los niños, como si para que el deudor otorgase el instrumento, le amenazó de muerte, mutilacion de miembro ó cosa semejante el acreedor; ó si hizo que le prendiesen injustamente, y le otorgó en la cárcel, (*b*) en cuyos casos probando la fuerza ó miedo dentro de los diez dias de la ley y no de otra suerte impedirán el curso executivo.

173 De las excepciones de la segunda clase llamadas útiles lo es la compensacion, materia tan útil y difícil como freqüente en la práctica de los tribunales, de que se hablará con extension, por no haber tratado de intento de ella nuestros AA. ni en latin ni en castellano. La compensacion es *una mutua contribucion del crédito y débito entre sí*: ó un descuento y modo de satisfaccion con que el executado ó demandado pretende enervar la execucion ó demanda que el actor le puso. (*c*) La compensacion no es propia y simple ó pura excepcion sino una mezcla de accion y excepcion, porque quien compensa es en algun modo actor, y así su contrario debe responder á su oposicion como á una peticion. Se introduxo por equidad, pues mas nos interesa no pagar lo que realmente no debemos, que tener que repetir lo indebidamente pagado; como tambien por evitar pleytos y rodeos superfluos, de suerte que se haga á un tiempo lo que se habia de hacer en muchos. (*d*) Pasa activa y pasivamente como excepcion real perentoria inherente á la cosa, á los herederos y sucesores singulares del deudor á prorata de lo que debia, y así aunque este no la haya opuesto, pueden oponerla por ello, mas no por

(*a*) Puede verse la I. P. cap. 16. nn. 9, &c. y 33, donde se habla extensamente de la usura. (*b*) Gutierr. de Juram. confirm. part. 1. cap. 57. Parlad. lib. 2 cit. c. fin. part. 5 §. 11. n. 30. (*c*) Ley 20 tit. 14 P. 5. Ferraris Biblioth. verb. Compensat. n. 1. (*d*) En el n. 191 cap. 1 de este lib. se dice en que se diferencia la compensacion de la reconvencion.

su propia deuda. Tambien pasa contra los acreedores conjuntos de manera que es recíproca entre todos. (a) Extingue no solo la primera obligacion sino asimismo las accesorias, una vez hecha la oposicion judicial: (b) se numera entre las especies de paga, y tiene el vigor y efecto de verdadera: impide ipsojure el curso de las usuras ó intereses, débanse por una parte ó por ámbas: (c) exíme al deudor de la nota de moroso y disuelve la obligacion pignoraticia: (d) produce accion pignoraticia contraria (e) para reivindicar la prenda que se halla en poder del acreedor, y otros muchos efectos que recopila Bartolomé Bersano. (f) Así pues, siendo la compensacion especie de paga, y esta una de las excepciones expresadas en la ley, se debe estimar como tal é impedirá la execucion de sentencia, instrumento ú otra cosa que la traiga aparejada, si lo que se pretende compensar está líquido ó se liquída en los diez dias de la ley y no de otra suerte. (g)

174 Para que tenga lugar la compensacion, se requiere primeramente que las cosas que se piden y pretenden compensar, consistan en número, peso, ó medida, y sean líquidas ámbas; v. gr. dinero con dinero, trigo con trigo, vino con vino, &c. (h) pues del dinero con la especie no se admite, (i) á ménos que esta se pierda y se trate de su estimacion, en cuyo caso no se juzga de la especie como tal sino como cantidad: ni quando ámbas partes deben dinero, la una como cantidad y la otra como especie; v. gr. si en un bolsillo cerrado y sellado hay alguna sin contar; pues entónces mas será permuta que paga: (k) ni de especie con especie, ni de género con especie, (l) ni tampoco de género con gé-

(a) Bersan. de Compensat. c. 1 q. 19. (b) Bersan. c. 1 q. 20 n. 6. (c) Leyes 11 ff. y 4 Cod. de Compensat. (d) Ley 12. Cod. de Compensat. (e) Véase el n. 12 cap. 18 P. I. (f) Quæst. 20 cit. (g) Ley 20 t. 14 P. 3. Rodrig. de Execut. c. 6 n. 8. Pariad. lib. 2 cap. 8. part. 5 §. 11 n. 3. (h) Ley 21 cit. 14 P. 5. (i) Bersan. cap. 1 q. 4 n. 3. (k) Bersan. cap. 1 q. 4 nn. 2 y 3. Begnudel. Bibliothn verb. Compensatio n. 7. (l) Ley 21 tit. 14 P. 5. y su glos. 1, 2 y fin. Bersan. cap. 1 q. 4 y c. 2 q. 1 nn. 17, 18 y 21.

nero, como casa con fundo, caballo con mula, trigo con vino, &c. (a) En segundo lugar se requiere que la cosa que se intenta compensar, tenga la propia estimacion y bondad que la que se pide, por lo que si uno debe cierta porcion, v. gr. de trigo á otro, y este á él otra tanta, pero de mejor calidad, no se admitirá la compensacion: en cuya atencion, en la de ser incierto su valor y no poderse liquidar brevemente, y en la de considerarse ademas de esto la aficion á la cosa y otras circunstancias que hacen á la una mas cara que á la otra, no se debe compensar la especie con la especie ni el género con otro género. (b) En tercer lugar se requiere que el crédito y el débito concurran en una misma persona, de suerte que ámbos litigantes sean acreedores y deudores, actores y reos, pues con el crédito de un tercero no se admite la compensacion por favor del deudor, (c) ni se puede obligar á este á que contra su voluntad compense lo que debe á otro que á su deudor. (d) En quarto lugar se requiere que el crédito y el débito se pidan en nombre propio, y no en el de un tercero, por lo que el tutor que es acreedor de alguno, no puede compensar con él lo que debe en nombre de su pupilo, ni con el acreedor de este lo que él mismo debe por sí. (e) En quinto lugar se requiere que conste del crédito y esté líquido, ó se pueda liquidar en el término de diez dias por confesion de la parte contraria, ó por otro medio legal, pues en otros términos no se admite compensacion de lo líquido con lo no líquido. (f) Y en sexto lugar se requiere que el débito sea puro, y no alternativo si no hecha primero la eleccion, (g) ni condicional, ni á dia cierto, porque hasta que este llegue, y la condicion se cumpla, no se le considera ni tiene por deudor. (h) Concurriendo estos requisitos, así como el que tiene á su

(a) Begnudel. lug. cit. n. 29. Bersan. lug. cit. (b) Leyes 21 cit. y fin. Cod. de Compensat. (c) Leyes 9 Cod. y 2 y 18 ff. de Compensat. (d) Salg. Labyr. part. 3 c. 6 §. unic. n. 18. Bersan. cap. 1 cit. y q. 4 nn. 10 y 11. (e) Ley 9 ff. de Compensat. (f) Dich. ley 21 tit. 14 P. 5. Begnudel. lug. cit. n. 6. (g) Ley 22 ff. de Compensat. (h) Bersan. lug. cit. nn. 16 y 17.

favor muchas prendas ó bienes obligados, puede elegir el que quiera para que se venda y se le haga pago, (a) y el fiador reconvenido compensar el débito con su crédito, ó con el del deudor principal, (b) como se dirá en el n. 797; así tambien el acreedor que lo sea por muchas causas, y que es deudor de su deudor por una sola, puede elegir el crédito que mas bien le parezca, y compensarle con su propio débito, (c) y esto en qualquiera parte, aunque hubiese prometido pagarle en lugar determinado, porque no le está prohibido, y porque en este caso mayor efecto causa la accion mixta de excepcion que la mera accion. (d) Y es de notar que así como no se admite reconvencion de reconvencion por las razones expuestas en el cap. 1 de este lib. n. 180, tampoco compensacion de compensacion en todos casos. (e)

175 No solo puede oponerse la compensacion ántes de la sentencia en qualquiera parte del juicio, sea sumario ó plenario, sino tambien despues de pasada en autoridad de cosa juzgada, por ser excepcion perentoria que no la impugna y solo la modifica; (f) y podrá hacerse la oposicion ante el Juez ordinario, el delegado, el de apelacion, el árbitro en la causa compromisaria y el mero executor (g) por via de excepcion, aunque esten pasados los diez años que la ley 63 de Toro prescribe para pedir executivamente, porque, lo que es temporal y limitado para demandar, es perpetuo para excepcionar; (h) como tambien por via de reconvencion. Si el demandante la opone por excepcion, entónces como que alega no ser deudor, y pretende que así se declare, y que se le descuente su importe de lo que el acreedor le pide, ha de admitirse y descontársele; pero sino la justifica de suerte que no se dude de ella, debe pagarle ante todas cosas, y luego ha de seguirse el pleyto recibiéndose á

(a) Ley Creditor ff. de Distract. pignor. (b) Ley 5 ff. de Compensat. (c) Medices de Compens. parc. 2 q. 12. Brunemán ley 4 ff. de Compens. (d) Bersan. en el mismo tit. c. 1 q. 18 nn. 5 y 6. (e) Greg. Lóp. ley 20 tit. 14 P. 5 glos. 5. (f) Bersan. de Compens. cap. 2 q. 41 y cap. 4 q. 1 y 2. (g) Bersan. cap. 4 cit. q. 3, 4 y 5. (h) Parlad. lib. y cap. 1 §. 13 nn. 16. y 17.

prueba por via de justificacion. Lo mismo se ha de practicar, quando la pone por via de reconvencion como peticion. (a) Y para que no sea perjudicado, ni la compensacion que intenta se haga, surta el efecto de reconvencion, ha de pretender que mediante la compensacion deducida se le absuelva de lo pedido por el actor. (b) Y es de advertir que el que opone la compensacion, puede pedir se compela á su contrario á la manifestacion de los papeles ó instrumentos que se hallen en su poder, para probarla, quando es intrinseca, esto es, quando proviene de la misma causa que la peticion ó demanda; pero no, quando es extrinseca. (c)

176 Por pasar activa y pasivamente á los herederos la excepcion de compensacion, como se dixo en el n. 173. tiene facultad el heredero de compensar con el acreedor del difunto su causante lo que debe á este, si aquel le demanda por lo que el difunto le debia, (d) porque la compensacion como excepcion real es inherente á la cosa y no á la persona. Si son muchos los herederos, ha lugar tambien entre ellos á la de los débitos hereditarios, como si uno posee la parte de herencia que corresponde al otro, y este la que se debe dar á aquel, en cuyo caso si uno de ellos quiere reivindicar la suya, le obsta la excepcion de compensacion de la que retiene y pertenece al otro partícipe; (e) pues aunque de la especie á la especie no se admite en derecho, cesa la prohibicion con la voluntad de las partes. Pero el coheredero no puede excluir á su acreedor por lo que este debe á otro heredero, cuyo débito no dimana de parte de la herencia. (f)

177 Igual facultad tiene el deudor demandado por el heredero acerca de lo que debia al difunto, pues puede excepcionar la compensacion no solo de lo que este le debia, sino tambien de lo que el mismo heredero le es-

(a) Ley 20 tit. 14 P. 5 y su glos. 3 y 4, y ley 2 tit. 21 lib. 4 R. Rodrig. cap. 6 cit. Parlad. §. 11 cit. n. 31. (b) Bersan. cap. 1 q. 13 n. 27. (c) Adicion. á Olea de Ces. jur. tit. 6 q. 11. Bersan. cap. 1 q. 21 nn. 7 y 8. (d) Medices part. 2 de Compens. q. 19 num. 3. (e) Greg. Lóp. ley 21, tit. 14 P. 5 glos. 2. Bers. c. 3 q. 7 nn. 18, &c. y 21. (f) Bersan. cap. 3 q. 1 nn. 1, &c. y 9, y q. 7 nn. 17 y 18.

ta debiendo; porque despues de la adicion ó aceptacion de la herencia se confunde esta con los bienes del aceptante, á cuya consequencia los débitos de este se considerarán como de aquel para el efecto de compensarse, especialmente siendo lisa y llana la aceptacion, pues siendo con beneficio de inventario es esto opinable, por no hacer entónces dicha confusion y no estar obligado el heredero á mas de lo que permita la herencia. (a) Pero si los herederos son muchos, y tratan de cobrar el crédito perteneciente al difunto, les puede oponer el deudor demandado la compensacion á prorata de lo que el difunto debia á este, mas no de la que cada uno de aquellos le debe por su propia persona, pues esta no es admisible. (b)

178 Carece de accion el socio para compensar lo que debe á la sociedad, con lo que peculiar y privadamente le debe su consocio; y así ha de satisfacerle lo que resulte á su favor, y luego podrá usar de su derecho contra el consocio deudor suyo; (c) bien que si el crédito y el débito pertenecen á la sociedad en comun, y no á otra en la que no todos son partícipes, no hay obstáculo á la compensacion. (d) Los que tienen compañía ó poseen en comun alguna cosa, pueden descontarse mutuamente el daño y deterioro que por su negligencia se hayan causado, con tal que sea igual y el crédito de la sociedad no consista en especie; bien que si consiste en esta, podrá apreciarse para aquel efecto; y si es desigual, pueden hacer el descuento con el lucro del que le haya causado, hasta la competente cantidad. (e) lo qual no sucede con el que un socio hizo por su culpa y no por caso fortuito á la sociedad, pues no se compensa con el lucro que adquirió en ella, porque este pertenece á la compañía en comun, y el daño se atribuye á él solo que le causó.

179 Como á todos está permitido usar de los dere-

(a) Olea de Ces. jur. in addict. tit. 6 q. 11. n. 3. Bersan. c. 3 q. 7 nn. 2, &c. y 8. (b) Bersan. q. 7 cit. nn. 14 y 15. (c) Greg. Lop. ley 24 tit. 14 P. 5 glos. ult. Escobar de Ratioc. cap. 30 n. 6. (d) Bersan. cap. 3 cit. q. 9 nn. 2 y 21. (e) Ley 22 tit. 14 P. 5. Bersan. q. 9 cit. nn. 8, &c. y 13.

chos que corresponden á su autor ó causante, (a) y á los fiadores competen las excepciones que á los deudores principales, especialmente si son respectivas á la obligacion de la causa, se sigue de aquí, que si el fiador es demandado por la fianza que constituyó, puede compensar no solo la cantidad que el acreedor ó demandante le debe, sino asimismo á su eleccion la que este debe al deudor principal, como se expuso en el n. 174: (b) lo primero, porque así como puede pagar por este, puede tambien compensar: lo segundo, porque al modo que puede satisfacer con dinero de su principal, asimismo oponer la compensacion de la cantidad á que este es acreedor, porque el fin y efecto de la compensacion es hacer la paga; y lo tercero, porque el fiador no debe ser condenado en mas que el obligado principal, y puesto que este no debe serlo por la cantidad que se compensa, tampoco aquel, (c) en cuya atencion puede excepcionar no solo la compensacion de su crédito, ó del deudor principal separadamente, sino tambien la de ámbos á un tiempo, si el uno no alcanza á la total solucion de lo que este debe, (d) aunque lo resista el mismo deudor, (e) porque la compensacion, segun se ha dicho, es excepcion real inherente á la cosa y no á la persona. (f) Esto procede, aun quando el crédito compensable fuese posterior á la fianza, ó á la condenacion del fiador ó deudor principal, ó sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; (g) y aun en el caso de que el obligado principal esté impedido por derecho de usar de la compensacion, porque el fiador trata de evitar su daño y no debe perjudicarle el delito de aquel; (h) como tambien en el de que haya prometido pagar sin oponer excepcion alguna el mismo deudor principal, á menos que haya renunciado especificamente la de compensacion. (i) Pero es de

(a) Ley 156 §. 3 ff. de Reg. jur. (b) Ley 24 tit. 14 P. 5 y sus glos. n. (c) Ley 4 ff. de Compens. Bersan. cap. 3 q. 2 nn. 1, 6 é y 7. (d) Ley 3 ff. de Compens. (e) Leyes 25 y 32 ff. de Fidejuss. (f) Bersan. nn. 8, 9, 10 y 11. (g) Surd. decis. 191 n. 7. Bersan. nn. 12, 13 y 14. (h) Bersan. lug. cit. nn. 15, 16 y 17. (i) Bersan. lug. cit. nn. 18 y 19.

tener presente que si el acreedor executa al fiador simple ántes de hacer excusion en el deudor principal, y el fiador tiene que liquidar cuentas con el mismo acreedor que resulta alcanzado, ha de oponer á este la excepcion de la excusion y no la de compensacion, porque esta requiere mas exámen y tiempo, no habiéndose liquidado y confesado la cantidad; y con el hecho de omitir la otra excepcion se constituye deudor principal no siéndolo: por lo que se sentenciará la causa de remate y se le reservará su derecho para otro juicio acerca de la compensacion: lo qual se entiende, quando el crédito y débito dimanan de diversos contratos, no si se derivan de uno mismo que tiene causa individua y connexâ como la sociedad, tutela y otro género de administracion, de la que se pueden dar á entrámbos las acciones *directa y contraria*, en cuyo caso la excepcion de compensacion impide la execucion de lo líquido recibido, hasta que se liquide la data ó descargo. (*a*)

180. Lo explicado en el núm. anterior no milita, quando el fiador es deudor del deudor principal por igual cantidad que aquella porque le fió, y este le demanda sobre su satisfaccion, pues la fianza no le presta accion para intentar la compensacion: lo primero, porque esta es mutua contribucion del crédito y débito, de tal suerte que ninguno puede pretenderla sino es acreedor y deudor juntamente; y lo segundo, porque no hay débito ni cantidad ántes que se pague, y el peligro á que está expuesto el fiador, no es razon suficiente para la compensacion, por lo que no es justo se permita esta, ni la retencion al que todavía no es acreedor, de que se infiere que en caso que pague por él, debe admitírsele. (*b*)

181. Como para los efectos civiles el padre y el hijo se tienen por una sola persona, tendrá lugar con el uno la compensacion de lo que un tercero debe al otro. Por lo que hace al padre, este se halla obligado á admitir la de su crédito con el débito de su hijo que está baxo su poder en los casos siguientes. El primero es quando le

(*a*) Escobar de Ratioc. cap. 21 n. 22 (*b*) Bersan. cap. 3 q. 3.

concedió peculio y trata de exigir el crédito del mismo hijo contraido con motivo del peculio, porque si el hijo es deudor de su deudor, podrá oponer este á su padre la compensacion, no solo por lo que impone el peculio sino tambien por toda la deuda: lo qual no sucederá, si el padre intenta recobrar su propio crédito, pues entónces se admitirá la compensacion al acreedor de su hijo hasta en el importe del peculio asignado á este y no mas. (a) La razon de diferencia consiste en que quando el padre intenta exigir el crédito que su hijo contraxo con motivo del peculio, es visto que le aprueba, y respecto usar de su derecho solo en virtud del mismo contrato es justo que por esta causa sufra insolidum la compensacion que le objeta; (b) mas no, quando usa de él por su propio débito y no por el que proviene del contrato de su hijo. (c) El segundo caso es, quando el padre aprobó el contrato de su hijo, y se le opone la compensacion del débito de este dimanado del propio contrato, (d) pues por el hecho de aprobarle se sujeta á las leyes de él sin consideracion ni limitacion á su importe. (e) El tercero es quando el padre mandó al hijo que contraxese con alguno y de este contrato resultó deudor el hijo; pues si el acreedor de este fuere reconvenido por su padre como deudor por aquella causa, podrá deducir la compensacion de lo que el hijo le debe por razon del mismo contrato. (f) El quarto es, quando el hijo con facultad del padre para contraer convirtió en utilidad de este lo que recibió de su acreedor; pues tendrá lugar la compensacion de lo invertido en su provecho, porque así como puede pedir y obtener el acreedor contra aquel en cuya comodidad se convirtió su crédito; (g) así tambien compensar lo que se le debe. (h) Y el quinto caso es, por los alimentos necesarios que alguno suministre al hijo estudiante,

(a) Ley 9 ff. de Compens. Coppel. de Compens. cap. 4. (b) Coppel. cap. 4 cit. n. 6. (c) Donel. Commentar. jur. lib. 16 cap. 15 col. 7 n. 20. (d) Medices de Compens. part. 2 q. 5 n. 2. (e) Adic. á Olea de Ces. jur. tit. 6 q. 11 nn. 3 y 27. (f) Ley 1 ff. Quod jussu. (g) §. 4 Inst. Quod cum eo, &c. (h) Bersan. cap. 3 q. 4 n. 11.

pues puede el padre ser reconvenido acerca de ellos por el prestador, y se debe admitir á este la compensacion contra él hasta en su importe; (a) bien que si el hijo se halla emancipado, no tiene obligacion su padre de pagar sus débitos, ni por consiguiente de admitir la compensacion, porque esta es solucion. (b) Y tocante al hijo que está baxo la patria potestad, si demanda á su deudor, es indubitado que este puede compensar con él lo que su padre le debe hasta en el importe de su peculio; mas no lo que adquirió con su arte ó industria. (c) Pero si el hijo es demandado, no se le permite compensar su deuda con el crédito de su padre, excepto que afiance de que este lo aprobará y no reconvendrá á su deudor por ella: lo qual procede tambien, quando el padre es demandado, y el hijo sale al juicio á defenderle sin su poder, y en otros, aunque no sean hijos ni parientes que sin su poder quieren defenderse judicialmente; pues precediendo dicha fianza pueden oponer la compensacion de lo que el demandante debe al que intentan defender. (d) La razon en quanto al hijo es porque está impedido de comparecer en juicio por su padre, á ménos que se lo mande, y como el que compensa, demanda y mueve pleyto, respecto pide lo que pretende se compense, por eso es preciso que dé la caucion ó fianza de aprobacion. (e)

182 Si el procurador es demandado para que pague la deuda del que le dió el poder, ó excepciona la compensacion del crédito de este, ó del suyo propio: si del crédito de su principal, es inqüestionable que se le debe admitir, afianzando de que este lo aprobará, (f) excepto que el mismo principal hubiese opuesto ántes la compensacion, en cuyo caso no necesita afianzar, porque solo la renueva; (g) lo qual milita asi mismo en los casos en que se hace ipsojure; (h) y si excepciona la com-

(a) Surd. de Alim. tit. 6 q. 5 n. 22. (b) Bersan. lug. cit. n. 15. (c) Bersano lug. cit. (d) Ley 25 tit. 14 P. 5. Coppel. de Compens. cap. 3 n. 27. (e) Ley 15 ff. Rem ratam haberi. (f) Ley 24 tit. 14 P. 5. (g) Medices de Compens. p. 2 q. 13 n. 5. (h) Bersan. cap. 2 quæst. 14.

pensacion de su mismo crédito, aunque no falta quien afirme que puede hacerlo, obsta á este dictámen la razon legal de que para admitirse la compensacion deben ser ámbos acreedores y deudores recíprocamente uno de otro. Lo mismo procede, quando es demandado por su própia deuda, y opone la compensacion del crédito de su constituyente ó poderdante. Y por el ausente que no tiene ningun Procurador, qualquiera del pueblo puede oponer la compensacion del débito porque se procede contra él con el crédito del mismo ausente. (*a*)

183 Tiene lugar la compensacion que oponga el acreedor á su deudor, cesionario de una deuda de aquel, porque este es un verdadero acreedor por su própia persona, y no por la del que hizo la cesion: (*b*) lo qual se entiende, aunque el cesonario no haga saber al deudor que no pague á otro; (*c*) pero se limita en caso que la cesion se haga con fraude, ó que quien la hizo no pueda por algun motivo pretender su exâccion. (*d*)

184 Dicen algunos que la renuncia del beneficio de la compensacion no vale, por ser contra la equidad y buenas costumbres, y que aunque el deudor jure en el contrato no usar de ella se debe admitir; pero otros afirman lo contrario, porque quando el juramento se puede observar sin detrimento de la salud eterna, se ha de estar á él, y la renuncia de la compensacion no es contra la equidad, una vez que la parte la hace espontaneamente, por lo que en pagando puede solicitar el cobro de su crédito. (*e*) Lo propio milita en su heredero, quien

(*a*) Bersan. q. 14 cit. n. fin. (*b*) Castill. lib. 4 controv. cap. 40 n. 75. Bersan. cap. 3 q. 5 nn. 2 y 3. (*c*) Bersan. lug. cit. nn. 10 y 11. Copel. de Compens. cap. 3 n. 14. (*d*) Bersan. nn. 12, &c. y 17. En quanto á si el deudor del débito cedido puede oponer la Compensacion contra el cesonario, como podia contra el cedente, véase á Bartholomé Bersano cap. 3. q. 6 que propone cinco opiniones; y por lo respectivo á si el acreedor posterior podrá compensar su deuda con el deudor comun en perjuicio de los anteriores que tienen obligados los bienes de este, q. 10 cap. cit. donde siguiendo á Carleval disp. 27. lib. 1 tit. 3 y alegando otros fundamentos impugna á sus contrarios y defiende que puede. (*e*) Covar. cap. Quamvis pactum part. 1. §. 4 n. 9. Acev. ley 2 tit. 21 lib. 4 R. n. 129. Gutier. de juram. confirm. part. 3 cap. 4 n. 6.

se halla obligado á la observancia del contrato. Pero es de notar que porque el deudor haya pedido término, ó la ley se le conceda para pagar, no es visto renunciar la compensacion ni haber perdido el derecho de oponerla. (a)

185 Como segun se ha dicho, para que tenga lugar la compensacion, es necesario que el crédito y el débito sean de un sugeto, y no de un tercero: de nada servirá al deudor demandado el oponer contra su acreedor la de lo que este debe á otro que á él, para eximirse por este medio del pago de su deuda, aunque aquel cuyo crédito se deduce para que se compense, lo consienta; (b) ni aun quando sean dos deudores mancomunados, puede el reconvenido oponer contra el actor la compensacion de la cantidad que este debe al correo ó mancomunado. (c)

186 Lo propio procede en el Prelado, Rector ú otro que gobierna ó administra los bienes de la iglesia, pues no está obligado á admitir la compensacion de su propio débito con el que el demandado debe á la iglesia; (d) como tambien en el poseedor del mayorazgo que pide los créditos de este, pues no se compensarán con lo que él debe, porque el mayorazgo que está baxo la administracion del poseedor, se asemeja al pupilo que vive baxo de la tutela, y á la iglesia que se administra por su Prelado. (e) (1)

(a) Bersan. cap. 3 q. 19 n. 4 hasta el fin. (b) Leyes 18 ff. y 9. Cod. de Compens. (c) Ley 10 ff. de Duobus reis. (d) Salg. Labyr. Credit. part. 2 cap. 22 n. 98. (e) Salg. lug. cit. n. 97.

(1) Error craso y manifiesto. Entre el Prelado ó el tutor y el poseedor de un mayorazgo hay suma diferencia sobre el punto de que se trata. Los créditos de la iglesia ó pupilo no pertenecen al Prelado ó tutor, y sí los del mayorazgo á su poseedor, quien puede disponer de ellos y emplearlos en los propios usos. Por tanto, aunque no se deba admitir la compensacion del débito del Prelado ó tutor con lo que el demandado debe á la iglesia ó pupilo, ha de admitirse la de la deuda del poseedor del mayorazgo con el crédito de este que lo es verdaderamente de aquel. Y en vista de una razon tan clara y poderosa ¿deberé detenerme á impugnar ó desvanecer las ridículas sutilezas en que fundan su opinion Salgado, Valenzuela, Castillo y otros muchos AA. de que *el mayorazgo que está baxo la administra-*

187 Los créditos del tutor y curador no se deben compensar con los de su menor; (a) pero entre muchos tutores de un menor se ha de admitir la compensacion, aunque la tutela ó administracion esté dividida entre ellos, con tal que el crédito pertenezca al menor y no privativamente al tutor, (b) porque no obstante ser diversas las administraciones es una sola é individua la tutela. Lo propio sucede al tutor reconvenido por lo que el pupilo debe, con lo que el demandante está debiendo al mismo pupilo, y tambien con su propio crédito en favor de este. (c) Y al nominador de los tutores reconvenido por el pupilo á causa de no haberlos elegido idoneos se permite compensar con este la cantidad que pagó últimamente por él. (d)

188 Si el vendedor instare por la solucion del precio de la cosa que vendió, puede el comprador oponerle la compensacion del crédito que tiene contra él, no siendo el vendedor el fisco: (e) lo qual se amplia á lo que el comprador pagó por razon de la cosa vendida, como si se vendió por libre y luego resulta gravada, (f) aunque el vendedor no expresase que era libre, ó si este prometió reintegrarle de lo que por su culpa y por razon de la cosa satisfaciese; pues así como el comprador puede repetir las expensas, (g) así tambien compensarlas con el precio no pagado. Asimismo se amplia á lo comprado en pública subasta. (h)

189 El comprador á quien el vendedor reconviene por el precio de la cosa que le vendió, puede oponer la

cion del poseedor, se semeja al pupilo que está baxo de la tutela, y á la iglesia que se administra por su Prelado: de que el mayorazgo es el actor ó demandado, no la persona del poseedor que le representa, quando reconviene ó es reconvenido como tal; y de que el mayorazgo del mismo modo que la iglesia como persona ficta ó representada, la qual nunca muere, tiene el dominio y posesion de las cosas y derechos pertenecientes á ella, y el poseedor ó Prelado la administracion?

(a) Bersan. cap. 3 q. 17 de Pupillis. (b) Bersan. lug. cit. n. 13. (c) Coppel. de Compens. cap. 9 n. 25. (d) Bersan. cap. 5 q. 18 n. fin. (e) Ley 7 Cod. de Compens. (f) Ley 10 Cod. de Compens. (g) Ley 22 Cod. de Eviction. (h) Postil. de Subast. insp. 39 n. 26. Bersan. c. 3 q. 24 nn. 1, &c. y 19.

compensacion de la que se le quitó por eviccion. (a) Lo propio milita, si le reconviene por otra cantidad fuera del precio, á causa de haberse pagado ántes que se le quitase la cosa. (b) Y no solo por el precio sino tambien por el interes del que se obligó á eviccion, se puede deducir la compensacion; pero sino se obligó á aquella, solo tendrá lugar esta por el precio que siempre se debe, á ménos que se haya pactado otra cosa. (c) Lo mismo procede en el comprador que reconviene al vendedor de eviccion por la cosa que se le quitó, pues este podrá oponerle la compensacion del precio de ella que no le pagó.

190 Si el comprador hizo mejoras en la cosa ó finca, se le permite usar por ellas de la retencion de esta contra el que la ha ganado en juicio, porque ceden en su utilidad y nadie debe lucrarse en detrimento de tercero; bien que en este caso podrá oponerse la compensacion de las mejoras con los frutos percibidos de la finca: (d) lo qual se entiende reduciendo los frutos á cantidad, mas no si existen, porque esta no se compensa con la especie. (e)

191 Sin embargo de que la compensacion no se diferencia en el efecto de la paga verdadera, si en el retracto de consanguinidad manda la ley ó estatuto que le permite, que el retrayente pague real y efectivamente en dinero al contado el precio de la finca que retrae, no se le debe admitir la compensacion de su crédito; pero si la ley ó estatuto habla simplemente en quanto al precio, se puede admitir la compensacion por dos razones: la primera, porque esta equivale á la verdadera paga y satisface á la restitucion del precio; (f) y la segunda, porque el consanguineo hace las veces del comprador, y este las del vendedor, al qual se puede objetar la compensacion del precio que pide, (g) como se ha sentado. Lo mismo procede, quando el crédi-

(a) Ley 17 ff. de Eviction. (b) Medices de Compens. part. 2 q. 25 n. 5. (c) Ley 12 §. 18 ff. de Action. empt. Urseol. consult. 2 n. 43. (d) Ley 48 ff. de Reivind. (e) Bersan. de Compens. c. 2 q. 35 y cap. 3 q. 24 nn. 24 y sig. (f) Tiraquel. de Retract. §. 2 glos. 5 v. 1 gl. Tiraquel. lug. cit. §. 3 glos. 3 n. 5. Bersan. cap. 2 q. 30 nn. 1, 2, 3, 4 y 5.

to que se quiere compensar, fue cedido sin fraude al consanguineo. (a)

192 Para admitir ó no la compensacion debe tener presentes el Juez quatro cosas, á saber, si el débito es ó no compensable, si la obligacion es ó no válida, si la cantidad está ó no líquida, ó se puede liquidar brevemente, y si el que opone la compensacion, tiene ó no facultad para compensar. (b) Ha de hacerla á pedimento de parte y no de oficio, excepto en los casos en que se hace ipso jure, en los quales debe declararla hecha total ó parcialmente, segun sea el débito y lo que pretende compensarse. Si el demandado la deduce de mayor cantidad que la que le pide el demandante, ha de hacerla tán solo hasta la cantidad competente, y no condenar á este en el exceso, á ménos que sobre él sea reconvenido por aquel; pues la compensacion no es propiamente reconvencion, y así no recae en ella la próroga de jurisdiccion que en esta. (c) Y sin embargo de que segun derecho no se debe admitir la paga que el deudor quiere hacer de parte de la deuda contra la voluntad de su acreedor, (d) por ser contra equidad que experimente incomodidad y detrimento quien hizo beneficio; no milita esto en la compensacion, porque esta no es paga de presente, sino paga que ya está hecha y admitida por el acreedor espontaneamente. (e)

193 No tiene lugar la compensacion en el depósito, consista en especie, ó en cosa numerada, medida ó pesada, y así el depositario debe restituir las depositadas en él; y luego podrá usar de su derecho contra el depositante sobre la cobranza de su crédito, (f) ya porque se violaria la confianza y buena fé que debe haber en este contrato, impidiendo la compensacion la restitucion del depósito que sin excepcion se debe hacer incontinente; y ya porque la compensacion no se admite acerca de lo que se debe no pagar sino restituir, y el depósito

(a) Castill. lib. 4 Controv. c. 40 n. 75. (b) Bersan. cap. 1 q. 10 n. 5. (c) Bersan. dich. cap. 1 q. 10 nn. 6, &c. y 11, y q. 13. (d) Ley 9 Cod. de Solutionib. (e) Bersan. cap. 1 de Compens. q. 17. (f) Ley 27 tit. 14 P. 5.

debe ser restituido. (a) Esto procede, aunque el dinero se deposite como cantidad, pues no varia la naturaleza del depósito: (b) aunque este sea irregular, es decir, que se constituya en términos que el depositario pueda usar de él y se le transfiera su dominio: (c) aunque sea confesado, porque con la confesion se prueba la verdadera entrega á ménos que se acredite que esta no se hizo ó que hubo fraude: (d) aunque el depósito se deba por ámbas partes; (e) y aunque provenga de contrato anterior, como si uno debe ciento por razon de mutuo que con beneplácito del acreedor quedaron depositados en el mutuario; pues donde no falta lo substancial de la obligacion, el débito que proviene de una causa, se puede convertir indirectamente en otra; y así no se debe admitir la compensacion contra el depositador ni contra sus herederos, porque estos le representan, y por la muerte de aquel no se muda la naturaleza del contrato.

194 Tampoco tiene lugar la compensacion en el comodato, como que se hace de especie que se presta para usarse y se debe restituir, y no otra por ella, á no ser que por deterioracion de la cosa prestada se trate de su estimacion, porque esta no se reputa especie sino cantidad. (f) Mas sin embargo puede el comodatario retener la cosa por las expensas hechas en ella hasta que se le paguen. (g)

195 Con los créditos pertenecientes al fisco por razon de alcabalas y otros pechos, derechos y contribuciones Reales, sean personales, prediales, ó de otra clase, no se admite compensacion á su deudor: (h) lo qual se amplia al arrendador de las rentas de diversas provincias ó ramos, pues lo que anticipa por el arrendamiento de una, no le sirve de pago para la otra, porque de permitirse esta aplicacion se confundirian los oficios en perjuicio de los oficiales y administraciones, (i) excepto

(a) Bersan. cap. 2 de Compens. q. 22 nn. 2, 3 y 4. (b) Ley penult. Cod. depositi. Niger de Exception. cap. 13 §. 12 n. 19. (c) Surd. consil. 246 n. 10 lib. 2. (d) Bersan. lug. cit. nn. 8, &c. y 13. (e) Medices de Compens. part. 1 q. 19 n. 3. (f) Arias de Messa lib. 2 Var. cap. 34 n. 20. (g) Bersan. cap. 2 q. 23. (h) Ley 26 tit. 14 P. 5. Fontanel. decis. 466 n. 16 vol. 2. (i) Bruneman in leg. 1 Cod. de Compens. Amaya in leg. 2 Cod. Ne Fiscus rem quam vendidit nn. 18, 19 y 20.

que haya costumbre contraria. Lo mismo se debe practicar con el administrador de bienes de qualquiera persona executado por el alcance de una administracion, y así no se le admitirá compensacion de lo que resulte á su favor en otra administracion de la misma persona; (a) pero si es una sola la administracion, se le debe admitir de todas las partidas líquidas así en la cuenta como en la execucion. (b) Igualmente se amplia á la exâccion del precio que el fisco pide de la cosa que vendió y no se le pagó, pues no se debe compensar con lo que debe por otra causa al comprador. (c) Asimismo se amplia á las penas impuestas á los reos por la utilidad pública, para que los delitos no queden impunes, aunque no, á las que se aplican á la parte ofendida. (d) Finalmente se amplia á lo que debe á otro que al compensante, excepto que aquel obtenga cesion de este contra el fisco. (e)

196 Tampoco admite compensacion lo que se debe á la república ó comun de algun concejo ó pueblo por razon de censo ó portazgos, ó siempre que trata de pagar al Rey sus contribuciones, ó de exigir repartimientos para reedificar muros, construir puentes ó fuentes, comprar armas, dar raciones á los soldados, ú otros que estan en el Real servicio ó en el del mismo comun. Lo propio milita, quando uno nombra á otro por su heredero con la condicion de que despues de sus dias pase la herencia á la Real Cámara ó á dicho comun; ó le dá en confianza dinero ú otra cosa cierta para que se la entregue. (f) Y así en todos los casos expresados y otros semejantes debe pagar al fisco y á la república ante todas cosas lo que les debe, porque de lo privado no se admite compensacion con lo público, (g) y luego podrá usar de su derecho contra ellos por su crédito.

197 Sobre si al demandado por los alimentos que

(a) Escobar de Ratiocin. cap. 34 nn. 1, 2, 3, 4 y 5. (b) Escobar lug. cit. nn. 1 y 2. Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 §. 11 n. 30. (c) Bersan. cap. cit. q. 35 nn. 1, 2, 3, 4 y 5, y cap. 3 q. 24. (d) Medices part. 1 de Compens. q. 38 n. 6. (e) Medices n. 7. (f) Dicha ley 26 tit. 14 P. 5. (g) Fontanel. decis. 465 n. 21 lib. 2.

está obligado á dar, deberá admitirse la compensacion, se ha de distinguir: si la demanda se ha puesto por los futuros, no es admisible, (a) porque estos no sufren dilacion, (b) á no ser que se deban baxo de condicion, v. gr. de que el alimentario ha de practicar ciertas cosas, pues hasta que las execute se le puede oponer la compensacion, porque segun la naturaleza del contrato que es recíprocamente obligatorio, no se da accion á una parte contra la otra, mientras esta no cumple lo que debe. (c) Pero los alimentos pasados son compensables, porque socorrido ya el alimentario cesa la razon de indigencia y no gozan aquellos de los privilegios que los futuros, en cuya atencion no solo puede el reconvenido oponer la compensacion por lo que le debe el que los pide, sino tambien por lo que este debió hacer y no hizo, y se admitirá á prorata. (d) En órden á las pensiones que se dan por via de alimentos, se debe observar lo dicho acerca de los futuros, porque hay la misma razon.

198 Como para la execucion de alguna obra ó hecho se considera la industria de la persona electa y el lugar en que se debe executar, no se ha de admitir la compensacion del hecho, ni la del executado en otro lugar que en el convenido, aunque un tercero, v. gr. el fiador cumpla por el prometedor, porque el cumplimiento para dicho efecto debe ser personal; (e) y lo propio milita de un hecho con otro hecho. (f) Pero si se trata del interes por no haber cumplido la obligacion, ó por no haberle hecho en el lugar destinado ó del modo estipulado, tendrá lugar la compensacion con el crédito del reconvenido por el interes, porque ya se hace de cantidad á cantidad y no de cantidad á especie. (g) Lo mismo procede, quando por ámbas partes consiste el débito en la obligacion del hecho, ó el de la una solamen-

(a) Ciriac. controv. 34 n. 26. (b) Surd. de Aliment. tit. 8 prev. 53 n. 7. (c) Surd. n. 9. (d) Ciriac. controv. 34 n. fin. (e) Ley 30 ff. de Solutionib. (f) Bruneman in leg. 31 ff. de Solutionib. n. 3. (g) Medices de Compens. q. 44 n. 3.

te, y el de la otra en cantidad, y por su mutuo consentimiento ó por otro motivo se convierte el hecho en interes. (a)

199 Si se trata ó intenta compensar el crédito con las obras ó servicios que alguno hace, aunque parece que estas se consideran como especie, y la especie ni con otra ni con la cantidad se compensa; (b) se compensarán sin embargo, porque quien ha de recibir las obras ó servicios, no las pide, sino su estimacion, y así se trata de cantidad como con el alimentario. Lo propio milita, quando el débito de ámbas partes consiste en las obras, si hay similitud en ellas, de suerte que sea igual su estimacion. (c)

200 No solo en los débitos y acciones ha lugar á la compensacion sino tambien en los delitos é injurias de una misma especie y no de diversa, quando se trata de ellos civilmente por el interes de la parte; mas no, quando se intenta la accion criminal, porque en este caso quedarian impunes, y en perjuicio del público no se admite compensacion. (d) Y aun en dicho caso no se debe admitir al que por delito que cometió contra alguno, fue condenado judicialmente á pagarle la pena que se le impuso. (e) Tambien se admite la compensacion del dolo malo con otro igual dolo cometido acerca de un mismo hecho, ó si es diverso, con tal que aquel mire á un propio fin. (f) Lo mismo procede en la culpa lata que se equipara al dolo, con otra igual, y en la leve y levísima con las que lo sean. (g) Pero el dolo no se compensa con la culpa, ni la lata ó grave con la leve, ni esta con la levísima. (h)

201 Por no deducir la compensacion de su crédito el deudor de alguno, no es visto confesar que se le ha satisfecho, porque respecto de él es puramente voluntaria, mediante á que no se puede compeler á nadie

(a) Bersan. cap. 2 cit. q. 38. (b) Ley 18 ff. de Pignorat. action. (c) Ley 20 Cod. de solution. Bersan. cap. 2 q. 37. (d) Bersan. cap. 2 q. 25. nn. 1, &c. y 10. (e) Ley 27 tit. 14 P. 5. (f) Bersan. cap. 2 q. 27. nn. 1, 2 y 3. (g) Bersan. nn. 10 y sig. (h) Leyes 13 tit. 10 y 23 tit. 14 P. 5. Felician. de Societ. c. 32 n. 13.

á que use del privilegio que le está concedido, sino quiere, y así le queda salvo su derecho para repetir el crédito; (a) bien que si sabiendo que puede compensar, paga no por error de hecho sino de derecho, pierde el beneficio de la compensacion, (b) así como quien paga lo que sabe no debe, no puede exigirlo, excepto que sea menor; (c) aunque al que paga, dudando si es deudor ó no, si prueba que no lo es, le debe restituir su presunto acreedor lo que recibió, porque quien duda se equipara al ignorante. (d) (1)

202 Para impedir la execucion se admite tambien por excepcion legítima en la via executiva la transaccion hecha ante Juez ó Escribano público, lo qual impide sentenciar la causa de remate, acreditándose en bastante forma en los diez dias de la ley. (e) Pero aunque en virtud de ella se puede despachar execucion, segun la ley 4 tit. 21 lib. 4 R. no perjudica, ni se debe extender á otra persona fuera de aquella con quien se hace ú otorga, (f) como ni tampoco el pacto; (g) ni aun á las que tienen derecho connexô; (h) y así la execucion se debe pedir por el mismo acreedor mencionado en el instrumento de transaccion y no por otro, aunque intervenga en ella, y contra el deudor principal y no contra un tercero. (i)

203 La *novacion de contrato* (segun se llama, porque produce nuevos efectos y nueva accion) es trans-

(a) Medices part. 2 de Compens. q. 31 n. 51. (b) Coppel. de Compens. cap. 10 n. 7. (c) Ley 30 tit. 14 P. 5. (d) Dicha ley 30 verb. E otrosí.

(1) Puesto que como se dixo al principio, la compensacion se introduxo por equidad, y para evitar pleytos y rodeos superfluos, soy de parecer que los Jueces deben admitirla, siempre que no se viole ninguna de las pocas leyes nuestras que hablan de ella, ni haya ningun motivo poderoso que se oponga á su admision. Por tanto, yo la admitiria en varios casos que la rehusa Febrero, no apoyado en buenas razones ni en la utilidad de los litigantes sino en el derecho romano y sus intérpretes.

(e) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 §. 11 n. 13. (f) Leyes 3 ff. de Transact. y 29 §. 2 ff. de Inoffic. testam. (g) Ley 27 §. 4 ff. de Pact. (h) Leyes 1 Cod. de Transact. y 15 ff. de Tutel. 1 &c. (i) Rodrig. de Execut. cap. 1 art. 1 nn. 18 y 19.

lacion ó conversion del primer débito y obligacion en otra nueva sin intervencion de nueva persona; de suerte, que la primera queda extincta, se disuelven la hipoteca y prenda afectas á ella, y cesan ó dexan de correr los intereses pactados, estando hecha legitimamente, por lo que se puede oponer como excepcion en la via executiva, é impedirá su curso, si se acredita en forma en el término de la ley; (a) bien que si en el segundo contrato se pone la cláusula; "De que no sea visto innovarse el dia é hipoteca de la primera obligacion, ni su prerogativa," no se enerva ni debilita el primero. (b)

204 Para que se entienda hecha la novacion, es preciso que las partes lo expresen claramente, y así porque uno se obligue dos veces á una misma cosa, no es visto apartarse del primer contrato ó violarle, ni mudar su causa, sino corroborarle mas añadiendo obligacion á obligacion; (c) pues la pluralidad de actos ó instrumentos no induce la de contratos, quando las cosas esenciales y substanciales son las mismas; y si la obligacion segunda es contraria á la primera, aunque ámbas subsisten, puede el acreedor usar de la que quiera, de modo que por la eleccion de la una quede libre el deudor de la otra. (d)

205 En conseqüencia de lo expuesto no se hace novedad por la intervencion de nueva persona en el contrato, á ménos que se pacte expresamente, y ántes bien se ha de interpretar de suerte que se excluya, con especialidad si la obligacion segunda contiene menor cantidad, es mas nociva al acreedor, y los actos son compatibles entre sí, pues no se presume que este quiso novar en su perjuicio. (e) Tampoco se hace, quando la obligacion segunda se constituye por cautela y mayor seguridad: (f) mi en la accion de dote, porque esta es tan privilegiada entre otros acreedores que acerca de

(a) Ley 15 tit. 14 P. 5. Parlad. § 11 cit. n. 12 y part. 1 cap. fin. § 12 limit. 6 nn. 41 y 42. (b) Parlad. lib. 1 Rer. cap. fin. part. 1 § 12 limit. 6 nn. 54, 55 y 56. (c) Salg. de Reg. prot. part. 3. cap. 1, Laby. part. 3. cap. 11 nn. 78 y sig. (d) Parlad. limit. 6 cit. nn. 44, &c. y 47. (e) Sabelli in § Novatio n. 3. (f) Altograd. consil. 95 n. 102 lib. 1.

ella no se puede hacer novacion ni delegacion en su detrimento, ni en el del marido y muger á quien compete: (a) ni por la mutacion de la finca hipotecada ó acensuada, pues permanece la obligacion primera y no quedan libres los fiadores que haya: (b) ni por la estipulacion inútil, porque de ella no se origina nueva obligacion, y así no es visto haberse apartado de la primera: (c) ni por el segundo contrato irrito, nulo ó rescindido, mediante á que aunque por él conste expresamente la novacion, no extingue la obligacion primera; pues lo que por derecho no surte efecto, no causa impedimento: (d) ni por la modificacion del contrato, porque esta lejos de acreditar su extincion supone su existencia: ni por la prórroga del término pactado para la paga no estipulando obligacion nueva: ni aunque el fiador, siendo preguntado, preste su consentimiento, si falta el del acreedor: (e) ni por la dacion en pago de algun vale, crédito, libranza ú otra cosa, para que el acreedor se reintegre del suyo, si se puso la cláusula ó protesta de que no se habia de innovar en los derechos de la primera obligacion, hipoteca y fiadores, ú otra semejante; pues en este caso es visto no haber tomado á su riesgo el acreedor la deuda ó cosa cedida; y lo mismo procede, quando el acreedor la acepta con la condicion de que sea efectiva y exequible, porque en estos casos no recibe en sí el peligro de su cobranza, y queda en su fuerza la deuda y obligacion primera para repetir contra su deudor por ella. Finalmente no se hace tampoco novacion en otros contratos, aunque se innoven, si por su incompatibilidad no pueden surtir efecto ni perjudicar al primero. (f)

206 Mas sin embargo se induce la novacion en los casos siguientes. El primero es, por la intervencion de nueva persona, como quando se delega el crédito, y

(a) Sabelli lug. cit. n. 4. (b) Gratian. Discept. cap. 113 n. 8. (c) Altograd. consil. 17. n. 28. lib. 1. (d) Castillo tom. 4 controv. c. 59 n. 48. Salg. Labyr. part. 4 cap. 14. (e) Sabelli n. 14. (f) Begnud. Biblioth. verb. Novatio.

el acreedor acepta la delegacion, pues á ella se sigue la liberacion del deudor delegante (a) lo qual se entiende en los términos que se dirá despues: el segundo, por la adicion ó imposicion de nueva pena ó remision de la puesta en el primer contrato: (b) el tercero, quando el hecho ó pacto segundo es diverso del primero, ó en la obligacion segunda se prefine mayor término para la paga: (c) el quarto, quando se calcularon y reduxeron á un computo todas las partidas del libro, y el deudor hizo á favor del acreedor un resguardo reduciéndolas á cantidad ó partida menor: (d) el quinto, quando el primer acto ó contrato era imperfecto y el segundo es perfecto: (e) el sexto, quando se altera la naturaleza del negocio en las cosas substanciales, como si se añade ó disminuye el precio, ó si el pacto segundo es diverso del primero respecto de la cantidad y modo de satisfacerla: (f) el séptimo, quando el acreedor recibió parte de su crédito del que aceptó la letra ó libranza, y acerca del residuo le fió, ó concedió plazo, ó trató con él sobre el modo y tiempo de pagársele: (g) el octavo, quando la cosa arrendada se subarrendó ó enagenó á otro, pues el fiador del primer arrendador queda libre de su obligacion: (h) el noveno, quando acerca de la solucion de la pension se variaron los pactos primeros, como si estos fueron de pagar en grano y los segundos en dinero, ó al contrario, en cuyo caso queda libre tambien el fiador: (i) el décimo, quando concluido el arrendamiento continua tácitamente en él el arrendador, pues en quanto á este segundo quedan libres los fiadores dados para el primero, excepto que presten nuevo consentimiento: (k) el undécimo, quando el contrato finalizado se renovó tácita ó expresamente, pues entónces debe proceder en virtud de este y no del prime-

(a) Menoch. lib. 3 præsumpt. 134. (b) Alderism. de Simbol. contract. tit. 1 cap. 6. (c) Gratian. cap. 290 n. 31, y cap. 509 nn. 3 y 17. Maur. de Fidejus. part. 2 § 4 n. 26. (d) Gratian. dich. cap. 500. (e) Gratian. log. cit. nn. 25 y 51. (f) Gratian. log. cit. n. 3. (g) Olea tit. 7 q. 3 nn. 32 al fin y sig. (h) Ley 4. Cod. de Fidejuss. Maur. § cit. n. 9. (i) Maur. n. 10. (k) Maur. part 2 sect. 5 cap. 2 n. 9 y § 33 n. 16.

ro el acreedor, sino es que en él se diga: "que queden salvas las prerogativas del primero, y del dia é hipotecas, y que no se entiendan renovadas:" porque aunque el contrato se haya novado, subsiste todo lo dicho, como si no se hubiese hecho; (*a*) y el duodécimo, quando los contratos son incompatibles, perplexos y contrarios, pues se presume novacion, (*b*) excepto que se hubiese puesto la cláusula, *sin perjuicio de los primeros derechos*, ó que el segundo contrato sea nulo, ó quando no aparece el consentimiento del acreedor, en cuyos tres casos no se induce. (*c*)

20 *La delegacion es dar el deudor en su lugar á su acreedor, ó á quien este quiera, otro deudor, del qual exija su crédito: ó novacion hecha con intervencion precisa de nueva persona.* (*d*) No se hace novacion por ella, á ménos que concurran cinco requisitos: el primero, que consienta el acreedor, (*e*) porque contra su voluntad ninguno puede delegar en otro sus veces; (*f*) ni el acreedor está obligado á mudar su deudor, aunque el que le ofrezcan, sea mas idóneo: (*g*) el segundo, que consienta el deudor delegado: (*h*) el tercero que no solo consienta esto, sino que se obligue expresamente á favor del acreedor: (*i*) el quarto, que constituya la obligacion y promesa por mandato del delegante; (*k*) y el quinto, que el obligado delegado sea deudor del delegante, (bien que lo mismo es si de su espontánea voluntad quiere obligarse, aunque no lo sea, que en nuestro castellano antiguo se llamaba *manero*, y en latin se llama *expromissor*) y aquel á cuyo favor se constituye la obligacion, sea acreedor de este. (*l*)

208 De lo expuesto se infiere que por la delegacion no se hace novacion, á ménos que se exprese, ó que

(*a*) Parlad. § 12 cit. limit. 7. nn. 54, 55 y 56 (*b*) Menoch. lib. 3 præsumpt. 134 cit. n. 39. Maur. dich. part. 2. secc. 50 § 4 n. 22. (*c*) Menoch. log. cit. n. 45. (*d*) Ley 15 tit. 14 P. 5 verb. E aun decimos. (*e*) Ley 16 Cod. de Solution. (*f*) Ley 1 Cod. de Novat. (*g*) Ley 22 § 1 ff. Mandati. (*h*) Dicha ley 1. y ley 6 Cod. de Novat. (*i*) Ley 1 cit. (*k*) Maur. in Append. ad § Præterea nn. 11 y 12. (*l*) Leyes 2 y 15 tit. 14 P. 5. Parlad. lib 2 cap. 8n. part. 1 § 12 nn. 48 y 49 limit. 6.

haya contestacion del pleyto entre el cesionario y el deudor, ó por haberle empezado este á pagar la deuda, notificándole la cesion y aceptándola; (a) en cuyos casos queda libre el delegante ó cedente, y no puede pedir execucion contra su deudor, ni revocar la cesion, ni al cesionario la facultad de exigir el débito; y así en estos casos se debe limitar la ley 15 tit. 14 P. 5 posterior á la 3 Cod. de Novationib. porque la ley nueva que habla generalmente, no corrige los especiales de la antigua. (1) Y si el cesionario es negligente en exigir el débito, es de su cuenta el riesgo que haya en su cobranza, sin que tenga recurso contra el deudor que se le cedió, pues quedó libre de su pagamento por la cesion: (b) por lo que si el deudor da á su acreedor otro deudor en su lugar, con pacto de que él ha de quedar libre de la deuda, y el delegado le acepta, impedirá esta excepcion el curso de la via executiva; y aunque el deudor delegado se constituya insolvente, no tendrá repeticion el acreedor contra el delegante ó primer obligado; pero si nada se pacta, ámbos serán responsables; bien que pagando el uno quedan libres los dos para con él porque la deuda es una, y como tal solo una vez se debe cobrar y pagar. Tambien se infiere que si el deudor puro delega con condicion á otro deudor en su lugar con ánimo de novar el contrato, se hace la novacion por esta delegacion; mas no cumpliéndose la condicion ó estando pendiente, si el delegado muda su estado, de tal suerte que no puede estar en juicio, v. g. por haberse hecho siervo ó Religioso, ó vuelto loco ó mentecato, ó sido deportado; no se desata la obligacion primera, y por lo mismo, aunque se verifique la condicion, no hay novacion ni el delegado queda obligado (c) Y finalmente se infiere que si en la segunda obligacion intervinieren fiadores,

(a) Cur. Philip. lib. 2 Comer. tern. cap. 6 n. 9. Parlad. diff. 50 §. 2 n. 6. Otra rit. 8 q. 2.

(1) Si esta es ley, y la 3 cit. no lo es entre nosotros.

(b) Ley 15 tit. 14 P. 5. Parlad. log. cit. nn. 7 y 8. (c) Ley 15 tit. 14 P. 5. Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 16 n. 5. Parlad. log. cit. n. 50.

no se libertan los de la primera, excepto que se exprese, por cuya razon no se extingue la prerogativa de la primera y ántes bien se debe observar; ni tampoco se libertan, aunque en la segunda se prorogue el término de la primera. (a)

209 Si estando uno obligado baxo de condicion á pagar á otro cierta cantidad, ó á hacerle alguna cosa, renovare puramente otro tercero esta obligacion, no vale la novacion no cumpliéndose la condicion, á ménos que el segundo diga expresamente que, cúmplase ó no, quiere quedar obligado, y que el primero no lo quede. (b)

210 No puede hacer novacion la mugér, porque es especie de fianza, la qual le está prohibida, y por lo mismo solo quedará obligada en los diez casos expresados en la l. P. (c) la podrá revocar, y revocándola queda firme el primer contrato; (d) y aunque el acreedor exima á la muger de la obligacion agena que constituyó y recibió en sí con ánimo de novar la primera, y liberta al deudor principal y verdadero, no quedará libre este. (e) Tampoco puede hacer novacion el menor de 14 años sin otorgamiento de su curador, y si lo hiciere, á nada quedará obligado, ni el primer deudor, por lo que perderá su débito el acreedor. (f)

211 Se admite tambien en la via executiva la excepcion de *nulidad* del contrato, sentencia ó instrumento en cuya virtud se pidió la execucion, porque el que es nulo, no debe executarse, sea por falta de facultad del que le otorgó, ó de la solemnidad prevenida por la ley, ó por otra causa; (g) entendiéndose esto, aunque la nulidad se oponga por incidencia; (h) por manera que constando notoriamente en el mismo instrumento ó en el proceso executivo basta alegarla como de derecho, y el Juez

(a) Parlad. dich. limit. 6 y. § 12 n. 51 hasta el fin. (b) Ley 16 tit. 14 P. 5. (c) Cap. 19 n. 4. (d) Leyes 17 tit. 14 P. 5, y 1, 4, 8 y 16. Cod. ad Senatusc. Velleyan. (e) Greg. Lop. ley 17 tit. 14 P. 5. glos. 3 al fin. (f) Ley 18 tit. 14 P. 5. (g) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 § 61 n. 11. (h) Acev. ley. 1 tit. 22 lib. 4 R. n. 91. Rodrig. de Execution. cap. 6 n. 16.

puede repeler de oficio al actor; (a) ó aunque no conste, si se prueba dentro de los diez dias, impide sentenciar la causa de remate; pero no pudiendo probarse en ellos, porque requiere exámen y conocimiento mas prolixo, se ha de llevar á debido efecto la execucion. (b)

212 Otra excepcion de las que se pueden oponer en la via executiva, es la *simulacion* de contrato, y especificándose con claridad y justificándose en los diez dias de la ley, impedirá sentenciar la causa de remate, porque el simulado y hecho en fraude de la ley, es nulo. (c) La simulacion se comete de dos modos. El primero es, quando los contrayentes pactan que han de celebrar tal contrato, pero que ha de sonar y aparecer otro. Por exemplo, Pedro pide á Juan que le preste cierta cantidad, ofreciéndole hipotecar á su seguridad tal finca fructífera, y Juan le responde que se la prestará, pero que miéntras no se la pague, le ha de dexar percibir los frutos de esta; y para que no suene usura, ni se le obligue en juicio á compensar aquellos con la cantidad principal, como debe hacerlo, ha de otorgar á su favor escritura de venta de la misma cosa: en cuyo caso el que alega y exepciona esta simulacion, debe probar no solo que su ánimo fué celebrar el contrato pignoraticio, no otro, y que así se pactó entre los dos, sino tambien que por los motivos expuestos y estimulado de la urgencia que tenia, convino en que se fingiese el de venta; como asimismo que este se formalizó incontinente sin haberse estipulado otra cosa, ni por consiguiente recedido del primer convenio. Y el segundo modo con que se comete la simulacion, es quando se finge un contrato que real y verdaderamente no hay, porque el ánimo de los contrayentes es no celebrarle, y si únicamente por sus fines particulares que suene celebrado. En estos casos, aunque el perjudicado manifies-

(a) Paz tom. 1 part. 4 cap. 3 de Excepc. nn. 2, 3 y 4. (b) Carlev. tit. 3 disp. 16 nn. 1, 3, 5 y 23. Rodrig. dich. cap. 6. n. 16. (c) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 §. 12 n. 14, 15 y 16. Rodrig. cap. 6 cit. n. 24.

ta su delito de haber tenido parte en la simulacion, puede alegarla no para fundar su intencion sino para coadyuvarla contra el cómplice ó partícipe, porque trata de evitar su daño y este de lucrarse en su detrimento. Lo mismo puede hacer su heredero, con tal que el contrato no sea en frude del fisco ó de otro tercero. Pero si el executado confiesa que tuvo ánimo de quedar obligado, y ámbos contrayentes fingieron un contrato por otro, no se debe admitir la excepcion de simulacion.

213 La excepcion de que el instrumento en cuya virtud se pide executivamente, *no contiene la causa de deber*, impide tambien la execucion, aunque el obligado jure el contrato; (*a*) pues para estimarse que uno queda obligado por pacto ó promesa, se requiere expresion de la causa de la obligacion: lo qual procede hasta en la confesion de la deuda sin causa, como se prueba de la ley fin. tit. 13 P. 3. "Otrosí decimos, que si algunos conocen fuera de juicio, que deben dar diez maravedís, ó otra cosa á otri, é non dicen señalada razon, porque deben dar aquello que conocen, tal conocimiento como este non empece (*perjudica*) á los que los facen, nin son tenudos de pagar aquella debda, si non quisieren. Fueras ende, si aquel á quien ficieron la conocencia, próbare guisada (*justa*) razon, porque ge lo debian dar." Y si la obligacion proviene de mercaderías, estas y su precio deben especificarse por menor, de modo que se entienda qué es lo que se vende y la cantidad que se da por ello. (*b*)

214 Y aunque la ley 2 tit. 16 lib. 5 Recop. posterior á la de Partida inserta manda que en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, quede obligado á cumplir lo que prometió, sin embargo de que no intervenga *estipulacion* (que es promesa y aceptacion verbal) no es visto haber quitado por esto lo substancial de la obligacion sino la fórmula ó solemnidad de palabras que prescribia el derecho comun,

(*a*) Gom. lib. 1 Var. cap. 11 n. 5 Rodrig. de Execut. cap. 1 art. 4 n. fin. (*b*) Ley 4 tit. 11 lib. 5 R.

sin las quales no nacia accion; por cuya razon y por otras que traen Gomez y Rodriguez en el lugar citado, careciendo la obligacion de la justa causa de deber y no probándola el executante, parece no nacera accion para pedir, é impedirá el curso de la execucion la excepcion de dólo malo; pero acerca de ello veanse los AA. que los dos citan, pues estan discordes, y Parladorio (a) dice que no es necesaria la causa, si bien los mas siguen la opinion que he sentado. (1) Lo mismo digo, quando es falsa y supuesta la causa de deber, como lo he visto estimar en juicio.

215 La usucapcion ó prescripcion es una adquisicion de dominio ó algun otro derecho por la posesion ó trascurso del tiempo prefinido de la ley. Se introduxo ya para que el dominio de las cosas no estuviese mucho tiempo ó casi siempre incierto en perjuicio del público: ya para evitar los innumerables y perpetuos litigios que de lo contrario podian originarse: ya para que los poseedores no estuviesen siempre con el temor de que les quitarian lo que disfrutaban con buena fé; y ya para castigar la desidia de los que eran morosos en recuperar sus bienes: por lo que deben imputarse á sí mismos la pérdida de ello.

216 Pero hablando de la prescripcion que hace á mi propósito, diré que segun la ley 63 de Toro que es la 6 tit. 15 lib. 4 R. y se insertó y explicó en la I. P. (b) el derecho y accion de executar por obligacion personal prescribe por diez años, no pactando lo contrario los contrayentes en el instrumento, pues si lo pactan, parece que no correrá la prescripcion pendiente la dilacion conveccional: que podrán renunciar dicha ley los

(a) Lib. 2 cap. fin. part. 1 § 12 ampliat. 5.

(1) Solo el prurito de sutilizar, de controvertirlo y de confundirlo todo, como asimismo de recurrir á las leyes muchas veces obscuras de los Romanos para interpretar las nuestras ha podido hacer que se dude sobre si para la validacion de un contrato es necesario que se exprese en este la causa de deber despues de la citada ley 2, y que ademas de Parladorio, Pichardo, Ayllon y otros varios AA. afirman con razon que no es menester expresar dicha causa en los pactos.

(b) Cap. 28 nn. 16 y 17.

deudores, por haberse establecido en su beneficio, y no haber prohibicion de que se renuncie: que de consiguiente en este caso no habrá prescripcion y en qualquier tiempo se les podrá executar; y que lo mismo procederá, si la escritura de obligacion contiene la cláusula "de que ántes de cumplirse cada diez años ha de ser visto revocarse el contrato, como si entónces se formalizara, y que nunca ha de haber prescripcion del derecho de executar, sino ántes bien poder el acreedor usar de él en qualquier tiempo, á cuyo fin renuncia el deudor la ley 63 de Toro y demás que tratan de las prescripciones para no aprovecharse de su auxilio." (a) Mas nunca he visto practicar lo dicho sino lo contrario en los censos, en que se suele poner esta cláusula.

218 Milita y procede lo dicho, tenga buena ó mala fe el deudor, porque aunque en toda prescripcion se requiere regularmente la buena de aquel, en la del derecho executivo no es precisa, aun quando se haya dado sentencia que le constituya en la mala, porque no se quita el acreedor el dominio de la cosa, ni la accion que le compete para cobrar su crédito, sino el rigor de la via executiva castigando la negligencia y omision que tuvo en dexar pasar los diez años sin usar de su derecho, de suerte que le queda la via ordinaria para pedir en ella la solucion de lo que se le debe, (b) y así corré la prescripcion no solo contra los legos sino tambien contra las iglesias y personas eclesiásticas. (c)

219 No se admite la prescripcion contra los hijos de familia, mientras estan baxo del dominio paternal, excepto en los casos en que pueden comparecer en juicio sin licencia de su padre, y compelerle á que se la dé: ni contra la muger casada para recuperar su dote y ar-

(a) Parlad. lib. 1 cap. 1 § 13 nn. 3, 4, 5 y 6 Cory. lib. 1 Var. cap. 9 n. 4. Gutier. lib. 3. Pract. q. 35 y 36. Larrea decis. 49 (b) Cory. in Relect. cap. Possessor. de Regul. jur. in 6 part. 2 § 11 n. 4 vers. Sexto, leges excelares. (c) Cap. 2, 3, 4 y 6 de Præscription. Greg. Lop. ley tit. 29 P. 3 glos. 1 Parlad. lib. 1, cap. 1 § 12 n. 4.

ras, sino es que sabiendo se la disipa su marido, sea morosa en usar de su derecho, aunque si por sus bienes parafernales, pues para pedirlos puede hacer que el Juez apremie a su marido a que le dé la licencia: (a) ni contra los menores de 25 años, interin le son, á menos que sean sucesores de alguno mayor, contra el qual haya empezado á correr; bien que pueden ser restituidos pidiendo restitucion de la menoria dento de los quatro años siguientes al dia en que espiró. Lo propio milita en el Rey, iglesias, concejos y comunidades, pretendiendola dentro de los quatro siguientes á su cumplimiento, (b) y en el ocupado en servicio del Rey, concejo, escuelas, cautiverio ó en otra cosa semejante, pues ha de ser restituido del tiempo de esta prescripcion, pidiendo la restitucion dentro de los quatro despues que cesó su ocupacion, y su heredero dentro de los quatro siguientes al dia en que supo haber fallecido en ella. (c)

220 Dicha prescripcion tiene lugar, sea de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ó de executoria dada por tribunal superior, ó de instrumento público, puro, condicional, ó a dia cierto de pagar una sola cantidad, contados los diez años en esta forma: de la *sentencia* desde eldia en que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada: de la *executoria* desde el en que se dió: del *instrumento puro* desde el de su otorgamiento: y del *condicional ó a dia cierto*, desde el en que se cumplió el plazo ó verificó la condicion, porque desde los expresados tiempos compete la accion al acreedor para pedir executivamente, y tiene obligacion de pagar el deudor baxo la pena de ser executado no lo haciendo.

221 Pero si el instrumento es de censo ó de satisfacer en su virtud legado, reditos ó pensiones anuales, prescribe el derecho de pedir executivamente los caidos

(a) Ley 8 tit. 29 P. 3 glos. 5. Covar. lib. 1 Var. cap. 8 n. 8 Paz tomo 1 part. 1 temp. 2 n. 32. (b) Ley 9 tit. 19 P. 6. Covar. in Rel. gel. possess. part. 3 §. 3 Gom. lib. 2 Var. cap. 12 ñu. 4 y 7. (c) Leyes 7 tit. 29 P. 3 y 10 tit. 19 P. 6.

pasado el término de los 10 años, y así es preciso recurra el acreedor á la via ordinaria para su execucion; pues como todos los años nace la obligacion de pagarlos, nace igualmente la accion executiva de pedirlos, por ser tantas las obligaciones de satisfacerlos como los años, y no poder haber prescripcion de lo que no ha tenido ser: lo qual no sucede en los demas instrumentos en que hay una sola obligacion, y por consiguiente una accion de pedir executiva y ordinariamente segun el tiempo. (a) Por tanto, en las obligaciones anuales, provengan de contrato ó disposicion última, no se debe computar el tiempo de la prescripcion desde el principio en que se constituyeron, sino desde el de qualquier año. (b) como se observa inconcusamente en los tribunales, no obstante el sentir de algunos AA. que afirman que en estos contratos si el acreedor deja pasar los diez años, pierde el derecho de pedir executivamente no solo las pensiones caidas en ellos sino tambien las sucesivas, pues no hay ley Real que tal diga, y por lo mismo no se hace aprecio de su dictámen.

222. Sobre si en los chirografos ó papeles simples se han de contar los diez años desde su fecha, ó desde su conocimiento judicial, estan diametralmente opuestos los AA. Gutierrez (c) y Vela (d) defienden que los diez años empiezan á correr desde el dia en que el deudor reconoce el vale, y no ántes, porque hasta entónces no nace la accion de pedir executivamente, y donde no hay accion executiva, mal puede hacerse uso de ella, ni haber prescripcion. Larrea, (e) Acevedo (f) y otros afirman que se deben contar los diez años desde el dia en que se hizo el vale ó papel, al qual se retrotrae el del reconocimiento, porque desde aquel se halla obligado el deudor, y pasados solo podrá el acreedor

(a) Carlev. de Judic. tit. 3 dis. 4 nn. 18 y 19 Rodrig. de Annuis redituib. lib. 2 q. 9 n. 60. Avendaño de Censib. cap. 103 n. 8. (b) Palac. Rub. ley 63 de Toro n. 14 Carlev. n. 10 cit. vers. Ratio est. (c) Lib. 2 Pract. q. 38. (d) Tom. 1 diss. 26. (e) Tom. 1 dis. 49. (f) Ley 6 tit. 15 lib. 4 R.

usar de la via ordinaria. Mas procurando Olea conciliar ámbos pareceres es de sentir (*a*) que pidiéndose y haciéndose el reconocimiento dentro de los diez años empiezan á correr y contarse estos desde él, puesto que el acreedor no fue moroso, por haber preparado en tiempo hábil la via executiva; y así como quando el que tiene vale de otro, y hace que este le otorgue de su importe escritura pública dentro de los diez años renovando la obligacion, ó dando fianza ó prenda, empiezan á contarse estos desde la fecha de ella, y á correr la prescripcion segun derecho; (*b*) así tambien el reconocimiento del vale hace que tenga vigor y autoridad de instrumento público. Y si el deudor reconoce el vale pasados los diez años de haberse hecho, distinguiendo, afirma por corriente en la práctica que aunque reconozca simplemente el papel, si niega la deuda, y jura estar pagada, no tiene lugar la via executiva, porque el reconocimiento que hace del papel, y por consiguiente de la obligacion constituida en él, es con su causa, y se presume pagada la deuda por haber mediado tanto tiempo, en cuya atencion es preciso que el acreedor recurra á la via ordinaria. Pero si le reconoce y al mismo tiempo confiesa el débito, lo qual ha de pedir el acreedor cauto, se le debe executar en virtud de la confesion pura, sea por el todo si nada pagó, ó por el resto que esté sin satisfacer, á cuyo dictamen me inclino: porque aunque el vale y la accion para pedir executivamente en virtud de él se hallen prescriptos, no lo estan el débito ni la confesion de él, y así en virtud de esta, como que es del dia, se debe expedir el mandamiento executivo, del mismo modo que si la hiciera sin haber vale, pues en qualquiera tiempo que se haga, trae aparejada execucion, lo qual he visto practicar como legal y justo.

223 No procede lo dicho en el fiador que habiendo sido executado, y pagado por el deudor principal, in-

(*a*) De ces. jur. tit. 1 q. 1 nn. 89, &c. y 94. (*b*) Ley 29 tit. 29 P. 3. Vela deciss. 25 n. 60 Acev. ley 6 tit. 15 lib. 4 R. n. hn.

tenta contra este la via executiva con el lasto del acreedor, pues no corren para con él los diez años desde que el obligado principal contraxo la deuda ó reconoció el vale, sino desde que el acreedor le cedió sus acciones: ya porque estuvo imposibilitado de pedir, y al impedido no corre término ni prescripcion, y ya porque se interrumpió la prescripcion de los primeros diez años, por haber pedido la execucion el acreedor. (*a*) (1)

223 Hay notable diferencia entre la interrupcion y la perpetuacion de la accion. La primera no es otra cosa que un obstáculo ó impedimento que hace cesar el curso de la prescripcion incoada, y para que haya despues prescripcion, es preciso que empiece á correr de nuevo. En la via executiva se interrumpe por siete actos. El primero es por la comparecencia del actor en juicio pidiendo la execucion dentro de los diez años y despachándola el Juez, aunque no se encuentren bienes del deudor en que trabarla, ó este no quiera contestar la demanda; y por su citacion ó quasi citacion que tiene fuerza de contestacion, y no lo uno sino lo otro segun la mas segura opinion, aun quando la execucion se hubiese despachado y seguido mal; pues este defecto del Juez ignorante no debe perjudicar al actor, á quien basta haber ocurrido en tiempo hábil á pedir judicialmente, para que se interrumpa la prescripcion. El segundo es por la captura del reo, que es citacion real (*b*)

(*a*) Parlad. differ. 110 y lib. 1 Rer. cap. 1 § 13 n. 19.

(1) Para probar que los 10 años que competen al fiador para executar al deudor cuyo débito satisfizo, no deben empezar á correr desde que este se contraxo, sino desde que el fiador le pagó y le dió lasto al acreedor, son superfluas, ó por mejor decir, no vienen al caso las dos razones que siguiendo á Parladorio trae Febrero. La verdadera razon consiste en que hasta que el fiador paga al acreedor, no es el deudor deudor del fiador, y asi hasta dicho tiempo no pueden principiar á correr los 10 años en que este podrá proceder executivamente contra aquel. El crédito del acreedor es diverso del crédito del fiador, aunque sea de igual cantidad, y el primero se acaba al comenzar el segundo, por cuyo motivo es una crasa equivocacion confundir el tiempo de executar por el uno, con el tiempo de executar por el otro.

(*b*) Corv. in dict. cap. Possessor., de Regul. jur. in 6 part. 2 § 12, n. 4 vers. Quarta conclusio. Castill. ley 63 de Toro verb. Diez años.

El tercero es por oponerse á la execucion ó proponer sus excepciones en el juicio, pues tanto obra en este su comparecencia como la citacion. (*a*) El quarto, por haber satisfecho dentro de los diez años parte del debito, (conste el pago en su respaldo ó por otro medio) ó algunos intereses por retardacion de la suerte principal; (*b*) bien que en este caso, si el deudor le niega y opone esta excepcion, aunque el acreedor muestre carta de pago hecha dentro del término de la prescripcion, de lo que dice cobró de él á cuenta, ó por intereses, no será bastante para interrumpirla, excepto que el mismo deudor firme igualmente la carta de pago, ó el acredor á quien incumbe la prueba como fundamento de su intencion que se afianza en afirmativa probable, lo justifique por otro medio. (*c*) El quinto es por haber dado fianza ó hipoteca al acreedor para su seguridad. El sexto, por haber renovado espontaneamente la obligacion sin coartarla. Y el séptimo caso es, por haberle pedido su acreedor la deuda delante de amigos ó mediadores. Por estos siete actos se interrumpe la prescripcion y empieza á correr de nuevo desde el dia en que se celebró qualquiera de ellos. (*d*)

224 La accion executiva se perpetúa hasta 40 años por oponerse ú objetar sus excepciones el reo, ó por su contumacia, que se reputa contestacion del pleyto, (*e*) pues la ley 63 de Toro no ha prohibido ó derogado dicha perpetuacion. (*f*)

225 De todo lo dicho se infiere que si el acreedor pide la execucion pasados los diez años, no se debe despachar sino ántes bien dar traslado simple al deudor como de una demanda ordinaria, y por lo mismo para

(*a*) Carleval. de judic. t. 3 disp. 4. nn. 30 y 31. (*b*) Dich. ley 29. tit. 29 P. 3. (*c*) Cur. Philip. part. 2 §. 1 n. 15. (*d*) Dich. ley 29. y su glos. 3, 4 y 5. (*e*) Carlev. disp. 4. cit. nn. 22 y fin. (*f*) Carlev. lug. cit. n. 21. vers. Perpetuario. Pariad. lib. 1. cap. 1 §. 14 nn. 6 y 7. Quien quiera saber por qué tiempo se ganan, y pierden las cosas muebles y raices, propias ó agenas, corpóreas ó incorpóreas, vendidas, arrendadas ó empeñadas, y poseidas con buena ó mala fé entre presentes ó ausentes, vea el tit. 29 P. 3 y su glosa.

conseguir judicialmente el cobro de su crédito es necesaria la via ordinaria que dura 20 años, contados unos y otros segun se dixo en la I. P. (*a*) excepto para con los criados de servicio, boticarios, joyeros, especieros, Abogados, Procuradores, Agentes de negocios y otras personas, pues á estos se conceden solamente tres años para pedir executivamente lo que se les debe, como se dixo asimismo en la I. P. (*b*)

226 Si el actor pide la execucion dentro de los diez años por los créditos de un censo vencidos en su intermedio, cita al reo, este se opone excepcionando contra la legitimidad del crédito, y de consiguiente contra el instrumento en virtud del qual se expidió, convirtiéndose por esta causa la via executiva en ordinaria; y por sentencia dada en esta y executoriada se declara legitimo y válido el instrumento, mandándosele que pague; podrá despacharse la execucion no solo por los caidos en los diez años sino tambien por los posteriores hasta la executoria, sin necesidad de seguir otro juicio ordinario: lo primero, porque como el acreedor acudió en tiempo oportuno á usar de su derecho, y no fue moroso, no hubo prescripcion ni se le debe imponer la pena de la ley: lo segundo, porque la sentencia condenatoria movió el óbice que el reo objetó al instrumento executivo, ó por mejor decir, declaró que no la tenia; y lo tercero, porque estuvo impedido de continuar el juicio executivo incoado y de intentar otros en los años sucesivos por la excepcion maliciosa del deudor, y por consiguiente de cobrar los réditos posteriores vencidos en ellos: á cuya consequencia aun quando pasen mil años despues de contestado el juicio hasta su conclusion, debe despacharse la execucion por el importe de todos, pues su mala fe no debe aprovecharle ni ceder en detrimento del actor. Mas para que no se le oponga el reparo de no estár liquidos los réditos, debe ante todas cosas pedir se liquiden con citacion del deudor por el Escribano originario, y aprobada y declarada en

(*a*) Cap. 18 nn. 16, &c. y 19. (*b*) Cap. cit. 21, 22 y 23.

cosa juzgada la liquidacion, ha de "renovar y reproducir la accion intentada por el importe de aquellos años, porque pidió la execucion solicitando ampliacion á causa de su imposibilidad, por el de los posteriores." En órden á los réditos caidos pendiente la via executiva he visto executoria en esta corte revocando la sentencia de un Alcalde, por la qual habiendo pretendido el executante que la sentencia de remate y mandamiento de pago se ampliasen por su importe, declaró no haber lugar, mandando que el executante pidiese nuevamente por ellos; y el tribunal superior atendida la verdad definió á la ampliacion.

227 Impide tambien la execucion la excepcion de que el instrumento en cuya virtud se expidió, no es público ni auténtico, ni el original, y que está sacado sin citacion por Escribano ante quien no se otorgó, por lo que se redarguye de falso civilmente; en cuyo caso, hasta que se compruebe con la matriz precedida citacion del reo, no hace fé ni es exequible, y si el que le produce, no le comprueba dentro del término legal, no podrá sentenciarse la causa de remate; (*a*) bien que si le autorizó aquel ante quien pasó, es lo mismo que si fuera la copia original, y aunque no mande el Juez darle, hará fé en juicio.

228 Si la escritura es censual ú otra en que se hipoteque especialmente alguna finca, (pues el hipotecar solamente sus frutos ó réditos mas es consignacion de paga en ellos que hipoteca, como quando es vinculada, y así no hay que registrarla) y el acreedor ántes de entablar el juicio no hizo tomar razon de ella en el oficio de hipotecas de la cabeza del partido, en donde se halla sita, segun lo disponen la pragmática de 31 de Enero de 1768 y la Real cédula de 10 de Marzo de 1778 que se extiende á las escrituras é hipotecas de donaciones piadosas, (*b*) no se debe despachar execucion en su virtud ni juzgar por ella, puesto que no hace fé para el

(*a*) Ley 11 tit. 18 P. 3. Paz tom. 1. part. 4. cap. 3 n. 16. Covar. Pract. cap. 21 nn. 2 y sig. (*b*) Vease la I. P. cap. 11. nn. 86 y 87.

efecto de perseguir la finca; y aun quando esté tomada y registrada, si el deudor se halla fuera de la jurisdiccion del Juez executante, y en la requisitoria de execucion no va inserta ó incorporada la nota de estarlo en la escritura original (que es la que se debe registrar, á ménos que se pierda ó destruya, ó por esta razon se saque otra con la solemnidad legal) puede el requerido negarle el cumplimiento, porque no se le hace constar que la escritura es executiva. Pero sin embargo de esto he visto entregar el actor la escritura para tomar la razon, pendiente la execucion, á fin de que al tiempo de sentenciar la causa de remate estuviese subsanado el defecto, por deberse proceder atendida la verdad y no detenerse en sutilezas legales; (1) como asimismo he visto postergar á un acreedor hipotecario especial anterior en tiempo, á otro igualmente especial en las propias hipotecas y posterior, por haber registrado este su escritura ántes que el otro. Y porque á veces por la distancia de las fincas y por no tener el acreedor de quien valerse para registrar la escritura ó por otros motivos suele omitir la toma de razon, por

(1) Con el pretexto de deberse proceder atendida la verdad sin detenerse en sutilezas legales, y de llamar así varias formalidades de las leyes para la mas exacta observancia de sus disposiciones se pueden violar á cada paso las mismas leyes, como en el caso que refiere Febrero, se violó la citada pragmática de 31 de Enero de 1768. pues en ella se leen estas palabras. „Expresando al fin de ellos (de los instrumentos) que no han de hacer fé contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho requisito y toma de razon dentro del término prevenido en la ley con las declaraciones de la Instruccion.„ Así que, no basta para que la hipoteca se entienda constituida y pueda procederse contra ella, que esté tomada su razon al tiempo de entablarse el juicio, ni mucho ménos al tiempo de sentenciarse la causa de remate, sino que se ha de haber tomado precisamente dentro del término prefinido en dicha pragmática: esto es, dentro de los seis dias siguientes al de la fecha de la escritura ó instrumento, si se otorgó en la capital del partido, y dentro de un mes, si fué otorgada en algun pueblo de su distrito ó jurisdiccion. Si las formalidades prescriptas por las leyes son superfluas, no procedió bien el legislador en prescribirlas, y deberian abrogarse: si son útiles, se han de observar en vez de condenarse como sutilezas legales.

cuyo defecto no se puede despachar la execucion contra el deudor, para que por él no se le irrogue detrimento, me parece muy útil que en la escritura se ponga esta cláusula: "Y de esta escritura se ha de tomar la razon en la oficina de hipotecas del partido en que se hallan los bienes afectos y gravados especialmente á la responsabilidad de dichos tantos mil reales, ántes de proceder especialmente en su virtud contra ellos, segun lo ordenado por la ley, auto acordado y pragmática expadida últimamente á este fin, dentro del término y baxo la pena que imponen; pero sin embargo de que no esté tomada, quiere el otorgante que no por eso dexe el acreedor de dirigir su accion executiva contra él y contra todos sus bienes en fuerza de la hipoteca y obligacion general; que se trabe la execucion indistintamente en ellos: que se embarguen y vendan á su arbitrio los que le parezca, hasta que se haga efectivo pago del principal, décima y costas; y que miéntras no se tome, se entiendan y estimen obligados generalmente los que lo quedan especialmente, para que este defecto no sirva de obstáculo á la expedicion de la execucion contra todos, pasado que haya sido el plazo; y tomada que sea, no ha de perjudicar la obligacion especial á la general, ni esta á aquella, y el acreedor ha de usar á su eleccion de ámbas, como le convenga." Con esta cautela no hay motivo para dexar de despachar la execucion, porque se queda la obligacion en la clase de hipotecaria general, de la que no es preciso tomar la razon, por no mandarlo la pragmática.

229 Si en el instrumento no se señala plazo para la paga, puede el acreedor reconvenir al deudor diez dias despues de otorgado, (a) excepto que por la expresion de la causa del préstamo se colija otra cosa de la intencion del prestador y mutuario, como si fué hecho para cierto uso; pues en este caso, aunque el instrumento sea puro, no puede el acreedor pedir su dine-

(a) Ley 2 tit. 1 P. 5 al fin: „E si el plazo non fue puesto, devegela dar á voluntad del que la prestó, diez dias despues que fue prestada.„

ro ántes que se cumpla el plazo ó verifique el uso, segun lo advierte Gregorio López (*a*).

230 Se admiten en la via executiva las excepciones que se dirigen contra la persona que la intenta, como si es menor, muger casada, hijo de familia ó estudiante, y no manifiesta la respectiva licencia que el derecho prescribe; ó está excomulgada, no se halla nombrada en el instrumento, ó carece de potestad para pedir, y otras de que se trató latamente en el § 2 de este cap. y hace mencion Parladorio. (*b*)

231 Del mismo modo se admite en la via executiva la *declinatoria de fuero*, próponiéndose en el tiempo y en los terminos expresados en el cap. 1 de este lib. n. 155; y nunca se entiende excluida esta excepcion, aunque otras lo sean, pues es necesario que la ley la excluya expresamente. (*c*)

232 Impide la execucion la excepcion de estar pendiente compromiso sobre lo que se pide, pues por el hecho de comprometerse las partes, aunque la una tenga sentencia propicia, cesan los efectos de esta, por ser visto apartarse del derecho que le competia en su virtud, y así no se debe executar. (*d*)

233 Es excepcion legítima la del juramento que el lego hace en las obligaciones que por no requerirle para su validacion y por otros motivos, está prohibido hacerle; y lo propio milita, quando se somete al Juez eclesiástico en lo que no debe, pues las tales obligaciones son nulas, como lo ordena la ley 11 tit. 1 lib. 4 R. "Defendemos, dice, que ningun lego, christiano, judío ni moro no haga obligacion en que se someta á la jurisdiccion eclesiástica, ni haga juramento por la tal obligacion junta, ni apartadamente, ni el acreedor lego la reciba so las penas contenidas en las dichas leyes, y que la obligacion no vala, ni haga fe, ni prueba. Y mandamos á todas, y á qualesquier Justicias, que no la exe-

(*a*) Ley 2 cit. glos. 6. (*b*) Lib. 2 Rer. quotid. part. 3 cap. fin. § 1.
(*c*) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 § 11. Gom. lib. 3 Var. cap. 12. n. 8.
(*d*) Parlad. lug. cit. n. 24. Avendañ. tit. de las excepciones num. 34.

cuten, ni hagan pagar." Y ademas de ser nula la escritura incurre el Escribano que la autoriza, en graves penas que dicha ley le impone y se han expresado en varios lugares de la Prim. Part. diciendo en qué contratos se puede interponer juramento, sin que el Escribano incurra en pena por admitirle, ni se anulen por haberse hecho. En el n. 39 de este cap. se dixo qué contrato debe tenerle para ser executivo.

234 Estorban la execucion las excepciones anexas ó inherentes al contrato, como en el de compra y venta la de no haberse entregado al comprador la cosa vendida, ó no haber pagado este su precio; pero esto se limita en quatro casos; el primero, quando los contrayentes pactan otra cosa: el segundo, quando el executado debe cumplir el contrato ántes que el executante: el tercero, quando en él no consta quál de los dos ha de cumplir primero, esto es, si el comprador ha de entregar el precio ántes que el vendedor la cosa, ó por el contrario, en cuyo caso debe mandar el Juez se pongan en depósito aquel y esta; y el quarto, quando la cosa no entregada es el importe de alcabalas ú otros derechos Reales que el executado tomó en arrendamiento, pues aunque alguna parte de ellas le salga fallida, ó se le retarde su cobro por culpa de tercero y no del executante, si cobra la mayor, no ha lugar á la excepcion, ni impedirá por consiguiente el curso de la via executiva. (*a*)

235 Impedirá la continuacion de esta la execucion de *reconvencion*, si pendiente el juicio se liquidá y hace constar por otro instrumento que traiga aparejada execucion, ó si el executante confiesa de plano ser líquido y cierto el débito, y que ninguna defensa tiene contra el executado; pues fuera de estos dos casos, como exige mayor inspeccion y conocimiento, no se admite. (*b*)

236 Sobre si la excepcion del dinero no entregado es ó no admisible en la via executiva, sin embargo de que

(*a*) Ley 34 tit. 5 P. 5. Parlad. part. 5 cit. § 11 nn. 25, 26, 27 y 28. Rodrig. cap. 6 cit. nn. 14, 15 y 25. (*b*) Palac. Rub. ley 64 de Toro al fin. Gutierr. lib. 1 Pract. q. 1, 2 nn. 1, 2 y 3. Véanse las dos notas del n. 209 cap. 1.

hay dos sentencias contrarias, la afirmativa como verdadera y comunmente observada en la practica, es la que se debe seguir, con tal que se pruebe en el término legal; pero el deudor no habiéndola renunciado debe oponerla dentro de los dos años siguientes al contrato, en cuyo caso, aunque puede recibir y tomar en sí el cargo de probarla, incumbe al acreedor la prueba contra ella; y si la renunció ó han espirado los dos años que para su oposicion prefine el derecho, (*a*) es de su obligacion y no de la de aquel justificar en los diez dias de la ley no habérsele entregado el dinero, precio, ó cosa que se le pide; y en ámbos casos, si lo prueba, debe ser absuelto: (*b*) todo lo qual milita no solo en el dinero sino tambien en otra qualquiera cosa, porque versa identidad de razon, y la ley 9 tit. 1 P. 5 citada lo comprehende todo.

237 Y últimamente impide el curso de la execucion la excepcion que puede originarse de ella misma; v. gr. por no haber puesto el Escribano la hora en que notificó su estado, como lo manda la ley 21 tit. 21 lib. 4 R. ó por no haberse dado los pregones en el tiempo debido, ó quando se invirtió el órden y forma legal en hacer la traba, ó se excedió el alguacil, ó no se observó el estilo del tribunal, en cuyos casos y otros semejantes debe admitirse la excepcion, no contra el contrato ó sentencia en cuya virtud se expidió la execucion, sino contra el mismo hecho de esta. (*c*)

238 Procediendo á tratar de la tercera clase de excepciones, que son las que no se admiten en la via executiva, digo que una es la de *dolo*. No hablo del *dolo bueno* ó impropio que es *discrecion, astucia y sagacidad para conducirse lícitamente y evitar ser perjudicado*, por lo que es permitido; sino del malo, propio y verdadero que es *falacia y maquinacion premeditada para seducir y engañar á otro lucrándose con su detrimento*, y por lo mismo está reprobado. Pero lo dicho se entiende, quando

(*a*) Ley 9 tit 1. P. 5. (*b*) Paz tom. 1 part. 4 y cap. cit. n. 5. Parlad. §. 11 cit. n. 51. (*c*) Paz lug. cit. n. 26.

el dolo es superveniente é incidente, pues si se prueba haber dado causa al contrato, por ser este nulo, no se debe executar. (a)

239 De varios modos se comete el dolo: el primero, quando el mismo dolo da causa al contrato: el segundo, quando aunque al principio no le haya cometido el doloso, demanda al obligado y sigue la instancia sabiendo que goza de excepcion, pues si la ignora, no se presume que le comete; y el tercero, despues del contrato, como si por obra ó culpa del acreedor pierde el deudor el dinero que habia de pagar. Y es de notar que quando se procede civilmente, se compensa un dolo con otro, mas no si se procede criminalmente. (b)

240 Se puede oponer la excepcion de dolo contra el que le comete, sea varon ó hembra, y mayor ó menor capaz de cometerle, por lo que es personal de parte de aquel contra quien se opone, y á veces no solo puede oponerse contra el actor por el suyo sino tambien por el ageno, en cuyo caso debe el reo deducir, especificar y probar el dolo de aquel, por el qual está obligado el actor, como por el del difunto que daña á su heredero; y de parte de que le opone, es excepcion real, de tal suerte que á qualquiera á quien pasa la cosa sobre que se cometió el dolo, se transfiere tambien la excepcion; v. g. quando se pretende la hurtada por el que la hurtó, ó por el que cometió dolo en la que se pide, pues no se mira contra quien se cometió, si no si se cometió en la que se pretende en juicio. (c)

241 No se daña, regularmente hablando, al sucesor singular, ni pasa contra él la excepcion del dolo que su causante cometió, (d) mas esto se limita en tres casos: el primero, quando quiere usar de la excepcion de su causante, ó aunque no quiera, si tiene causa lucrativa ó quasi é intenta su accion: el segundo, quando la cosa ha de volver incontinente al que le cometió, ó la excep-

(a) Rodrig. de Execut. cap. 6 cit. n. 26. Parlad. § 11 cit. num. 41. (b) Leyes 40 ff. Solut. matrim. 10 §. 1 ff. de compens. y 37 ff. de Dolo mal. (c) Leyes 2 §§ 1 y 2, 4 §§ 21 y 26, y 13 § 1 ff. de Adquir. possess. (d) Dich. ley 4 § 27.

cion está anexa á ella misma; y el tercero, quando se cometió en la adquisicion de la accion, pues á qualquiera sucesor que use de esta, obsta la excepcion. (a) Y es de notar que el dolo del socio daña al consocio, aunque este puede repetir contra aquel. (b)

242 Si se celebra algun contrato en que interviene dolo, y para su confirmacion se hace despues otro sin él, y el actor usa del segundo, puede el reo no obstante este oponer la excepcion de dolo que le compete en virtud del primero, porque se presume repetido en el segundo, y que le hubo para obtener la confirmacion de aquel; (c) siendo de advertir que puede remitirse la excepcion de dolo y el de pretérito, mas no el de futuro. (d)

243 No es admisible en la via executiva contra el instrumento público la excepcion de *lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio* que en los contratos de venta, arrendamiento y otros semejantes compete al leso por derecho, (e) porque exíge mayor exámen é indagacion, á no ser que se pueda liquidar y probar en el término legal, pues entónces se admitirá, y probada se impedirá el curso de la execucion. (f)

244 En quanto á la excepcion de error de cálculo ó número se distingue: si es material y propiamente numérico, como si en lugar de decir que debia ciento, dixese dosciento, se debe admitir, porque fácil y claramente se puede deshacer; pero si es sobre la cosa, como quando los apreciadores ó partidores aprueban la que deben reprobar ó por el contrario, ó le dan mas ó ménos estimacion que la que merece, no es admisible, porque requiere mayor conocimiento y no se puede liquidar en el término legal. (g)

245 Tampoco debe admitirse en el juicio executivo la excepcion de division de la deuda entre los manco-

(a) Ley 4. cit. §§. 11, 17 y 27. Marant. tit. de except. part. 6 n. 24. (b) Marant. n. 26. (c) Marant. n. 25. (d) Ley 27 § 3 ff. de pactis. Marant. n. 27. (e) Ley 1 tit. 11 lib. 5 R. (f) Parlad. cap. fin. part. 5 y §11 dichos n. 12. Rodrig. cap. 6 cit. n. 26 vers. Alteram. (g) Ley 19 tit. 22 P. 3. Parlad. nn. 43 y 44.

munados, (a) porque hoy estan tan claras y terminantes nuestras leyes recopiladas que segun se obliguen, quedan obligados, y pueden ser reconvenidos por el todo ó á prorata sin renunciar ley ninguna, como se dixo en el cap. 19 P. I. Pero si se les demandáre por mas de lo que importe su obligacion, podrán excepcionarlo, y probada la excepcion impedirá el curso de la execucion.

245 Obligándose dos ó mas de mancomun insolidum por el todo, si el acreedor executare á qualquiera de ellos, y el executado excepcionáre que la execucion se debe dirigir contra el otro, porque en él se refundió toda la utilidad del contrato, y que en este concepto la siga contra él por su cuenta y á sus expensas; no se debe admitir esta excepcion, porque el acreedor mediante la obligacion usa legalmente de su derecho, y no es de su inspeccion, ni le daña el convenio hecho entre los dos, pues esto es bueno para que el executado pagando primero al acreedor use del suyo con el lasto contra su consocio ó correo, segun le convenga (b)

247 Sobre si en este juicio se debe admitir la excepcion de restitucion por entero por lesion, ó menor edad, estan discordes los AA. pero lo cierto y seguro es, que si se opone por razon de la edad del que es menor, se debe admitir, porque en la exclusion general del beneficio de restitucion no se entiende excluido el que por la edad compete al menor; y si se opone contra la execucion de la sentencia ó instrumento, cuya lesion consta de autos, ó se puede probar incontinente, que es en el término legal, se debe admitir tambien, y no de lo contrario. (c)

248 Ninguna excepcion que por no ser legítima despreció el Juez inferior en primera instancia, debe admitir el tribunal superior en la causa de apelacion; pero sí la que no admitió siéndolo, tal vez por causar extorsion al reo executado. (d)

(a) Pariad. nn. 45, 46 y 47. (b) Pariad. números 48, &c. y 51. (c) Rodrig. dict. c. 6 n. 7. Pariad. § 11 cit. nn. 53 y 54. De esto trata con mas extension Carlev. tit. 3 disp. 16 desde el n. 27 hasta el fin. (d) Pariad. § 11 dict. nn. 56 y 57.

249 Si el reo comparece y se opone á la execucion ántes que se le cite de remate, ó en qualquier tiempo ántes de la sentencia, se le ha de haber por opuesto, y ha de encargarse á ámbas partes el término perentorio de los diez dias que prefine la ley, para que en ellos aleguen y justifiquen lo que les convenga: lo qual se observa inqüestionablemente en la práctica, sean uno ó mas los executados por un acreedor y comprehendidos en un mandamiento executivo, porque la ley habla indistintamente, y así todos tienen tan solos los diez dias para justificar sus excepciones, y no diez cada uno en este caso.

250 No estan conformes los AA. sobre desde quando ha de empezar á correr el término de los diez dias, y la opinion mas recibida es que se cuente desde el de la oposicion, (a) segun lo declara la ley 3 tit. 21 lib. 4 R. que dice: "Declaramos y mandamos que los dichos diez dias corran desde el dia que se opusiere á la tal execucion en adelante." Mas sin embargo se ha introducido en algunos tribunales que no empiece á correr dicho término hasta el dia en que se notifica á entrámbos litigantes así como en la via ordinaria sin diferencia: lo qual debe seguirse como mas equitativo, segun se practica en esta corte, porque seria cosa dura y aun iniqua que por no poder, ó no querer el Escribano dar cuenta de la oposicion al Juez, ó notificar el encargo, ó por hallarse imposibilitado ú ocupado este, quedase indefenso el executado y fuera condenado sin ser oido: en cuya atencion hasta que el término se notifica á los dos litigantes, no ha de correr, debiendo entenderse la ley recopilada cesante toda imposibilidad y fraude; y si por olvido no se hace saber mas que á una parte, no debe correr, y se han de reponer los autos y diligencias posteriores en el estado que tenian, quando se admitió la oposicion é hizo el encargo de los diez dias, como lo he visto practicar para evitar nulidad en las diligencias. Y se advierte que las notificaciones se han de hacer á costa del reo incontinente que se firma la providencia, aun-

(a) Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5 § 10. n. 2. Acev. ley 3 tit. 21 lib. 4 R.

que no lo solicite, porque se dió á su instancia.

251 Si los diez dias empiezan á correr en feriados, como los de pasquas ú otros, y espiran en ellos, ó se consume su mayor parte, no deben contarse ni correr hasta el siguiente al dia en que cesen, lo qual he visto practicar siempre, porque de lo contrario seria ilusoria é ineficaz la concesion de la ley, y no aprovecharia al executado.

252 No se debe prorogar este término á instancia del reo; pero puede disfrutarle enteramente, y por lo mismo ha de tomar los autos primero que el acreedor, sin que se le deba compeler á su vuelta, miéntras dura, ni entregarse á este ántes, aunque acuda á tomarlos, porque el acreedor tiene hecha su probanza con el instrumento, sentencia ó confesion que traen aparejada la execucion, y no necesita término, por no tener que probar, siendo así que el reo necesita ver, si le compete alguna excepcion contra el documento executivo, para cuya probanza se le conceden solamente diez dias perentorios, término sumamente limitado en comparacion del que tuvo el actor para pensar lo que habia de pedir.

253 A instancia del acreedor se puede prorogar el término las veces que quisiere, sin embargo de que se alegue que él y el reo son correlativos, que lo que no se permite al uno, tampaco se debe permitir al otro, y que se debe guardar igualdad en los juicios: ya porque no se causa ningun perjuicio al deudor sino comodidad en tener mas tiempo para preparar y hacer sus defensas, ó buscar dinero con que satisfacer el débito, y ya porque habiéndose prefinido tan breve en utilidad del acreedor para que no se retarde mas la exáccion de su crédito, y en pena del deudor para que tenga mas cuidado de pagar, y no se perjudique al acreedor, puede renunciar legítimamente este beneficio y pedir todo el término que quiera, pues de lo contrario se convertiria en detrimento suyo lo que se estableció para su provecho. (*a*) (1)

(*a*) Rodrig. de execut. cap. 6 n. 32 Parlad. lib. 2 cap. fin part. 5 § 10 nn. 13 y 15 Gutierr. lib. 2 Pract. q. 116. Acev. ley 1 tit. 21 lib. 4 R. n. 42.

(*b*) Asimismo como el término de los diez dias se ha concedido por

254 Mas para que se prorogue á instancia suya, han de intervenir precisamente dos circunstancias. La primera es, que pida la próroga dentro de los mismos diez dias, y si necesita mas prórogas, ántes que espire la concedida, para que se entienda ser todo un mismo término, bien que para conceder la segunda dilacion, aunque se pida dentro de ellos, es menester que haya conocimiento de causa, y mayormente despues de pasados, pues sin motivo gravísimo y justificado no se debe prorogar, porque el executante quando pide la execucion, lleva ó debe llevar probada su accion, y no necesita término para ello, tiene el legal como el reo, y no le debe sufragar su descuido en no acudir en tiempo á pedir la prorogacion; y mucho ménos se le debe conceder para hacer prueba por testigos, mediante á que se presume haber visto ó tener noticia de lo probado por el executado. Y la segunda circunstancia es, que ni él ni su Abogado haya visto la prueba del reo, para evitar de esta suerte el soborno de otros testigos, segun se observa en la via ordinaria. (a) Y así el término de los diez dias como el de las prorogaciones son comunes á ámbas partes, y no corren hasta que se le notifican, ni perjudican al ignorante, ni por las prorogaciones se convierte la causa en ordinaria, ni tampoco muda su naturaleza el juicio, porque se entienden hechas con la propia qualidad que el encargado en los diez dias.

255 Pueden hacer las partes sus probanzas por testigos, instrumentos y demas medios legales, aunque la execucion se haya despachado en virtud de instrumento público, porque la ley 2 tit. 21 lib. 4 R. habla disyuntivamente, y no dice que se hayan de probar precisamente las excepciones por otro tambien público. Los testigos que el reo presente, no solo han de ser juramen-

(a) beneficio del reo, podrá este rénunciarlos, pues en las causas civiles siempre puede renunciar los términos la persona por quien se introdujeron. Barrera decis. 4 n. 29. Dominguez Ur. Prud. Ind. parte 2 §. 20 n. 8.

(a) Leyes 34 tit. 16 P. 3 y 5 tit. 6 lib. 4 R. Rodrig. lug. cit. nn. 32 y 33. Pinelo dicho §. 16 nn. 15, 16, 17 y 18.

tados ántes de deponer sino asimismo exáminados con citacion del actor dentro del referido término, segun lo ordena dicha ley; pues si está pasado, ó falta la citacion, no se deben recibir sus deposiciones, sin embargo de que esten juramentados, y la prueba será ineficaz; lo qual procede igualmente en el cotejo de papeles simples no reconocidos, porque los peritos son como testigos, cuyo dicho es un parecer que por sí sólo no prueba. Los instrumentos han de ser presentados tambien ántes que espire, y de lo contrario no se deben admitir, porque es perentorio, y como no concedido por el Juez sino prefinido por la ley carece de facultad para alargarle á instancia del reo y para admitir la probanza que quiera hacer fuera de él, (a) aunque lo contrario sucede en el juicio ordinario, como se dixo en el.

256. Lo expuesto no tiene lugar, quando por omision ó imposibilidad del Juez ó Escribano se pasa el término, pues entónces como que el reo no tiene culpa, no le debe perjudicar; y así es muy útil la prevencion de que en el pedimento de oposicion proteste no le perjudique dicha omision ó imposibilidad, con cuya cautela, aunque espire el término, si los testigos fueron juramentados dentro de él, podrán ser exáminados despues, (b) como lo he visto practicar.

257. Intentando el reo probar sus excepciones por testigos, debe nombrarlos, expresar donde viven, y jurar que no procede de malicia; (c) y si se hallan en otro territorio, ha de pretender, y se ha de librar requisitoria al Juez de su domicilio, como se practica en el juicio ordinario, (d) pero su interrogatorio no se ha de comunicar al actor, ni el de este al reo. En este juicio como ni aun en los demas sumarios no se admiten tachas, ni de consiguiente se concede término para probarlas. (e)

(a) Rodrig. cap. 6 cit. nn. 28 y 29. Parlad. §. 10 cit. nn. 7, 8, 9 y 10. Salg. de Reg. prot. part. 3 cap. 9. n. 280. (b) Paz in Prax part. 4. cap. 3 n. 38. Rodrig. n. 29. cit. Castill. y Palac. Rub. ley 64 de Toro. (c) Ley 9 tit. 21 lib. 4 R. (d) Leyes 11 tit. 7 lib. 3 y 40 cap. 2 tit. 21 lib. 4 cit. Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 6 n. 93. (e) Parlad. lug. cit. n. 25. Covar. pract. q. cap. 17. n. 4. vers. Septimo.

258 Aunque haya espirado el término de los diez dias, puede pretender el deudor que el acreedor jure de calumnia y posiciones en qualquier tiempo, con tal que sea ántes de la sentencia de remate, como lo dispone la ley 72 tit. 4 lib. 3. R. (a) y se practica, sin embargo de que algunos demasiado escrupulosos dicen que esta ley se debe entender solamente en los adelantamientos de Burgos, Castilla y Leon, en cuyo título está; pues no se hacen cargo de que fué creada muy posteriormente á la 2 tit. 21 lib. 4 R. de que no manda que esta quede en su fuerza y vigor en los demas parages, ni excluye ni prohibe que se puedan aprovechar de ella los que no residen en los adelantamientos; y de que la confesion de la parte no es prueba sino relevacion de ella, por lo que no hay término prefinido para hacerla, y se puede recibir fuera de el de la ley: porque quando el Soberano manda á un Presidente cierta cosa, se entiende por consequiencia mandarla á todos los de sus dominios en igual caso, por militar idéntica razon, como dicen los AA. (b) Lo mismo procede, quando el deudor pide que el acreedor reconozca algun papel; mas si pretende que en caso de negativa se coteje con otros indubitados de él, no se debe deferir al cotejo por ser pasado el término.

259 Sobre si el término, ya que no prorogar, podrá suspenderse á instancia del executado, duda que no he visto tocada en ningun autor, debo decir que siempre que acredite causa justa, como estar enfermos ó ausentes algunos de sus testigos, y esperar pronto su recobro ó regreso, no poder el Escribano compulsar el instrumento con tanta prontitud, y otras semejantes puede suspenderle el Juez; lo uno, porque no lo prohibe la ley, ni habla de ello, y lo que no está prohibido, se entiende permitido: lo otro, porque no se viola su mandato, pues siendo este el que la prueba se haga

(a) Parlad. § 10 cit. nn. 25 y 26. Rodrig. cap. 6 cit. n. 34. Gutier. lib. 1. Pract. q. 117. (b) Rodrig. lug. cit. nn. 30 y 34. Parlad. § 10 cit. n. 26.

y presente dentro de los diez dias, en exâminando los testigos en los que corran despues de la suspension, ó presentando el instrumento ántes que espiren, se cumple con él, y lo otro, porque con la demora de poco tiempo no se causa detrimento notable, y seria cosa inhumana que por no esperar algunos dias mas se gravase al reo con la satisfaccion de lo que tal vez no debe, y con costas, décima y otros perjuicios irreparables que son consiguientes al mandamiento de pago: mayormente quando no ha padecido culpa ni omision, ni se perjudica al actor, justifique ó no el reo su excepcion, porque si la justifica, como que no le toca lo que le pide, no solo no debe darsele sino castigársele por litigante de mala fé; y sino, le queda tiempo para usar contra él de todo el rigor de la ley, bien que la suspension en estos casos como de equidad y no de justicia será arbitraria en el Juez. (1)

(1) Esta doctrina parece contraria á la ley 2 tit. 21 lib. 4 R. que dice lo siguiente. "I para probar la tal paga, ó excepcion, si por testigos lo oviere de probar, es nuestra merced que el deudor nombre luego los testigos, quienes son, i donde viven, i jure que no trae malicia: y si nombrare los testigos aquende los puertos fuera del arzobispado, ó obispado, aya plazo de un mes para traer sus dichos; y si allende los puertos por todo el reyno, que aya plazo de dos meses; i si los nombrare en Roma, ó en Paris, ó en Jerusalen, fuera del reyno, que aya plazo de seis meses: pero es nuestra merced que el deudor, que alegare la tal paga, ó excepcion, no la probando dentro de los dichos diez dias, en la manera que dicha es, dixere que los testigos, que tiene, estan fuera del arzobispado, obispado, como dicho es, que pague luego al mercader, ó al acreedor, dando el tal mercader, ó acreedor luego fianzas que, si el deudor probare la paga, ó otra excepcion, que le pueda escusar, que le tornará lo que assi pagare con el debdo, por pena en nombre de interesse; i el reo asimismo de fianzas que, si lo no probare en el dicho termino, que pagará en pena otro tanto como lo que le pedia." Segun esta ley en el caso de decir el executado que estan ausentes los testigos con quienes puede probar su excepcion, se ha de hacer el pago dando la expresada fianza, como dice despues Febrero, (n. 174.) ¿porque no ha de observarse lo mismo, quando esten enfermos ó ausentes algunos de los testigos, quando el Escribano no pueda compulsar con prontitud el instrumento, ó en otros casos semejantes, y se ha de recurrir á la suspension del término de los diez dias, esto es, á la contravencion de la ley? Y en el caso de la ley inserta, dice Hevia Bolaños, (Juicio exec. § 20 n. 8.) en la misma sentencia de remate se suele

260 Pero es de advertir en primer lugar, que esta suspension se ha de notificar al actor á costa del reo; en segundo lugar, que el Escribano debe poner nota en el pedimento en que se solicite, no solo del dia sino tambien de la hora de su presentacion, para que si se defiere á ella, como que corre de momento á momento, no se le cuente todo el dia por término ya pasado, habiendo presentado tal vez el pedimento á la hora de audiencia ó ántes; y en tercer lugar, que durante la suspension ningun testigo se exámine, sino despues dentro del término que falta, y de lo contrario es nulo como hecho fuera de él, aunque se cite préviamente al acreedor, porque la suspension no es para tener mas término y que en este justifique su excepcion, lo qual sería prorogacion que el Juez no puede conceder á su instancia, sino para que los testigos vengan de fuera ó sanen, y declaren en el término restante.

261 Lo mismo procede, si el reo pide declaracion al executante, y en caso de negativa que con su citacion se le reciba justificacion de testigos, y que mientras evacua la declaracion, se suspenda el término; pues debe hacerlo, ya porque aquella declaracion no es prueba sino relevacion de ella, y ya porque de no suspenderse podia ausentarse ó ocultarse maliciosamente el executante hasta que espirara, para que el executado no pudiese justificar, y se le causase la extorsion de ser condenado, tal vez sin deber lo que le pedia. Por tanto, el Juez debe suspender el término hasta que evacue su declaracion, y evacuada se ha de hacer saber al reo, poniendo la hora en que se le notifica, para que en uso de su derecho presente sus testigos, y desde esta continue el curso del término que falte; pues no se infringe por esta suspension la ley, ni es visto prorogarse por ella el término, ni hacer prueba en él

recibir la causa á prueba, y de la sentencia dada en ella, por ser ordinaria, ha lugar apelacion.

el reo, y sí únicamente cortar al executante su malicia de querer tal vez dexar indefenso al reo. Ademas, si ántes de la sentencia puede pretender que jure de calumnia y posiciones, como se ha sentado en el n. 258, y se debe deferir á su solicitud; con mayor razon se deberá suspender el término que todavía no espiró, para que declare: todo lo qual he visto practicar repetidas veces en esta corte como equitativo y justo, por no ser abuso, corruptela, ni infraccion de las leyes. (1)

262 Si pasados los diez dias piden los autos los litigantes para instruirse de lo justificado é informar al Juez, se les han de entregar por poco tiempo, y primero al actor que al reo, á diferencia de quando se encargan los diez dias de la ley para probar. Tambien se les han de entregar para alegar de su derecho segun el órden del juicio al modo que en la via ordinaria, y de lo que uno alegue y haya probado, se ha de dar traslado al otro con calidad de *sin perjuicio* que hace no mude la causa su naturaleza, aunque se confieran muchos traslados. Hecho esto debe llamar el Juez los autos á instancia del que lo pretenda, y no de oficio, señalar dia para su vista, si hay costumbre de ello, citar á entrámbos, por si quieren asistir á informarle verbalmente de su derecho y justicia, y si no se acostumbra señalar dia ni informar, sentenciarlos despues de pasados los tres dias de la citacion para la sentencia. Pero esta citacion se entiende habiendo hecho probanza el executado, ó resultando del documento executivo la excepcion y alegándola; pues si no la hizo, ó no resulta, lo no se opuso á la execucion, es ocioso mandarle citar, porque ya lo está de remate, y no hay cosa nueva ni motivo para volverlo á hacer: en cuya atencion ha de llamar los autos y sentenciarlos, lo qual como corriente se observa en la práctica; si bien algunos quieren

(1) El Señor Salgado (de Reg. prot. part. 1. cap. 7 n. 76) dice que quando por impedimento del actor no pudo el executado hacer las probanzas, no se concede de nuevo todo el término, sino que se suple el de que no se usó por razon del impedimento.

que aunque no se haya opuesto, pida el acreedor que se sentencie la causa, en cuyo caso el Juez llama los autos, y sin nueva citacion los sentencia á la primera audiencia, la qual práctica no repruebo, sin embargo de no ser necesaria en dicho caso, quando en el pedimento en que el actor pretende se cite de remate al reo, pida tambien que á su tiempo se sentencie la causa, y despache el correspondiente mandamiento de pago.

263. Como no siempre executa la sentencia el Juez que la pronuncia, sea ordinario ó delegado, pues tiene que impartir muchas veces el auxilio de otro, me parece conveniente explicar por conclusion de este §, si todas las excepciones que se permiten oponer contra la execucion, se podrán deducir y alegar ante el requerido del mismo modo que ante el requirente; y si aquel podrá ó no conocer de ellas, y determinarlas como este. Pero ántes debo sentar para su mejor inteligencia lo siguiente.

264. Hay algunas excepciones que se alegan contra la misma sentencia como la de su nulidad. Otras no se oponen contra la sentencia sino contra su execucion, v. g. la de que alguno no puede ser reconvenido en mas de su posibilidad, como el marido respecto de su muger, el donante respecto del donatario, y otros de que se hizo mencion en los nn. 153, 154 y 155; y estas excepciones no arguyen de injusta la sentencia, sino que moderan su execucion, por lo que se pueden alegar y poner despues de ella: (*a*) en cuya atencion la de las expensas hechas en la cosa que se opone al que pretende reivindicarla, la de compensacion, la de no haber pagado el comprador el precio de lo que compró, la de cesion de acciones y otras semejantes se pueden oponer despues de la sentencia executoriada, porque solo se dirigen á modificarla; (*b*) si bien esto se limita en caso que se hayan opuesto en la causa principal ántes de la sentencia, y el Juez las haya despreciado expresa ó

(*a*) Surd. dec. 332 n. 1. (*b*) Carlev. tit. 3 disp. 17 n. 4.

tácitamente, porque este desprecio tácito ó expreso pasa á cosa juzgada juntamente con la misma sentencia y produce excepcion de tal contra el que las opone. (a) Y otras se oponen contra la accion intentada, quales son las perentorias concernientes á los méritos de la causa principal, y estas, regularmente hablando, no se pueden oponer despues de la sentencia, (b) porque se dirigirian á recindirla ó revocarla, y como despues de la cosa juzgada nada hay que hacer mas que executar lo que se determinó, por eso no son admisibles en su execucion; (c) bien que hay varias que se admiten, como la del senadoconsulto *macedoniano* de que trata la ley 22 tit. 11 lib. 5. R. (d) la qual fué establecida en odio de los acreedores, y en beneficio de los hijos de familia y de sus padres: (e) la del senadoconsulto *veleyano* en favor de las mugeres, la de restitucion por entero en el de los menores y otras que traen los AA. (f) Igualmente debo sentar que de los que executan las sentencias por mandato, comision ó requerimiento de algun Juez, unos se llaman *meros executores* y otros *mixtos*: los primeros son los alguaciles, porteros y otros sirvientes de la curia ó juzgado que carecen de jurisdiccion, y no toman el menor conocimiento de las causas, porque ya precedió, y estan destinados solamente para cumplir el mandato del Juez que entiende en ellas; y los segundos son Jueces con jurisdiccion, á quienes el ordinario de otro territorio ó el delegado comete la execucion de su sentencia, antes que conozca de las excepciones respectivas á la misma execucion.

265 En esta suposicion digo que los meros executores no deben admitir regularmente ningunas excepciones contra la execucion, ni pueden conocer de ellas por defecto de jurisdiccion; (g) pero los executo-

(a) Cáp. 15. de Sentent. & re judicat. Carlév. p. 5. (b) Ley 2 Cod. Sententiam rescindi non posse. (c) Ley 56 ff. de Re judicat. (d) Está inserta en el n. 37. cap. 18. P. I. (e) Veanse los motivos en el núm. 4. cap. 16 P. I. (f) Valasc. de Privil. miserabil. person. q. 17. n. 159. Carlev. nn. 6. y 7. (g) Menoch. de Arbitr. lib. 1 q. 38 n. 22.

res mixtos pueden entender en las tocantes á los méritos de la causa, y podrán oponerse despues de la sentencia, no para difinirlas sino para ver si obstan ó no á la execucion; pues obstando deben suspender esta y remitirlas al Juez requirente, para que las decida; y si se oponen calumniosamente y no la impiden, han de proceder á executar la sentencia. (a)

266 De las que modifican la sentencia, no solo pueden conocer sino tambien difinirlas, porque por el hecho de comisionarlos para su execucion es visto cometerles tambien todo lo que concierne á ella. (b) Y de las que impugnan la sentencia como la de nulidad, restitucion, &c. pueden conocer igualmente, y si advierten que son despreciables, han de proceder á su execucion; mas siendo legítimas deben remitirlas bien instruidas al Juez requirente, para que las decida, y no decidirlas por sí, (c) porque de hacerlo se verificaria que el Juez menor ó igual en jurisdicion revocaba la sentencia del igual ó mayor, lo qual es opuesto á derecho; (d) pues en el negocio de que se trata, siempre es mayor el requirente que el requerido, aunque sea igual. Pero lo dicho no procede en caso que el Juez inferior imparta el brazo y auxilio del superior para executar su sentencia, pues entónces como este es mayor, puede, aunque suene ser requerido, conocer y decidir la excepcion de nulidad, y conceder al menor la restitucion contra la misma sentencia del requirente. (e)

267 En quanto al tercero poseedor supuesto como cierto é indubitado que puede oponer sus excepciones ante el Juez requerido, y este conocer de ellas, (f) para resolver si podrá ó no decidirlas, se distinguen dos casos. El primero es, quando alega que posee los bienes en que el Juez requerido trabó la execucion, y por haberse trobado en los que no pertenecen al deu-

(a) Leyes 1 Cod. de Juris & facti ignorant. 2 Cod. ad leg. Cornel. de fals. y 7 ff. de confessis. (b) Carlev. tit. 3. disp. 17 n. 14. Salg. de Reg. prot. part. 4 cap. 7 n. 30. (c) Carlev. n. 15. Rodrig. de Execut. cap. 2 n. 40. (d) Leyes 4 ff. de Accept. y 13 § 4 ff. ad Trebellian. y cap. 16 de Major. & obed. (e) Menoch. q. 38. cit. n. 19. (f) Menoch. q. 38 cit.

dor, se opone á ella; en cuyo caso no solo puede conocer de esta excepcion sino tambien determinarla sin tener precision de remitirla al requirente, porque modifica la sentencia de este y no la impugna como injusta. (*a*) Y el caso segundo es, quando la excepcion toca á la sentencia y causa principal, como si el tercero alega ser nula, ó nulo el instrumento en cuya virtud se despachó la execucion, ó que en los bienes del deudor debe ser preferido al acreedor que la pidió; y entónces puede el Juez requerido conocer de la oposicion y excepcion no para decidirla sino para instruirla y remitirla al requirente para su determinacion como Juez, á quien incumbe legítimamente conocer del concurso de acreedores, pues no se debe dividir la continencia de este. (*b*)

§. V.

De la sentencia, fianzas y remate de los bienes executados.

268 Vistos los autos por el Juez puede absolver al reo executado, ó condenarle, ó recibir el pleyto á prueba, segun lo que resulte de ellos, aunque se hubiese despachado bien la execucion. Si hay méritos para absolverle, porque probó plena y concluyentemente sus legítimas excepciones en el término de la ley, y advierte que la execucion despachada por accion personal se pidió maliciosamente, por no ser deudor, ha de revocarla, absolver en este caso solo de la paga y demanda al executado, mandar se le desembarguen y entreguen libremente los bienes que se seqüestraron, y asimismo condenar en todas las costas procesales y décima al actor como litigante temerario, pidiéndolo el reo (*c*) y no de otra suerte. Pero si la execucion se despachó mal, porque el instrumento no la traia aparejada, por qualquiera

(*a*) Covarr. Pract. cap. 16 n. 5. Carlev. lug. cit. n. penult. (*b*) Carlev. n. fin. (*c*) Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5 §. 12. Paz part. 4 cit. c. 3 nn. 41 y 42, y cap. 7 nn. 10 y sig. Rodrig. cap. 6 cit. a. 36.

motivo legal que fuese, no solo debe revocar la execucion y declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, sino tambien restituir por su impericia ó descuido los derechos que llevó con el quatro tanto, y las costas causadas á las partes, en lo que le condena justamente la ley 35 tit. 4. lib. 3. R. que no está derogada, porque ántes de expedir el mandamiento executivo debe mirar el instrumento en virtud de que se pide la execucion, y no fiarse de Escribanos ignorantes, como se expuso en el núm. 113.

269 Si el Juez conoce que por falta de término competente no probó plenamente sus excepciones el executado, ó le faltó algun adminículo para que pudiesen surtir efecto, ó resulta duda en ellas, aunque á la verdad debe condenarle segun la ley á la paga del débito baxo la fianza legal, y hecho el pago precediendo esta recibir el pleyto á prueba; se practica en estos casos por indulgencia declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y sin absolver de la demanda ni accion, ni deferir al desembargo de los bienes del reo, porque esto seria decidir á su favor sin plena ni verdadera justificacion ni conocimiento de causa, y sin haberse desvanecido el motivo que impelió á pedir y despachar la execucion; recibir el pleyto á prueba *por via de justificacion* con el término que se contempla suficiente, el qual si no tiene la qualidad de perentorio, (que el ponerla ó no está en arbitrio del Juez) se puede prorogar como comun á instancia de qualquiera de las partes hasta los 79 dias, pidiéndose prorogacion en la propia forma que en la via ordinaria; y luego que espira, se pide y da traslado recíproco de las justificaciones hechas á las partes, quienes alegan y concluyen para sentencia, y el juicio muda su naturaleza pasando de executivo á ordinario; si bien algunos dicen que se debe sentenciar la causa de remate, si hay méritos para ello, reservando al reo su derecho para que en via ordinaria use de él proponiendo como acciones las excepciones, hecho previamente el pago baxo de fianza; y esto es á lo que me inclino. Si la sentencia es favorable en parte al actor y en

parte al reo: ámbos apelan de ella en lo que les grava; y contiene capitulos separados, se deben executar los que favorecen al actor, si lo pretende; mas no, siendo conjuntos, pues entónces se ha de deferir á la apelacion de entrámbos, lo qual procede tambien en las causas ordinarias, y quando el reo no apela de la sentencia. (a) Pero es de advertir, que quando se recibe el pleyto á prueba, por no haber lugar á sentenciar la causa de remate, ó se absuelve al reo de la instancia, reservando al actor su derecho para la via ordinaria, debe este reproducir los autos executivos en todo lo favorable en el término probatorio, aun quando en la demanda los haya reproducido, para que lo justificado en ellos le sirva de prueba, y no se le alegue maliciosamente que no lo es, porque aunque á conseqüencia de la reserva deben andar unidos por dimanar la accion ordinaria ó demanda nueva de la executiva, conviene la reproduccion en dicho término para cortar todo motivo de cabilacion al executado y mal pagador.

270 Si depositando el reo dentro de las 72 horas siguientes á la notificacion de estado parte de la cantidad, y consintiendo se entregue al acreedor, opone al mismo tiempo la excepcion de tener satisfecho el resto, y la prueba en el término encargado; no hay para que sentenciar la causa de remate, porque este ha de ser de bienes cuyo valor se deba convertir en dinero, no del mismo dinero que no se vende; en cuya atencion se declarará no haber lugar á pronunciar la sentencia, mandando entregar el depósito al acreedor; y en quanto á lo demas se absolverá al reo, y no habrá condenacion de costas, si el actor protextó (como se acostumbra poner en los pedimentos de execucion) admitir en cuenta justas pagas, y no procedió de malicia; pues si pidió execucion por mas de lo que se le debia, y no hizo la protesta, debe pagar al alguacil los derechos de lo que estaba ya pagado segun la ley 8 tit. 21. lib. 4. R. y tambien la demasía con otro tanto, como lo manda la 9 siguiente.

(a) Párlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 § 12 n. 6.

271 Y si depositó despues de las 72 horas la cantidad porque se le executó, se le condenará en la décima respectiva, habiendo costumbre de exîgirla, y en las costas causadas hasta entónces y no mas, declarando no haber lugar al remate y mandando entregar el depósito al acreedor: porque la décima es pena, é incontinente que espiraron los tres dias naturales, incurrió en ella el executado, y adquirió derecho á percibirla el alguacil, al qual no se debe quitar por concedersela la ley; pues las leyes 32 tit. 4 lib. 3 y 18 tit. 21 lib. 4. R. le condenan en los derechos del mandamiento executivo y salarios del camino, aunque pague inmediatamente que se le requiere con él, y el Juez carece de facultad para remitírselos, quitándoselos á sus legítimos dueños: lo qual he visto practicar á Juez literato de esta corte, y confirmarse como justo.

272 Oponiendo el executado por accion real ó hipotecaria excepciones que impidan el curso de la via executiva, y justificándolas en el término encargado, se suele declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate y recibir el pleyto á prueba por via de justificacion: porque aunque las excepciones enervaron la execucion, y por haberlas probado debió ser condenado el executante en las costas, como quando la pide maliciosamente por accion personal, (si se despachó bien, pues sino debe serlo el Juez) al modo que el reo quando no prueba; no obstante, como en este juicio, por ser sumario, no se procede con aquel pleno conocimiento que en el ordinario, y el actor, especialmente si es heredero ó cesonario del acreedor, pudo ignorar las excepciones, no tuvo tiempo en los diez dias para probar contra ellas, y puede tal vez desvanecerlas, dándole mas término; por eso se recibe á prueba para no dexarle indefenso ni perjudicarle, y entónces muda el juicio su naturaleza pasando de executivo á ordinario, lo qual se entiende, cesante toda malicia en pedir la execucion.

273 Si el executado por accion personal no se opone á la execucion, ó aunque se oponga, sino prueba dentro de los diez dias la paga ó excepcion que alegó, debe el

Juez sentenciar la causa de remate, mandando continuarla por la cantidad principal, su décima y costas procesales causadas y que se causen hasta que el acreedor se reintegre efectivamente de todo lo que le toque, librando para ello, precedida citacion de aquellas, y por parte del executante, la dacion de fianza que la ley de Toledo ordena, si quiere tomar su dinero ántes que se executorie, el correspondiente mandamiento de pago con inclusion de lo que estas importen. (a)

274 Pero sin embargo de que se oponga á la execucion, si alega que no puede probar dentro de los diez dias la excepcion que propuso, porque los testigos de que intenta valerse, se hallan fuera del arzobispado ú obispado, se debe sentenciar la causa de remate y hacer pago al acreedor dando previamente ámbos litigantes en este caso la correspondiente fianza, aunque el reo apele, y la sentencia se executorie ántes de efectuarse el pago: porque queda pendiente el juicio, y como en el término que se le señale, puede probar su excepcion, es justo que asegure el recobro de lo satisfecho indebidamente, que tenga persona contra quien repetir, si el executante no se lo devuelve incontinente, y que no sea perjudicado, ni ilusorio el juicio. Y dada dicha fianza y hecho el pago se ha de recibir el pleyto á prueba concediéndole el Juez un mes para ello: si dice que estan de puertos allá dentro del reyno dos meses; y si que en Roma, París, Jerusalen en otro lugar de igual distancia, seis: debiéndose expresar en qualquiera de estos casos no solo donde viven los testigos sino tambien sus nombres y apellidos, y jurar que no se procede de malicia, segun lo manda la referida ley 2 tit. 21 lib. 4 R. Lo mismo procede, aunque ofrezca probar sus excepciones por otro medio, sino puede hacerlo en los diez dias, pues se debe practicar lo propio en todo, porque milita igual razon, y en ámbos casos, concluso el juicio executivo con el pago, se sigue luego el ordinario.

(a) Dich. ley 19 tit. 21. Rodrig. de Execut. cap. 6 n. 36. Parlad. part. 5 cit §§ 12 y sig.

275 Estan muchos persuadidos de que en qualquier execucion ha de preceder solamente la fianza de la ley de Toledo, y ni aun distinguen en qué casos, cómo, ni por quién se ha de dar, lo qual no extraño, porque los AA. no lo explicaron como debieron; y á fin de que depongan este error, debo sentar como incontrovertible que para executar la sentencia de remate dada en primera instancia ha de darse previa é indispensablemente una de dos fianzas, á saber; la de la ley de Toledo que es la 2 citada, ó la de las de Madrid: la de la de Toledo en dos casos: en el uno ha de darla el acreedor solo, y en el otro este y el deudor juntamente. Si la execucion se despachó en virtud de escritura de préstamo, fianza, depósito, censo, arrendamiento, ú otra que no sea de transaccion, ó en virtud de confesion de la parte, ó de executoria, ó de sentencia que no sea arbitraria ni confirmatoria de pareceres conformes de contadores, y el reo no se opuso, ó aunque se haya opuesto, no probó dentro de los diez dias excepcion legítima que impida el curso de la via executiva, ha de darla el actor solo, y su fiador ha de obligarse: "A que si la sentencia se revocare ó modificare por tribunal superior, volverá el acreedor al deudor la cantidad que perciba en su virtud con el duplo por pena y como interes conforme á la ley de Toledo; y no lo cumpliendo y hecha la execucion en sus bienes lo cumplirá él como su fiador, &c." (1) pues aunque la expresada ley no habla del caso de revocacion, como no hay otro á que contraerla, ni en que tenga lugar, quando el reo no se opuso, ó habiéndose opuesto, no aprobó ni alegó lo que se dirá en el número siguiente, y la fianza es necesaria en todo even-

(1) Segun Acevedo (ley 1 tit. 21 lib. 4 R.) es tan substancial esta fianza que aunque el acreedor sea pobre, no bastará que en su lugar dé caucion, porque con ella no se cumple lo dispuesto en la ley de Toledo. Y Salgado (Labyr. credit. part. 1. cap. fin. n. 149) y Surdo (decis. 141 n. 13) son de parecer que no dandose la fianza se deposite el dinero, ó embargue alguna cosa, que es equivalente, ya que no se puede dar aquella: cuya opinion es la mas favorable, asi para el acreedor como para el deudor, y la mas seguida por los AA. Rodrig. de execut. c. 6. n. 43.

to para poder executar la sentencia que no está executoriada ni pasada en autoridad de cosa juzgada, por lo que puede revocarse; todos los AA. la aplican á dicho caso, y así está recibido en la práctica.

276 Si se opone y quiere probar por testigos, diciendo que estos se hallan en los parages mencionados en el núm. 274, como quiera que debe ser condenado á pagar incontinente, y reservársele su derecho, para que use de él, segun le convenga, han de dar fianza simple así el acreedor como el deudor, obligándose el fiador del primero, "á que si el deudor probare la paga ó excepcion que alega, con los testigos que propone, le volverá el mismo acreedor lo que satisfaciere, con el doblo por pena y por razon de interés, ó en su defecto lo hará él como su fiador, &c" y el del deudor, á que si este no la probare en el término que se le conceda, pagará en pena otro tanto como lo que pagó; (*a*) y en la sentencia se debe mandar á entrámbos que la den, pues porque el actor y reo son correlativos, deben sufrir el gravámen con igualdad; (*b*) bien que la pena del duplo en ningun caso se exíge.

277 Si la execucion se despachó en virtud de sentencia arbitraria, solo el que la pidió debe dar fianza, y esta no ha de ser la de la ley de Toledo, como algunos creen, sino la que prescribe la de Madrid, que es la 4 tit. 21 lib. 4 R. y dice al medio: "Por ende queriendo en ello proveer, y proveyendo, mandamos que luego que la tal sentencia arbitraria fuere dada, de que la parte pidiere execucion, se execute libremente, paresciendo, y presentandose el compromiso y sentencia signada de Escribano público, y paresciendo que fue dada dentro del término del compromiso, y sobre las cosas que fué comprometido; y que la parte sea satisfecha de aquello sobre que fue sentenciado en su favor, haciendo obligacion, y dando fianzas llanas y abonadas ante el Juez, ó Jueces ante quien se pidiere, ó oviere

(*a*) Paz tom. 1 part. 4 cap. 7. n. 16. (*b*) Ley 15 tit. 17 P. 3. Carlev. tit. 2 disp. 8 n. 17. Rodrig. de Execut. cap. 6. num. 42, 43 y 44.

de executar la sentencia, de tornar, y restituir lo que hubiere rescibido en virtud de la tal sentencia, con los frutos y rentas, segun que fuere condenado, si la tal sentencia fuere revocada." Lo mismo procede, quando la execucion se despacha en virtud de transaccion, como lo ordena dicha ley al fin. "Y eso mismo mandamos que se haga, y se execute en las transacciones que fueren hechas entre partes por ante Escribano público." Por tanto, el fiador se ha de obligar; "A que si la sentencia de remate se revocare por el tribunal superior, volverá el acreedor al deudor no solo la cantidad porque se despachó la execucion, sino tambien los frutos y rentas que hubiere percibido, ó en su defecto lo cumplirá él como su fiador, &c." Así lo he visto declarado por el Consejo, revocando la sentencia de un Juez comisionado que sin hacerse cargo de la diferencia de casos, mandó constituir la fianza de la ley de Toledo, y no quiso reponer esta providencia; y se corrobora por la ley 19 del propio t. y lib. creada posteriormente por el Sr. D. Felipe II que teniendo presentes las anteriores citadas y la diversidad de fianzas que mandan constituir, dice al fin: "Y no haciendo la dicha oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el Juez hacer remate y pago á la parte dando las fianzas la parte que pide la execucion, que la ley de Toledo y las otras leyes de estos reynos disponen, y haga remate y pago sin embargo de qualquiera apelacion." La misma fianza debe dar el acreedor, quando el deudor apeló de la sentencia confirmatoria de pareceres conformes de los Contadores nombrados por las partes, ó de oficio por la Justicia en rebeldía de la una, pues así lo manda la ley 24 del citado tit. y lib. y el auto primero de él. Dichas fianzas se explicaron y extendieron en la I. P. cap. 19 nn. 16, &c. y 19, y 42 y 43, y se deben especificar en las sentencias para evitar dudas y recursos, pues como es infinito el número de los que quieren saber sin tener el trabajo de estudiar, creen que en toda execucion se debe dar solamente la fianza de la ley de Toledo, y ni aun discernen los casos de ella.

78 Son tan precisas las expresadas fianzas para po-

ner en execucion la sentencia de remate dada en primera instancia, que sin que precedan, aunque el acreedor sea rico, y el executado no las pida, ni se oponga, ni apele, no se puede llevar á debido efecto, porque segun las leyes se requieren por forma substancial, (*a*) quando el executante quiere tomar su dinero ántes que se executorie la sentencia, por lo que el Juez debe mandarlas dar de oficio, siendo de lo contrario de su cuenta el riesgo que resulte. Y dándolas el executante se ha de executar sin embargo de qualquiera apelacion que interponga de ella el executado, (*b*) porque esta no causa efecto suspensivo de la jurisdiccion del Juez que la pronunció, sino devolutivo á su superior, excépto en esta corte, en la qual como reside la superioridad, si el deudor requiere con el decreto de mejora á los Ministros executores y Escribano originario, se suspende la execucion hasta que se confirma ó revoca la sentencia; y si no requiere, se prosiguen las diligencias del pago en virtud de la fianza. Tambien se debe dar de restituir la cantidad principal con frutos en los casos de segunda suplicacion de la Real persona para executar dos sentencias conformes, y la tal fianza debe ser á satisfaccion de los Jueces de quienes se suplicare, como lo manda la ley 15 tit. 20 lib. 4 R.

279 Pero en dos casos creo no debe afianzar el executante, ni tampoco constituir por sí obligacion de restituir lo que perciba. El uno es, quando hace que se notifique la sentencia de remate al executado, y por no haber apelado este de ella pide aquel, pasado el término de introducir la apelacion, que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y se declara ántes que perciba su crédito. El otro es, quando no propuso ni alegó el executado lo dicho en el núm. 275, y apeló de la sentencia, la que se confirmó en vista y revista, ó si se confirmó en vista, y suplicó de ella, no se le admitió la su-

(*a*) Salg. de Reg. prot. part. 2 c. 1 nn. 113 y 181, y part. 3. cap. 3. nn. 6 y 7. Parlad. part. 5 cit. § 14. n. 1, 2, 3 y 4. Covar. Pract. cap. 25 al fin. (*b*) Ley 3 tit. 21 lib. 4 R.

plica, por lo que se mandó llevar á debido efecto, que es lo mismo que confirmarla. En estos dos casos no tiene lugar ninguna fianza ni obligacion, porque el juicio sobre el pago se concluyó enteramente, sin que haya de haber otro que le revoque, y aunque por haber hallado el executado nuevos instrumentos demande el executante, ha de ser en via ordinaria, la qual no se debe principiar por embargo, fianza, ni intervencion sino en los seis casos de la ley expresados en el cap. 1 de este libro n. 101; y lo mismo procede, si intenta el recurso de injusticia notoria ó otro extraordinario, aun quando obtenga en ellos, pues no se debe extender la ley fuera de los ordinarios de que habla. Y es de advertir que si el fiador se obliga limitadamente á volver el dinero solo en el caso de que la sentencia se revoque por tal Juez ó en tal instancia nombrándola, no quedará obligado revocándose en otra instancia ó por Juez diverso del que señaló. (*a*) Tambien es de advertir que si habiéndose en concurso de acreedores mandado hacer y hecho pago baxo de dicha fianza al que pidió primero la execucion, se apelase de la sentencia de remate, y en la segunda instancia se revocase y confirmase con la calidad de que fuese pagado en primer lugar, no el que ya lo estaba, sino otro, alterándose la sentencia en la graduacion y pagas; no estará obligado tampoco el fiador dado por el primer executante á satisfacer cosa alguna, aunque este haya consumido el dinero que percibió, porque segun la ley su obligacion se circunscribió al caso en que el executado probase la paga ó excepcion alegada, y por esta probanza se revocará la sentencia de remate, y no se amplió al presente que es muy distinta de el de la ley, y de aquel en que quiso quedar obligado. (*b*)

280 Lo dicho en el núm. 278. se limita en dos casos: el primero, quando un tercero apela legítimamente de la sentencia, pues no se debe executar en quan-

(*a*) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 § 14 n. 13. (*b*) Villadieg. Polit. cap. 2 de la Instruccion § Sentencia n. 118 vers. Y en caso que y porque.

to á el, hasta que se confirme; y el segundo, quando aquella es evidentemente injusta, y consta así de los mismos autos, (1) porque no constando de ellos no debe ser oido el apelante, aunque quiera probarla ántes de pagar, sino hacer el pago y usar luego de su derecho. (*a*)

281 Se debe executar igualmente la sentencia de remate, aunque se alegue nulidad de ella, precediendo las citadas fianzas; (*b*) á ménos que provenga de falta de jurisdiccion, citacion ú otra notoria que resulte de los mismos autos, porque estas nulidades como substanciales, claras y visibles no se comprehenden en la exclusion general. (*c*)

(1) Yo opino que esto, y lo que se dice en el n. sig. acerca de la nulidad notoria que resulta de los mismos autos, es contra lo dispuesto en la ley 3 abaxo citada, y que por lo tanto no se debe seguir á pesar de la autoridad de muchos graves Jurisconsultos. „I pasados los dichos diez dias (son palabras de la ley) sino probaren en ellos la dicha excepcion, que el remate se haga, como la dicha ley lo dispone, sin embargo de qualquiera apelacion, que de ello se interpusiere, dando el acreedor las fianzas como la dicha lei manda, i sin embargo que la tal apelacion se interponga para ante Nos, ó para ante los Oidores de las nuestras Audiencias, ó para ante otros qualesquier Jueces, ó de qualquier nulidad, que contra la dicha execucion, y remate se alegue„ La ley dice *sin embargo de qualquiera apelacion, ó de qualquiera nulidad*, y así no puede embarazar la execucion de la sentencia de remate ninguna apelacion, aunque sea notoriamente injusta, ni ninguna nulidad aun notoria: mayormente quando por otra parte el Juez (sino procede con malicia) no creerá que su sentencia padece ninguno de dichos vicios y pasará á executarla. Ademas debe tenerse en consideracion que la ley 3 „por excusar malicias de los deudores, que alegan contra los acreedores excepciones, y razones no verdaderas, por alongar las pagas, por no pagar lo que verdaderamente deben„ segun principia la ley 2 anterior a que se remite, quiso sin duda que no impidiese la execucion de la sentencia ninguna apelacion ni nulidad para ocurrir ó frustar las cabilosidades de los deudores, quienes por retardar, ó no hacer los pagos, no dexarian de pretextar la injusticia ó nulidad notoria, si estas impidiesen dicha execucion. Si los AA. hubiesen reflexionado sobre los motivos de las leyes, no habrian seguido innumerables veces sus caprichos en vez de seguir las leyes mismas.

(*a*) Rodrig. cap. 6 cit. n. 52. Gutier. lib. 1. Pract. q. 119. (*b*) Dich. ley 3 tit. 21 lib. 4 y en ella Acev. n 7. (*c*) Gutier. lib. 1 Pract. q. 96 nn. 5. y sig. Covar. Pract. cap. 15 n. 5 y cap. 23. n. 6. Salg. de Reg. prot. part. 3 cap. 9.

282 No produce excepcion de cosa juzgada para el juicio ordinario la sentencia dada en el executivo y en otros sumarios, y así aunque el executado no apele de ella, le queda siempre salvo é ileso su derecho para usar de él en la via ordinaria, segun le convenga, (*a*) lo qual es incontrovertible en la práctica, por lo que los Jueces le reservan muchas veces á las partes en la sentencia de remate, ó declaran no haber lugar á esta y reciben el pleyto á prueba.

283 Dada alguna de las fianzas referidas y tasadas las costas procesales con arreglo al Real arancel se requiere al deudor con el mandamiento de pago, para que lo haga al acreedor así de estas como de la cantidad porque se le executó, y no entregando su total importe se requiere y apremia al depositario á que manifieste los bienes depositados en él, á cuya venta se debe proceder á instancia del acreedor, precedida su valuacion por peritos que este y el mismo deudor, ó el Juez de oficio en rebeldía del contumaz eligen; y hecha la tasacion con citacion de ámbos, baxo de juramento se debe dar quarto pregon mencionando en él los bienes y sus precios, y apercibiendo el remate en el mejor postor ó comprador. (*b*) Ademas, no habiendo pregonero, y aunque le haya, se han de fixar cédulas en los sitios públicos, señalando en ellas el dia y hora en que se han de rematar, y extendiendo en los autos la cédula ó cédulas originales, de que deben ser copias las que se fixen, y á su continuacion en diligencia separada, la fé de fixacion con expresion del dia y parage. Si el deudor se ausenta se nombra defensor, con quien precedida su obligacion, fianza y descernimiento, se substancia la venta y remate de los bienes executados. De esto se instruirá mejor el principiante por las diligencias extendidas en el § final de este capítulo.

284 Se debe celebrar el remate y adjudicacion en

(*a*) Rodrig. c. 6 cit. n. 27. Parlad. part. 5 cit. § 11 n. 52 y § 12 nn. 4 y 5. (*b*) Rodrig. lug. cit. n. 37. Covar. lib. 1. Var. cap. 13 n. 5 vers. Nona conclusio, y aquí Faria nn. 35, 36 y 37.

el lugar del juicio, y en la forma acostumbrada en él, como tambien si es posible, en el parage en que se hallan los bienes, para que viéndolos los concurrentes se inclinen á comprarlos, y de lo contrario es nulo. (a) Se han de admitir todas las pujas ó mejoras que se hagan, y poner por escrito quiénes son los compradores, y quales las cosas compradas, con el dia, mes y año de su venta, (b) expresando que fueron los que mas dieron por ellas; y siendo la venta ó almoneda de bienes muebles y semovientes, se ha de depositar diariamente su producto en la persona que destine el Juez, extendiéndose cada dia la diligencia de los que se vendan, y haciendo que la firme el depositario. Y es de notar que el Juez no puede ofrecer *prometido*, para que suban las posturas, porque ninguna ley le concede esta facultad, como se permite á otros que expresa Parladario (c) y son: los Contadores mayores de la Real hacienda, el que vende sus bienes, los herederos que venden los de su causante para pagar sus deudas, los Rectores de las ciudades, los que tienen la libre y general administracion de algunos bienes, y los venden, los tutores y curadores, si proceden de buena fé, y los testamentarios y cumplidores de la voluntad del difunto; pero bien puede el Juez reiterar la subasta, conceder nuevo término, prorogar mas no disminuir el señalado, y no aprobar el remate por dolo, fraude ú otra causa justa que haya para ello. (d)

285. En las posturas y pujas ó mejoras se debe proceder con una absoluta libertad, pues si se comete fraude, ó impide hacer las pujas, compete por este hecho accion de dolo al deudor contra los perpetradores, porque cede en detrimento suyo; (e) y para evitar que se alegue lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio: no se ha de admitir la primera postura sino

(a) Ley 32 tit. 26. Part. 2 y su glos. Paz part. 4 cap. 3 n. 43 y cap. 7 n. 31. (b) Leyes 33 y fin. tit. 26 P. 2. Parlad. lug. cit. § 13 n. 9. Rodrig. n. 37 cit. (c) Lib. 2 cap. fin. § 13 nn. 3, &c. y 8. (d) Hermos. tom. 2 tit. 5 glos. 1 in leg. 53 n. 14. Gutier. de Gabell. q. 152 y 156. (e) Parlad. § 13 cit. n. 2.

excede de las dos terceras partes de la tasa, como se observa en esta corte en la venta judicial de bienes raices y aun de algunos muebles. Dicha postura se debe comunicar al deudor y acreedores, y las pujas á estos, á aquel y á los anteriores postores, para que les conste, y expongan lo que les convenga, ó usen de la accion que les competa, siendo de advertir en primer lugar que si el postor y pujador no son abonados, no se les debe admitir, excepto que otro los abone, para que si se remata en ellos la cosa, haya contra quien repetir para el cumplimiento de la postura; y en segundo lugar, que esta y las pujas se han de hacer á pagar en dinero efectivo, y no en otra cosa ni condicionalmente, porque es para reintegrar á los acreedores de sus créditos; y no haciéndose así son nulas y no admisibles, sino es que estos las consientan, ó que haya costumbre de practicarse de esta suerte, ó que el executante compre como extraño la cosa ó finca con pacto de compensar su débito con el precio ó parte de este y depositar el residuo, pues en estos casos valdrá. (a)

286 Segun derecho (b) se debe celebrar el remate judicial en el mayor postor; pero si otro hace postura aunque en menor precio con mejor condicion ó mayor utilidad se ha de efectuar en este. (c) Si hay dos totalmente iguales, en el primero, y si se admite la postura del segundo y no de otra suerte, queda libre el otro de la suya, (d) excepto en rentas Reales, en que admítase ó no, subsisten todos gradual y subsidiariamente obligados por su postura y por falta de pago de los unos se puede repetir contra los otros. (e)

287 Si despues de rematados en un extraño los bienes patrimoniales executados intentare retraerlos ó tantearlos dentro del término legal algun pariente del deudor, debe ser preferido en iguales términos, con tal que

(a) Hermos. ley 52 cit. glos. 7 nn. 5, &c. y 9. (b) Ley 52 cit. Partid. 5 tit. 8. 9. (d) Partid. dicha tit. 7 nn. 7 y 9. Hermos. dich. tit. 52 glos. 8. nn. 31, 32 y 33. (e) Leyes 7, &c. y 16 tit. 11, y leyes 8, 9, 10 y 11 tit. 12 lib. 9. R.

practique precisamente lo expresado en el §. 5. cap. 9. P. I. pero el acreedor lo será al pariente haciendo lo que este segun una ley del derecho romano, (a) mayormente si hubo pacto y consentimiento expreso del dueño, y el acreedor tiene hipoteca en ellos como el censualista; (b) bien que Parladario dice (c) que aquella ley se debe entender en los bienes que no son patrimoniales, porque en los que lo son, es preferido el pariente al acreedor segun la 70 de Toro; mas ni esta ni otra alguna de Toro de las que tratan del retracto, hablan de este caso, por cuyo silencio es visto haber dexado correr lo dispuesto en la legislacion romana, pues el acreedor tiene derecho á la cosa por su desembolso y el pariente por la mera concesion legal, y así el primero debe preferirse al segundo. (1) Y se previene que en el arrendamiento de rentas Reales son preferidos los naturales de estos reynos á los extrangeros. (d).

288 Celebrado el remate de los bienes executados con la justificacion y solemnidad legal, y aceptado por el postor, segun debe practicarse, no se puede abrir, ni por consiguiente admitir puja, pues queda tan firme é indisoluble, como si el mismo dueño de la cosa rematada le efectúa en contrato, porque el Juez hace sus veces, y la ley le autoriza para ello y para otorgar en su nombre la venta; (e) en cuya atencion puede ser compelido el postor por prision, via executiva y todo rigor de derecho á cumplir la postura que hizo, y la obligacion que contraxo, (f) y aprontar el precio líqui-

(a) La Cum bona veneunt 16 ff. de privileg. credit. ó de rebus authòr. judic. possidendis. (b) Parlad. dich. § 13 n. 10. Hermos. lug. cit. n. 16 al fin. Rodrig. cap. 6 y n. 37 cit. (c) Differ. 109 § n. 2.

(1) Como la ley 70 de Toro permite al pariente mas propinquo retraer por el tanto la cosa patrimonial vendida en pública subasta aunque sin hacer mencion del acreedor, y no tenemos ninguna ley Real que prefiera este al pariente, carecemos de fundamento para admitir tal preferencia. Nada puede obstar que la hubiese admitido una ley del derecho civil que no es ley entre nosotros. Tampoco puede obstar la otra razon que da Febrero y que no merece confutacion.

(d) Ley 11 tit. 10 lib. 9. R. (e) Ley 52 tit. 5 P. 5. (f) Ley 2 tit. 16 lib. 5. R. Salg. Labyr. part. 3. cap. 2. n. 151.

do en dinero, y no en censo, réditos, ni otra cosa, porque es para la satisfaccion de acreedores (a) (1).

289 En rentas Reales se debe admitir la puja del diezmo ó medio diezmo y no ménos, haciéndose precisamente dentro de los 15 dias siguientes al del remate, y la del quarto de todo el valor en que está puesta la renta sin descontar prometidos, dentro de los tres meses próximos al segundo remate: (b) de cuyo privilegio nadie mas goza, aunque sea menor de 25 años, ó le competa el beneficio de menor edad; bien que en las rentas de los Señores (que son los Grandes) si se arriendan con la condicion de las Reales, se puede abrir y no de otra suerte. (c)

290 Sin embargo de no concederse el privilegio de abrir el remate á los que gozan de él de menor edad, les compete el de restitucion por derecho especial, de modo que pidiéndola los menores dentro de los quatro años siguientes á los 25 de su edad, y habiendo causa grave, y no de otra suerte, como si les es tan útil la mejora que llegue á la sexta parte del valor en que se remató la cosa, ó hubo lesion, dolo, ó malicia en el remate, ó se hizo intempestivamente, se ha de admitir una vez y no mas á arbitrio del Juez, como tambien en favor del fisco, communidades y demas cuerpos privilegiados, si la pretenden dentro de otros quatro, contados desde el dia en que el remate se celebró, excepto que la lesion sea enorme ó enormísima, pues entónces tienen estos treinta de término (d). Y la restitucion por los motivos de dolo, lesion, malicia, ó falta de solem-

(a) Parlad. lug. cit. n. 22.

(1) A favor del postor debe tenerse presente la pragmática de 27 de mayo de 1786 que previene solo puedan ser presos por deudas del fisco, ó dimanada de delito ó quasi delito *los operarios de todas las fábricas de estos reynos, y los que profesen las artes y oficios, qualesquiera que sean.*

(b) El tit. 13 lib. 9. R. (c) Avendañ. 2 part. cap. 12 Pretor. n. 11 Salgad. Labyr. part. 2 cap. 2 n. 5. Parlad. §. 13 cit. n. 17. (d) Leyes 5, 8, 9 y 10 tit. 19. P. 6. Covar. lib. 1. Var. cap. 3 n. 11 y allí Faria n. 54 Gutier. lib. 1. Pract. q. 38.

nidad en el remate ha de ser con frutos, porque fué nulo y no dió título para adquirirlos.

291 No solo está concedido el privilegio de restitucion á los menores de 25 años y demas que gozan del beneficio de menor edad, sino tambien á los ausentes en romería, al ocupado en servicio del Rey ó de la república, ó en estudios, aunque sean mayores, y al cautivo con tal que la pidan durante la ausencia ó impedimento, ó dentro de los quatro años siguientes al dia en que este cesó, y justifiquen la lesion, dolo ó malicia, y no de otra suerte. (*a*)

292 La puja que por via de restitucion se admita despues del remate, se debe hacer saber al sugeto en cuyo favor se habia celebrado, por si quiere los bienes rematados, pues es preferido por el tanto al pujador; y si no los quisiere, se han de volver á la almoneda y rematarse en el mayor postor; (*b*) pero ya los tome, ya se haga segundo remate en el pujador, no se ha de admitir otra, aunque se intente nuevamente por via de restitucion, porque esta no se concede mas que una vez; bien que esto se ha hecho arbitrario en los Jueces, pues aunque el deudor sea mayor y no haya lesion, admiten pujas, si ven que de ellas le resulta utilidad, ó á los acreedores, ó hay otra causa justa, fundándose en que no está perfecto el contrato, por no haberse entregado la cosa ni su precio, ni tampoco causarse perjuicio al postor. (*c*)

293 Esté presente ó no el postor, quando se celebra el remate, pues de ámbos modos se puede celebrar, debe aceptarle y obligarse á su cumplimiento. Despues de aceptado se ha de conferir traslado de él al deudor y acreedores, y si nada dicen dentro de tercero dia, les ha de acusar la rebeldía el mismo postor, pidiendo se apruebe y manden liquidar las cargas de la cosa vendida

(*a*) Leyes 47 tit. 13 P. 5, y 8 y 9 tit. 19 P. 6. (*b*) Ley 40 tit. 5 P. 5. Greg. Lop. en la 5 tit. 19 P. 6 glos. 3 cerca del fin. Gutier. lib. 2 Pract. q. 38 n. 6. (*c*) Véase el Señor Salgado Labyr. crédit. part. 2 cap. 2 n. 33.

do en dinero, y no en censo, réditos, ni otra cosa, porque es para la satisfaccion de acreedores (a) (1).

289 En rentas Reales se debe admitir la puja del diezmo ó medio diezmo y no ménos, haciéndose precisamente dentro de los 15 dias siguientes al del remate, y la del quarto de todo el valor en que está puesta la renta sin descontar prometidos, dentro de los tres meses próximos al segundo remate: (b) de cuyo privilegio nadie mas goza, aunque sea menor de 25 años, ó le competa el beneficio de menor edad; bien que en las rentas de los Señores (que son los Grandes) si se arriendan con la condicion de las Reales, se puede abrir y no de otra suerte. (c)

290 Sin embargo de no concederse el privilegio de abrir el remate á los que gozan de él de menor edad, les compete el de restitucion por derecho especial, de modo que pidiéndola los ménores dentro de los quatro años siguientes á los 25 de su edad, y habiendo causa grave, y no de otra suerte, como si les está útil la mejora que llegue á la sexta parte del valor en que se remató la cosa, ó hubo lesion, dolo, ó malicia en el remate, ó se hizo intempestivamente, se ha de admitir una vez y no mas á arbitrio del Juez, como tambien en favor del fisco, comunidades y demas cuerpos privilegiados, si la pretenden dentro de otros quatro, contados desde el dia en que el remate se celebró, excepto que la lesion sea enorme ó enormísima, pues entónces tienen estos treinta de término (d). Y la restitucion por los motivos de dolo, lesion, malicia, ó falta de solem-

(a) Parlad. lug. cit. n. 22.

(1) A favor del postor debe tenerse presente la pragmática de 27 de mayo de 1786 que previene solo puedan ser presos por deudas del fisco, ó demanda de delito ó quasi delito los operarios de todas las fábricas de estos reynos, y los que profesen las artes y oficios, quales quiera que sean.

(b) El tit. 13 lib. 9. R. (c) Avendañ. 2 part. cap. 12 Pretor. n. 11 Salgad. Labyr. part. 2 cap. 2 n. 5. Parlad. §. 13 cit. n. 17. (d) Leyes 5, 8, 9 y 10 tit. 19. P. 6. Covarr. lib. 1. Var. cap. 3 n. 11 y allí Faria n. 54 Gutier. lib. 1. Pract. q. 38.

nidad en el remate ha de ser con frutos, porque fué nulo y no dió título para adquirirlos.

291 No solo está concedido el privilegio de restitucion á los menores de 25 años y demas que gozan del beneficio de menor edad, sino tambien á los ausentes en romería, al ocupado en servicio del Rey ó de la república, ó en estudios, aunque sean mayores, y al cautivo con tal que la pidan durante la ausencia ó impedimento, ó dentro de los quatro años siguientes al dia en que este cesó, y justifiquen la lesion, dolo ó malicia, y no de otra suerte. (a)

292 La puja que por via de restitucion se admita despues del remate, se debe hacer saber al sugeto en cuyo favor se habia celebrado, por si quiere los bienes rematados, pues es preferido por el tanto al pujador; y si no los quisiere, se han de volver á la almoneda y rematarse en el mayor postor; (b) pero ya los tome, ya se haga segundo remate en el pujador, no se ha de admitir otra, aunque se intente nuevamente por via de restitucion, porque esta no se concede mas que una vez; bien que esto se ha hecho arbitrario en los Jueces, pues aunque el deudor sea mayor y no haya lesion, admiten pujas, si ven que de ellas le resulta utilidad, ó á los acreedores, ó hay otra causa justa, fundándose en que no está perfecto el contrato, por no haberse entregado la cosa ni su precio, ni tampoco causarse perjuicio al postor. (c)

293 Esté presente ó no el postor, quando se celebra el remate, pues de ámbos modos se puede celebrar, debe aceptarle y obligarse á su cumplimiento. Despues de aceptado se ha de conferir traslado de él al deudor y acreedores, y si nada dicen dentro de tercero dia, les ha de acusar la rebeldía el mismo postor, pidiendo se apruebe y manden liquidar las cargas de la cosa vendida

(a) Leyes 47 tit. 13 P. 5, y 8 y 9 tit. 19 P. 6. (b) Ley 40 tit. 5 P. 5. Greg. Lop. en la 5 tit. 19 P. 6 glos. 3 cerca del fin. Gutier. lib. 2 Pract. q. 38 n. 6. (c) Véase el Señor Salgado Labyr. credit. part. 2 cap. 2 n. 33.

do en dinero, y no en censo, réditos, ni otra cosa, porque es para la satisfaccion de acreedores (a) (1).

289 En rentas Reales se debe admitir la puja del diezmo ó medio diezmo y no ménos, haciéndose precisamente dentro de los 15 dias siguientes al del remate, y la del quarto de todo el valor en que está puesta la renta sin descontar prometidos, dentro de los tres meses próximos al segundo remate: (b) de cuyo privilegio nadie mas goza, aunque sea menor de 25 años, ó le compete el beneficio de menor edad; bien que en las rentas de los Señores (que son los Grandes) si se arriendan con la condicion de las Reales, se puede abrir y no de otra suerte. (c)

290 Sin embargo de no concederse el privilegio de abrir el remate á los que gozan de él de menor edad, les compete el de restitucion por derecho especial, de modo que pidiéndola los menores dentro de los quatro años siguientes á los 25 de su edad, y habiendo causa grave, y no de otra suerte, como si les está útil la mejora que llegue á la sexta parte del valor en que se remató la cosa, ó hubo lesion, dolo, ó malicia en el remate, ó se hizo intempestivamente, se ha de admitir una vez y no mas á arbitrio del Juez, como tambien en favor del fisco, comunidades y demas cuerpos privilegiados, si la pretenden dentro de otros quatro, contados desde el dia en que el remate se celebró, excepto que la lesion sea enorme ó enormísima, pues entónces tienen estos treinta de término (d). Y la restitucion por los motivos de dolo, lesion, malicia, ó falta de solem-

(a) Parlad. lug. cit. n. 20.

(1) A favor del postor debe tenerse presente la pragmática de 17 de mayo de 1786. que previene solo puedan ser presos por deudas del fisco, ó dimanada de delito ó quasi delito *los pervertidos de todas las villas de estos reynos, y los que profesen las artes y oficios, quales quiera que sean.*

(b) El tit. 13. lib. 9. R. (c) Avendañ. 2 part. cap. 12 Pretor. n. 11 Salgad. Labyr. part. 2 cap. 2 n. 5. Parlad. §. 13 cit. n. 17. Leyes 5, 8, 9 y 10 tit. 19. P. 6. Covar. lib. 1. Var. cap. 3 n. 11 y allí Faria n. 54 Gutier. lib. 1. Pract. q. 38.

nidad en el remate ha de ser con frutos, porque fué nulo y no dió título para adquirirlos.

291 No solo está concedido el privilegio de restitucion á los menores de 25 años y demas que gozan del beneficio de menor edad, sino tambien á los ausentes en romería, al ocupado en servicio del Rey ó de la república, ó en estudios, aunque sean mayores, y al cautivo con tal que la pidan durante la ausencia ó impedimento, ó dentro de los quatro años siguientes al dia en que este cesó, y justifiquen la lesion, dolo ó malicia, y no de otra suerte. (a)

292 La puja que por via de restitucion se admita despues del remate, se debe hacer saber al sugeto en cuyo favor se habia celebrado, por si quiere los bienes rematados, pues es preferido por el tanto al pujador; y si no los quisiere, se han de volver á la almoneda y rematarse en el mayor postor; (b) pero ya los tome, ya se haga segundo remate en el pujador, no se ha de admitir otra, aunque se intente nuevamente por via de restitucion, porque esta no se concede mas que una vez; bien que esto se ha hecho arbitrario en los Jueces, pues aunque el deudor sea mayor y no haya lesion, admiten pujas, si ven que de ellas le resulta utilidad, ó á los acreedores, ó hay otra causa justa, fundándose en que no está perfecto el contrato, por no haberse entregado la cosa ni su precio, ni tampoco causarse perjuicio al postor. (c)

293 Esté presente ó no el postor, quando se celebra el remate, pues de ámbos modos se puede celebrar, debe aceptarle y obligarse á su cumplimiento. Despues de aceptado se ha de conferir traslado de él al deudor y acreedores, y si nada dicen dentro de tercero dia, les ha de acusar la rebeldía el mismo postor, pidiendo se apruebe y manden liquidar las cargas de la cosa vendida

(a) Leyes 47 tit. 13 P. 5, y 8 y 9 tit. 19 P. 6. (b) Ley 40 tit. 5 P. 5. Greg. Lop. en la 5 tit. 19 P. 6 glos. 3 cerca del fin. Gutier. lib. 2 Pract. q. 38 n. 6. (c) Véase el Señor Salgado Labyr. credit. part. 2 cap. 2 n. 33.

para depositar en su vista lo líquido, y que á este fin se notifique y apremie al deudor á que incontinente ponga en el oficio originario los títulos de ella: á todo lo qual debe deferir el Juez. Pero en esta corte se estila mandar que ántes de proceder á la liquidacion de cargas se dé cuenta del remate á los Señores del Consejo, quienes, ó lo aprueban ó mandan que la cosa rematada se vuelva á pregonar por 8 ó 15 dias mas, que se admitan las mejoras que se hagan, y habiéndolas se vuelva á señalar dia para el último remate, del que se les vuelva á dar cuenta para su confirmacion; y por si no los hay, suelen confirmar el primero en este caso. Hecha la liquidacion y aprobada con audiencia del deudor, acreedores y postor, pues se les ha de hacer saber, deposita este el precio líquido, pide posesion de lo que compró, la que se le manda dar, y luego procede el Juez á otorgar á su favor en nombre del deudor venta judicial, y se le entregan sus títulos con copia de la venta: de cuyas diligencias se instruirá el Escribano en el § final de este capítulo.

294 Con el precio de la cosa vendida se ha de hacer pago al acreedor de su crédito y de las costas de la execucion, pregones, remate, venta y demas, excepto que el comprador en su postura se hubiese obligado á la satisfaccion de los derechos; y no alcanzando el precio para todo esto ha de dirigirse el mandamiento de pago no solo contra los demas bienes que tenga, sino tambien contra los del fiador de saneamiento y su persona, pues puede ser encarcelado, y en defecto de ellos compelido á cumplir lo que prometió; (a) bien que no se debe molestar á este hasta que se haya hecho la excusion en los de aquel, al qual se embargan y venden con igual solemnidad los necesarios al complemento de todo.

295 El comprador de la cosa subastada está tan libre de que le pueda molestar el deudor, como si este otorgara voluntariamente la venta á su favor, si no es

(a) Ley 5 tit. 27 P. 3. Rodrig. cap. 6 cit. n. 38 Parlad. § 13 cit. n. 12. Paz Prax. tom. 1. part. 4 cap. 7 n. 15.

que haya en ella lesion enorme ó enormísima, pues si hace ver que la hay, puede impetrar del Juez que la recinda, volviéndose á pregonar la cosa, entregándola al que mas dé, si el comprador no la quiere por el tanto, y restituyendo á este el precio que desembolsó por ella, aun quando la primera subasta esté confirmada por el superior. Lo mismo puede pretender qualquiera acreedor, si de otra suerte no se reintegra de su crédito, ó el postor no quiere pagar el precio ofrecido; y aun lo puede hacer tambien el acreedor posterior contra la adjudicacion de ella hecha al anterior en caso de haber lesion. (a)

296 Tampoco pueden molestar al comprador los acreedores que comparecieron en el concurso, y á cuya instancia se vendió en pública subasta la cosa, aun quando su precio no alcance á la satisfaccion de sus créditos, porque con su consentimiento en que se enagenase, perdieron todo el derecho que tenian, transfiriéndole en el comprador. Asimismo no pueden molestarle los que fueron citados en su personas, y no comparecieron, pues por su contumacia es visto renunciar el derecho de prelacion é hipoteca que les compete, y se les reputa presentes. (b)

297 Pero á los citados por edictos si son hipotecarios anteriores, no puede el hecho del deudor y acreedores posteriores privar del derecho de prelacion é hipoteca que tienen; bien que de equidad deberá repetir primero contra los acreedores posteriores que percibieron sus créditos baxo la fianza depositaria ó de acreedor de mejor derecho, y contra sus fiadores. (c)

298 Nadie puede ser compelido á comprar los bienes que se subastan, excepto que sea por deudas fiscales, por las quales y no por otra, aunque proceda de costas y salarios, (1) pueden serlo las personas que por

(a) Salg. Labyr. part. 3 cap. 10. (b) Carlev. tit. 3 disp. 21 n. 19. Salg. lug. cit. nn. 10 y 11. (c) Salg. cap. 10 cit. nn. 8 y 9. Carlev. tit. 3 disp. 22. n. 12.

(1) Tampoco puede ser nadie compelido á comprar los bienes que se venden á los reos para satisfacer al fisco lo que se le aplica en pena de su

defecto de comprador elija la Justicia juntamente con los Exàctores y Ministros Reales que entienden en la venta, debiendo pagar por ellos el justo valor que les den los peritos que la misma Justicia del pueblo nombre; pero no se le permite variar la eleccion y nominacion de compradores que una vez haga, si son acaudalados para su pago, ni puede deshacerse la venta que se celebre en estos términos, aunque haya engaño en la mitad del justo precio. (*a*)

299 Aunque la obligacion de pagar el débito sea jurada, puede ser compelido su acreedor á tomar en pago de él bienes justamente apreciados, con tal que concúrran quatro requisitos: el primero, que el deudor no tenga dinero ni otros bienes, y pruebe que le buscó y no le halló: el segundo, que se obligue al saneamiento de los que se le venden, y entregue al acreedor sus títulos: el tercero, que el deudor ponga sus bienes á la disposicion del Juez y no del acreedor, y que este elija los que le acomoden; y si son muchos acreedores, podrá cada uno en su tiempo, segun esten graduados, hacer la eleccion; y el quarto, que no haya comprador, ó si le hay, no dé por ellos su justo precio, porque es lo mismo que no haberle. (*b*) En el caso de ser compelido el acreedor á tomarlos, ó en el de que él mismo elija voluntariamente los que quiera, sin dar lugar á que se subasten, por evitar gastos judiciales, ó de que no haya postor, ó no sea idóneo, ó no ofrezca lo justo; si son raices, ha de otorgar á su favor el Juez en nombre del deudor obligándole á su eviccion y saneamiento, escritura de adjudicacion que es lo mismo en sus cláusulas y firmezas que la de venta, diferenciándose solo en la introduccion que dice, *adjudico en pago*, en vez

delitos, aunque algunos Jueces ignorántes lo hacen, porque las leyes no les conceden esta facultad, y se circunscriben al caso de venta para la exàccion de sus rentas contra sus arrendadores y fiadores. Acev. ley 18 tit. 7 lib. 9. R. an. 4 y 5.

(*a*) Leyes 18 y 20 tit. 7 lib. 9. R. y 3 tit. 5 P. 5. Parlad. § 13 cit. a. fin.
(*b*) Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 29. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5 § 17 an. 22, 23 y 24 Rodrig. cap. 6. cit. an. 46 y 47.

de decir, *vendo* ó *vende*, con que empieza la de venta; y si no sabe firmar, lo hará por él un testigo de los instrumentales, como si la otorgara el deudor; y si son muebles ó semovientes, basta el despacho ó testimonio de adjudicacion con insercion del auto en que esta se hace y demas preciso, y nominacion específica de los bienes y sus precios, pues por ser de poca duracion, no es menester formar protocolo, ni conservar títulos de propiedad y pertenencia, porque de ellos no los hay como de los raices; y en estos casos no se celebra remate, por no haber sobre qué recaiga. La misma obligacion tienen los acreedores que demandan á los herederos del deudor que aceptaron su herencia con beneficio de inventario, y lo hicieron con pureza, aunque él hubiese ofrecido satisfacerles en dinero, (*a*) sin embargo de que contra la voluntad del acreedor no se le debe pagar una cosa por otra, (*b*) pues cumplen con entregar los bienes de la herencia.

300 De la adjudicacion en pago necesaria qual es esta, no se debe alcabala, porque realmente no hay venta, aunque suene serlo; (*c*) pero de la que se celebra en pública subasta á favor de un extraño ó del mismo acreedor que puja los bienes y hace veces de postor extraño, se debe, porque es venta verdadera; si bien no se ha de entregar incontinente que se celebra, porque puede arrepentirse el deudor, pagar su débito al acreedor, y recuperar los bienes vendidos en el término que se dirá; por manera que es preciso esperar á que pase este, y el comprador esté aposesionado de ellos, para exîgirla. Ademas, si pasado obtuviese el deudor por gracia del tribunal superior que se le restituyan, deberá pagarla, porque aquella no puede exîmirle de su solucion, y el alcabalero adquirió derecho á ella. (*d*) Tampoco se debe

(*a*) Ley últ. § 4 vers. Sed et si, Cod. de Jure deliberandi. Authent. Hoc nisi debitor, Cod. de Solution. (*b*) Leyes 99 ff. y 16. Cod. de Solution. (*c*) Ley fin. tit. 27. P. 3 verb. Entonces debe el Juzgador. Gutier. lib. 5. pract. q. 23. de Gabell. (*d*) Lasart. de Decim. vendit. cap. 1. nn. 38 y sig. y cap. 7 nn. 54 y sig. Parlad. lib. 1 c. 3 § 2 nn. 33, &c. y 40. Rodrig. c. 6 cit. nn. 39 y 40 Hermos. ley 52 tit. 5. P. 5. glos. 7. nn. 53, 54 y 55.

alcabala de los oficios de Regidor, Escribano, Receptor, Contador, Fiel Almotacen, Fiel Medidor, Corredor y otros enagenados de la Corona: ya porque ninguna ley manda que se pague: ya porque aunque por via de empeño (en cuyo concepto se entienden enagenados, por lo que el Rey puede recuperarlos quando quiera) los tenga otro, se entiende tenerlos en nombre y por permision de S. M. viniendo á ser lo mismo que si el Rey los tuviera, á cuya conseqüencia la venta ó enagenacion que el tenedor hace, se entiende hacerla el Rey, quien no la paga de lo suyo; y ya porque en prueba de lo dicho el comprador cesionario ó heredero, para poder llamarse dueño y usarlos, necesita acudir, á que como nueva gracia ó continuacion de la primera concesion se expida título en su cabeza, en virtud del que se subroga en el lugar de S. M. y por esta gracia satisface la media anata (como la pagó el vendedor cedente ó el testador) que es el dos y medió por ciento de su valor, y la tercera parte de utilidades, si las tiene á ménos que esté exênto de esta contribucion, como se dixo en el n. 2 cap. 25 P. I. por cuyas razones y porque lo contrario seria ampliar las leyes á aquello de que no hablan, en detrimento de tercero, equiparar estos oficios con los bienes raices, muebles y semovientes que no provienen de la corona, de los quales y no de todos, se debe; y gravar dos veces al vendedor ó cesonario, la una con la media anata ya pagada, y la otra con la alcabala, lo qual es injusto: ningun alcabalero tiene derecho á pedirla, como algunos poco instruidos creen. (*a*)

301 Está prohibido al testamentario comprar privadamente los bienes de su albaceazgo y curaduría baxo la pena de volverlos con el quatro tanto y de nulidad de su venta, (*b*) aunque lo haga por medio de

(*a*) Sobre si el acreedor censualista citado al concurso podrá ser compelido á tomar los bienes del censuario tasados justamente para extincion del capital y réditos de su censo, y quándo, véase al Señor Salgado Labyr. part. 1. cap. 22 desde el n. 6. (*b*) Ley 23 tit. 11 lib. 5. R.

otro, porque se presume fraude; (a) pero no se prohibe al tutor comprar en pública subasta los de su menor que por beneficio de este y con conocimiento de causa se venden judicialmente, cesante toda lesion y colusion. (b)

302 Al Juez, á sus ministros y al fiador está prohibido asimismo comprar los bienes de la almoneda, y si lo hacen, á mas de ser nula la venta deben restituirlos con frutos por el dolo. (c) Lo mismo procede en el comprador, quando hizo dolosamente que el remate se celebrase en él por menor precio que el justo; pues devolviéndosele el deudor debe restituirle los bienes con sus frutos por su mala fé, y no cumple con dar su verdadera estimacion, á ménos que el deudor se contente. (d)

303 Al acreedor está prohibido igualmente comprar por sí ó por interpósita persona los bienes obligados é hipotecados á su crédito, sin que el dueño dé su consentimiento, y si los compra, ha de restituirlos con frutos en qualquier tiempo que este ó sus sucesores le devuelvan el precio que dió, porque como carece de título justo y buena fé para poseerlos, es nula la venta, y ningun derecho adquiere por consiguiente á lo comprado de esta suerte ni á sus frutos, segun se prueba de la ley 44 tit. 13. P. 5 que dice: "El que tiene á peños alguna cosa de otri, non la puede él comprar, si la quisiere él vender, fueras ende, si la comprasse él con otorgamiento, é con placer de su señor della: é si de otra guisa la comprasse, non valdria la vendida. Cá quando quier que el señor de la cosa le diesse su debda, tenudo seria de gela desamparar."

304 Pero no obstante esta prohibicion si se venden judicialmente, y no hay comprador que haga postura en todo lo que importan el débito, décima y cos-

(a) Ley 5 § 2 ff. de Author. tut. (b) Ley 4 tit. 5 P. 5. Greg. Lop. ley 4 cit. glos. 8. (c) Leyes 22 tit. 8 lib. 2 y 33 tit. 4 lib. 3 R. (d) Ley 49 tit. 13 P. 5. Cur. Philip. part. 2. § 22 n. 21. Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 §. 16. n. 17.

tas, puede el acreedor, si le acomoda, buscar un postor que le ofrezca con la expresa calidad de ceder el remate á quien le parezca, sin que por esta cesion se cause nueva alcabala; y celebrando el remate en él, transferirle ántes que se le dé la posesion de los bienes subastados en el mismo acreedor por el propio precio sin quedar obligado á eviccion, con lo qual se halla reintegrado el acreedor de su crédito y costas (*a*) y así suele practicarse en semejantes casos, sin que por ello se anule la venta, no habiendo dolo ni lesion.

305 Si no halla postor que haga lo dicho, ó aunque le halle, si no es idóneo, ó no quiere ofrecer el justo precio, puede pretender se le entreguen en pago por su justa tasa, y debe adjudicárselos el Juez: si lo consiente el deudor, ó no contradice dentro de tercero dia la pretension que se le debe comunicar, formalizando á su favor la escritura en los términos explicados en el núm. 296. Recibiéndolos en esta forma, si su valor excede al crédito, debe restituir el exceso, y si no alcanza, puede repetir contra los demas del deudor por el resíduo y costas. (*b*) Si los toma sin aprecio, se entiende que se contenta con ellos por toda la deuda, en cuyo caso valiendo ménos no puede pretender el resto, y valiendo mas debe volver su mayor valor, excepto que al tiempo de solicitar su adjudicacion proteste pedir el menor ó dar el mayor que tuviesen, pues con esta protesta queda salvo su derecho; (*c*) y si al tiempo de pretender la adjudicacion no dice que los derechos de esta y demas que ocurran, han de ser de cuenta del deudor, deberá satisfacerlos, porque por el hecho de pedirla y callar es visto que quiere sean de la suya.

306 Si los bienes se dieron en pago al fiador del deudor por haber satisfecho la deuda, debe restituirlos á este, entregándoles su importe con lo que pagó por él;

(*a*) Dieg. Perez ley 4 tit. 8 lib. 3. Ordenam. glos. 1. Acev. ley 19 tit. 21 lib. 4 nn. 122 y 125. Parlad. § 13 cit. n. 13. (*b*) Ley fin. tit. 27 P. 3 y su glos. 6 y ley 44 tit. 13. P. 5. verb. Más si por aventura. Rodrig. cap. 5. cit. n. 45 cerca del fin. (*c*) Cur. Philip. § 22 cit. n. 23.

como asimismo á qualquier acreedor hipotecario, aun quando el débito de este se haya contraido no solo despues del primero sino tambien despues de la fianza y ántes de la adjudicacion; pero esta restitucion ha de ser sin frutos por el título que tuvo el fiador para percibirlos (*a*) aunque por el contrario habiéndolos comprado en almoneda debe hacer la restitucion con ellos, porque se presume dolo, malicia y falta de buena fe, como se ha sentado en el núm. 302.

307 Queda obligado en todo evento el deudor al saneamiento de los bienes que se vendieron como suyos para pagar sus deudas, y no su acreedor, excepto que este se obligue expresamente á ello, ó que al tiempo de la venta le conste que no son del deudor, y sin embargo los elija para hacerse pago, ó que al de la execucion los hubiese señalado para que se trabase en ellos; (*b*) por lo que resultando ser agenos y recobrándolos su dueño en juicio, ha de usar contra el deudor de la accion de eviccion para reintegrarse de todo, y no de la executiva, porque esta espiró y se extinguió con el pago. (*c*)

308 Sobre si el deudor tiene ó no accion para recuperar los bienes que se le vendieron en pública subasta para el pago de su acreedor, ó los que se adjudicaron á este en pago satisfaciendo la deuda, costas é intereses, se proponen cinco casos. El primero es, quando la execucion, subasta, venta y adjudicacion se hicieron con la pureza y formalidad que se requieren para su validacion, de modo que no hubo lesion, fraude, ni colusion alguna; y entónces atendiendo el rigor de derecho no debe ser oido, pida la recuperacion ante el Juez inferior ó ante el superior; (*d*) ni tampoco se retrata la venta de la hipoteca, aunque el deudor ofrezca á su acreedor el dinero que le debe. (*e*) Mas por cos-

(*a*) Leyes 13 y 45 tit. 13 P. 5. Cur. Philip. lug. cit. n. 22. (*b*) Ley fin. tit. 13 P. 5. Cur. Philip. lug. cit. n. 17. (*c*) Parlad. part. 5 cit. § 16. nn. 19 y 20 (*d*) Leyes 3, 6 y 7 Cod. de Rescind. vendit. (*e*) Ley 7 al princip. y § 1 ff. de Distract. pignor.

tumbre y equidad de los tribunales de estos reynos (*a*) se le permite el recobro de los muebles dentro de tres dias despues de la venta ó adjudicacion, y de los raices dentro de nueve sin restitucion de frutos por la buena fé del comprador.

309 El segundo caso es, quando se adjudican al acreedor faltando las solemnidades legales así en la adjudicacion como en la execucion, ó hay lesion en el valor que se les dió, ó por parte del acreedor se interpuso alguno que los comprase en baxo precio para cederle luego el remate y todo el derecho que habia adquirido á este; y en tal caso se ha de distinguir. Si el deudor apela de la venta ó adjudicacion como fraudulenta, puede pendiente la apelacion pedir ante el superior la restitucion de sus bienes vendidos ó adjudicados con el vicio ó vicios expuestos, pagando el precio en que se efectuó la venta ó adjudicacion con las costas é intereses, á lo qual ha de deferir el superior revocándolas, y aun muchas veces defiere sin que lo pida; soliendo hacer lo mismo, aunque confirme la sentencia de remate, prefiniéndole término para que dentro de él pague al acreedor la deuda con costas é intereses. (*b*) Y si no apela ni introduce la misma pretension ante el inferior, debe mandar lo propio á imitacion del superior, por ser muy honesto y seguro seguir el buen exemplo de este. Pero se duda quánto término tienen apelando para introducir la pretension ante el superior, y si ha de ser ó no con frutos la restitucion. En órden á lo primero, unos opinan que dentro de dos años, otros que dentro de quatro, y otros dicen que en qualquier tiempo que lo intente, lo manda el superior. Tocante á lo segundo discuerdan tambien; pero Carleval (*c*) con cuyo dictámen me conformo, lleva que esto se debe dexar al arbitrio del Juez, quien atendidas las circunstancias del caso proveera lo conveniente.

(*a*) Covarr. lib. 2. Var. cap. 11. n. 3. Parlad. § 16 cit. Rodrig. dich. cap. 6 n. 54. (*b*) Covarr. y Parlad. lug. cit. Paz tom. 1. part. 4. cap. 2 n. 48. (*c*) De Judic. tit. 3. disp. 24 n. 9.

310 El tercer caso es, quando el fiador del deudor principal compra en pública subasta los bienes de este, sin que haya fraude ni lesion, ni falte solemnidad legal; y entónces si el deudor apela, se debe revocar la venta por la accion de dolo, restituyendo al fiador el precio que dió, porque como se ha expuesto en los nn. 302 y 306, el que compra los bienes del que fió, comete dolo y debe restituirlos con frutos.

311 El quarto es, quando se vendieron á un extraño con todos los requisitos legales, y habiendo apelado el deudor de la sentencia de remate se revocó. En este caso dicen varios AA. que si los bienes estan entregados, se deben mandar restituir con frutos; pero Acevedo (*a*) afirma que revocada la sentencia de remate, si el acreedor tiene los bienes, los debe restituir al deudor, y si los tiene algun tercero, y el acreedor percibió solamente su precio, debe ser condenado este á restituirle doblado: debiéndose mirar principalmente y observar en todo el tenor de la sentencia revocatoria. Tambien dice que si los bienes vendidos son de menor, y le conviene mas poseerlos que tener su precio, por serle esto muy perjudicial, se le deben entregar restituyéndole, aunque los haya comprado un tercero con buena fé. (*b*)

312 Y el quinto caso es, quando un tercero los compró con mala fé, y hubo en la subasta lesion enorme ó enormísima, ó no se observaron en la execucion las solemnidades legales, en cuyo caso se debe revocar la sentencia y restituir al deudor sus bienes, satisfaciendo al comprador el precio que dió por ellos, con las costas (*c*). Lo explicado hasta aquí es concerniente á la venta de bienes raices: por lo tocante á la de muebles véase la I. P. cap. 10 n. 41.

(*a*) Ley 19. tit. 21. lib. 4. R. n. 139. (*b*) Gom. lib. 2. Var. cap. 14 n. 6 vers. Item quæro. (*c*) Negusanc. de Pignor. part. 6 memb. 1 n. 18.

FEBRERO REFORMADO
Y ANOTADO,
Ó LIBRERÍA DE ESCRIBANOS
QUE COMPUSO

DON JOSEPH FEBRERO,

Escribano Real y del Colegio de la corte,

Y HA REFORMADO EN SU LENGUAGE, ESTILO, MÉTODO Y MUCHAS DE SUS DOCTRINAS ILUSTRÁNDOLA, Y ENRIQUECIÉNDOLA CON VARIAS NOTAS Y ADICIONES, PARA QUE SE HAN TENIDO PRESENTES LAS REALES ÓRDENES MODERNAS;

EL LIC. D. JOSEF MÁRCOS GUTIÉRREZ:

OBRA NO SOLO NECESARIA Á LOS ESCRIBANOS SINO TAMBIEN UTILÍSIMA Á TODOS LOS JUECES, ABOGADOS, PROCURADORES, AGENTES DE NEGOCIOS Y Á TODA CLASE DE PERSONAS.

PARTE II.

De inventarios, tasaciones y particiones de bienes, y de los juicios ordinarios, executivo y de concurso de acreedores.

Á estos juicios ha añadido el reformador una Práctica Criminal de España para complemento de la obra principal que no trata de materia tan necesaria é importante.

TOMO VI.

TERCERA EDICION.

CON PRIVILEGIO.

MADRID

EN LA IMPRENTA DE VEGA Y COMPAÑÍA AÑO DE 1806.

Esta obra se vende en la librería de Castillo enfrente de S. Felipe el Real.

Ca tenemos, que todos los de nuestro señorío deven saber estas nuestras leyes. (*Ley* 31 *tit.* 14. *P.* 5) I deve la lei ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, i que ninguno por ella resciba engaño. (*Ley* 1 *tit.* 1. *lib.* 2 *de la Recop.*)

PARTE SEGUNDA.

LIBRO TERCERO.

De los juicios ordinario, executivo y de concurso de acreedores.

CAPÍTULO SEGUNDO.

Del juicio executivo hasta la sentencia de remate y su execucion.

§. VI.

Del tercer opositor á la via executiva.

313 Se llama tercero opositor el que se opone á la execucion, sea solicitando ser preferido al executante en la solucion de su crédito, sea alegando ser suyos los bienes executados, ó que tiene derecho en ellos. (*a*) Los AA. distinguen tres clases de terceros opositores, una de los que salen coadyuvando el derecho del executante, otra, de los que auxilian el del executado, y la otra de los que se oponen por el suyo privativo é intentan excluir no solo el del actor sino tambien el del reo. (*b*)

314 El tercero ha de hacer la oposicion ante el Juez que entiende en la causa executiva, el qual la debe admitir, hágase en el curso de esta ó despues de sentenciada, háyase despachado la execucion en virtud de sentencia ó de instrumento, con tal que no esté hecho el pago ó dada al comprador la posesion de los bienes executados y vendidos; (*c*) y aun quando esté prescripto el derecho de executar, si no lo está el que prefine la ley para pedir en via ordinaria. (*d*) Tambien puede hacer la oposicion á la execucion ante el exe-

(*a*) Ley 3 tit. 27 P. 3. Salg. Labyr. part. 1. cap. 16 nn. 22 y 43. (*b*) Covar. Pract. cap. 13. Carlev. tit. 3 disp. 12 n. fin. (*c*) Valenz. consil. 9 y 150. Covar. Pract. cap. 16 n. 5. Cur. Philip. part. 2 § 26 n. 2. (*d*) Ley 6 tit. 15 lib. 4 R.

cutor mixto, quien si el tercero alega que los bienes executados son suyos, no solo puede conocer de la excepcion sino tambien determinarla sin necesidad de remitirla al Juez originario ó requirente, porque con esta excepcion no impugna la sentencia y solo la modifica; pero si la que alega, es relativa á la sentencia ó causa principal, ó dice de nulidad de aquella ó del instrumento, ó que debe ser preferido al executante, debe admitirla, instruirla y remitirla al Juez requirente para que la decida, pues aunque no impugna directamente la sentencia, lo hace por medio indirecto, y la decision de esto toca al Juez que la pronunció. (*a*)

315 Para admitir la oposicion basta la simple narrativa del derecho que le compete, y no se debe mandar al opositor que de informacion sumaria de él, ni compelerle á que traiga los testigos á presencia del Juez, pena de inhabilitacion de oficio al que lo mandare; pues ántes bien se ha recibir el pleyto á prueba con término ordinario por via ordinaria, (*b*) excepto que el Juez conozca que la oposicion es maliciosa y dirigida solamente á diferir ó impedir la execucion, en cuyo caso no debe admitirla sino proseguir la via executiva dando el acreedor la correspondiente caucion y seguridad. (*c*)

316 Quando el tercero opositor coadyuba el derecho del executante ó executado, debe tomar y proseguir el juicio en el estado en que le halle, sin ser necesario promoverle de nuevo, porque seria eternizarle; (*d*) pero si se opone por su propio derecho, no está obligado á ello sino quiere, y se ha de principiar del mismo modo que si no se hubiera empezado. (*e*)

317 La oposicion del tercero no suspende el curso de la via executiva simple y absolutamente sino tan solo en dos casos: el primero, quando expone y acredita legal y sumariamente que los bienes executados son suyos, en cuyo caso se le han de entregar, y luego ha

(*a*) Larrea decis. 82. nn. 3, &c. y 9. Carl. tit. 3 disp. 17 nn. pen. y ult. (*b*) Ley 41 tit. 4 lib. 3 R. (*c*) Rodrig. de Execut. cap. 8. n. 3. Covar. cap. 16 cit. n. 2. (*d*) Ley 15 tit. 10 lib. 2. R. (*e*) Covar. pract. cap. 13. cit. Carl. disp. 12 cit. n. fin.

de procederse contra los del executado; y el segundo, si al tiempo de oponerse manifiesta instrumento que trae aparejada execucion, y no en otros términos; (a) por lo que no manifestándole debe fisar de su accion en via ordinaria, y seguirse la executiva, haciendo pago al exeéutante, y dando precisamente ante todas cosas fianza de volver y restituir lo que se juzgare y sentenciare en aquella, porque la variacion del juicio fué para proceder y no para decidir. (b)

318 No milita lo expuesto en el segundo caso, quando la muger se opone por su dote legítima y entregada, porque como por ella le compete el privilegio de prelacion, no solo se ha de suspender el juicio executivo, sino tambien la entrega de los bienes al que executa á su marido por deuda, á que no está obligada, y dársele estos en prenda, ó volvérselos si se trabó la execucion en ellos, y se depositaron en tercero, hasta que su tercería se decida, baxo la obligacion y fianza de retenerlos íntegros é ilesos á disposicion del Juez que conoce de ámbas causas, y restituirlos siempre que se lo mande, y los acreedores prueben la preferencia de sus créditos á la dote (c) en los términos explicados en el n. 125 de este cap. y no en otros, pues así se practica en esta corte. (1)

319 Si instituyendo el deudor heredero á un acreedor suyo, acepta este la herencia con beneficio de inventario, le hace legalmente, y luego le executa como tal heredero otro acreedor del testador, es necesario tener presente, si se opone á la execucion como reo ó como actor. Si lo hace como reo excepcionando que los bienes

(a) Greg. Lop. ley 11 tit. 4 P. 3 gl. 1. Rodrig. cap. 8 cit. n. 12. (b) Ley 6 tit. 10 P. 3 verb. Empero. Cur. Philip. § 26 cit. n. 11. Paz Prax. tom. 1 part. 4 cap. 4 n. 7. (c) Ley 41 tit. 4 lib. 3 R. Cur. Philip. n. 117 cit. Rodrig. cap. 8 cit. n. 10.

(1) Si teniendo la muger hipoteca especial en alguna cosa del marido y general en los demas bienes, se opusiere á la execucion de un acreedor posterior, no puede impedirla, sino se hizo en dicha hipoteca especial, excepto que conste no ser esta suficiente para el pago de la dote, (Rodriguez de execut. cap. 8 n. 5) pues el acreedor que tiene hipoteca especial y general en los bienes del deudor comun, primero debe cobrar de los bienes especialmente obligados, y no siendo bastantes para ello ha de recurrir á la hipoteca general. Salgado Labyr. part. 2 cap. 5 n. 4.

son suyos y no de la herencia, porque todos se han consumido en satisfacer á los acreedores anteriores y entre ellos á sí propio como uno de ellos; y acredita en los diez dias de la ley el pago con documentos legítimos, manifestando tambien el inventario solemne; (pues no basta ofrecer probarlo por testigos, porque se presume falsedad, quando se puede probar instrumentalmente) debe ser absuelto y no molestado; pero si en dicho término no justifica la excepcion en la forma propuesta, se ha de continuar la execucion en los bienes, como que son de la herencia. (*a*) Si se opone como actor, al modo que si viviendo el difunto le executase otro acreedor, se opondria como tercero, se ha de nombrar defensor á los bienes, han de entenderse con él todas las diligencias executivas, y se ha de suspender la execucion; porque el heredero con beneficio de inventario tiene la representacion del tal y la del acreedor, de suerte que no se confunden las acciones que por los dos respetos le competen. Por tanto, le es mas útil oponerse como actor que como reo, porque como reo, á mas de no hacer que cese la via executiva, será condenado, sino prueba sus excepciones en los diez dias de la ley, y como actor, no solo la suspende, sino que tiene mucho mayor término para justificar su accion, del mismo modo que sino fuera heredero (*b*).

320 Si quando executa al deudor un acreedor hipotecario, ocurre ántes de la sentencia y su execucion otro tambien hipotecario en los bienes executados, ó personal privilegiado, acreditando que debe ser preferido al executante, y pretendiendo se le haga pago primero que á este; segun algunos AA. (*c*) léjos de suspenderse la execucion y venta de los bienes, se han de subastar para satisfacer al tercero su crédito como privilegiado; y si algo sobrare, ha de entregarse al executante que obtuvo ántes la sentencia, pues no se atiende al tiempo de esta sino al del contrato y obligacion, por ser primero en derecho el

(*a*) Carlev. tit. 3 disp. 13 nn. 3, 4, 5 y 6. (*b*) Surd. decis. 92 n. 7 y consil. 7 n. 31 lib. 1. Carlev. disp. 13 cit. nn. 7 y 8. (*c*) Giurb. decis. 61 nn. 2, 6, 7 y 18. Marescot. lib. 2. Var. cap. 121 n. 3. Cur. Philip. part. 2 § 26 n. 9.

que lo es en tiempo: á cuya consequencia el acreedor anterior, aunque el plazo de su crédito no esté cumplido, puede oponerse á la execucion hecha por el posterior y pedirle, si para ello tiene causa legítima, como ser sospechoso de fuga el deudor, carecer de bienes suficientes para reintegrar á entrámbos, ó temer con bastante fundamento que todos se consuman con el executante.

321 Pero otros AA. á cuya opinion me inclino, afirman que se debe suspender la venta hasta que se concluya el pleyto de preferencia, excepto en tres casos: el primero es, quando el deudor es idóneo y como tal tiene bienes equivalentes para satisfacer á ámbos acreedores; pues justificándose esto no se impide la execucion primera por la oposicion del tercero: el segundo, quando esta es calumniosa, ó hecha únicamente con el fin de retardar la execucion, y entónces no se debe admitir; y el tercero es, quando el primer acreedor no pretende que se le pague, sino que se vendan los bienes embargados, para que se satisfaga al que tenga mejor derecho: en cuyo caso ninguno de los dos puede impedir la venta, ni debe dexar de hacerse, aunque el uno la contradiga, por ser útil á entrámbos. (*a*) Pero si el acreedor segundo ocurre despues de celebrada la venta y pagado el primer executante, tendrá que seguir la via ordinaria contra él como poseedor de los bienes del deudor, ó la executiva contra este, si algunos le quedaron (*b*).

322 Si executando un acreedor al deudor despues de cumplido el plazo de la escritura, ocurre otro acreedor de igual clase, cuyo crédito es anterior en la obligacion, pero en el plazo del pago posterior al del executante, y disputan ámbos sobre qual de los dos debe ser preferido; lo será el primero en la obligacion no obstante ser el último en el tiempo destinado para la solucion, en caso que el deudor sea sospechoso de fuga, ó carezca de bienes suficientes para satisfacer á entrámbos, ó vaya consumiendo su patrimonio, porque como tiene causa legítima pa-

(*a*) Carlev. tit. 3. disp. 12 nn. 5, &c. y 9, y 13, &c. y 17. (*b*) Greg. Lop. ley 11 tit. 14 P. 5 glos. 1. Fralad. lib. 2 part. 5 cap. fin. § 10 n. 24

ra pedir su débito ántes del plazo, y la obligacion es anterior á la del otro, se entiende haber espirado este y se retrotrae la obligacion al dia en que aquel se contrajo. (a)

323 Admitida la oposicion del tercero se debe conferir traslado de ella al executante y executado, recibirse la causa á prueba, si fuere necesario, y seguirse la preferencia en via ordinaria, porque en este caso se consideran dos juicios, uno executivo del acreedor contra el deudor, y otro ordinario sobre prelacion entre los acreedores que no puede ser executivo, por no estar obligado el uno al otro y carecer de accion para proceder executivamente entre sí; por lo que miéntras se controvierte su preferencia, se ha de suspender la via executiva, y aunque acudan al juicio por su propio derecho otros opositores, no suspenderá su curso la nueva oposicion, de manera que se podrá continuar y decidir la causa, y executar la sentencia, dando primero el opositor, si se declarase su preferencia al executante, la fianza de acreedor de mejor derecho, (b) y el acreedor segundo seguirá la causa hasta su conclusion. Pero lo que he visto observar en la práctica como mas equitativo, mas breve y ménos costoso, es seguirla con todos y graduarlos en una sentencia, y así se debe hacer.

324 Se ha de executar baxo de una de las fianzas de Toledo ó Madrid sin embargo de apelacion y nulidad la sentencia dada en el juicio executivo, en que hubo oposicion de uno ó mas terceros, quando estos salieron auxiliando el derecho del executante ó executado, porque la suspension de la via executiva respecto de ellos fue solo en el modo y órden de proceder, no en lo tocante á la decision; (c) pero no sucederá así habiendo salido por su propio derecho, pues la causa, como de prelacion, se convirtió de executiva en ordinaria, y por tanto no habrá lugar á la execucion de la sentencia hasta que se executorie ó consienta. Y si el tercero ó terceros no manifestaren su derecho en el término ordinario que

(a) Rodrig. de Execut. cap. 8 nn. 6, 7 y 8. (b) Se ha explicado y extendido en la I. P. cap. 19 nn. 27 y 45. (c) Leyes 2, 3 y 19 tit. 21 lib. 4, y 41 tit. 4 lib. 3 R. Cur. Philip. § 26 cit. n. 23.

el Juez les prefina, y se hubiese prefinido al executante, se volverá luego á seguir la via executiva y á sentenciar la causa de remate de los bienes executados. (*a*)

325 Aunque la hipoteca y obligacion de bienes vinculados se contraiga en virtud de facultad Real y con las cláusulas mas eficaces, siempre es y se entiende subsidiaria, y solo produce efecto en quanto á ellas, quando los libres del poseedor que la contraxo, no son suficientes para el pago total del acreedor; y así es indispensable una exâcta excusion en estos, especialmente si se hipotecaron juntamente con aquellos, porque el mayorazgo se estima en dicho caso como fiador de indemnidad, el qual solo debe ser reconvenido subsidiariamente, que es en defecto del principal y despues de hecha excusion en sus bienes, (*b*) como se dixo en la Prim. Part. (*c*)

§. VII.

Quando deberá ó no el executado ser condenado en costas y pagar décima de la execucion.

326 Como se deben al vencedor las costas ó expensas hechas en los pleytos, unas por su victoria, otras por la temeridad de su contrario, y otras por su contumacia y retardacion del proceso; se sigue de aquí que en todos los executivos y ordinarios debe ser condenado en ellas, regularmente hablando, el vencido, (*d*) no solo por la sentencia difinitiva sino tambien por la interlocutoria sin esperar á aquella. (*e*) Lo propio se debe hacer, quando difiere maliciosamente presentar el instrumento que tiene, con cuya vista puede finalizarse el pleyto, pues por su dolo debe ser condenado en las que este causó á su contrario. (*f*) He dicho las expensas he-

(*a*) Rodrig. cap. 8 cit. n. 12. Paz in Prax. part. 1 cap. 4 num. 7. Cur. Philip. n. 13 cit. (*b*) Salg. Labyr. part. 2. cap. 5. (*c*) Cap. 19 cit. n. 37. (*d*) Leyes 8 tit. 3 y 8 tit. 22 P. 3, 14 tit. 8 lib. 2, y 7 tit. 17 y 1 tit. 22 lib. 4. R. (*e*) Covar. Pract. cap. 27 nn. 1 y 2. (*f*) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 § 18 n. ult.

chas en el pleyto, porque el Juez no puede condenar al vencido á la satisfaccion de los daños ocasionados fuera de él, aunque si se pacta expresamente el pago de las costas personales originadas por el pleyto fuera de su casa, deberá hacerlo. (*a*) Mas para la condenacion de dichas costas es necesario que las pida el vencedor, pues aunque el Juez puede condenar de oficio en ellas al vencido, no está obligado precisamente á hacerlo sino quando aquel lo pide; (*b*) por cuya razon en las demandas, contestaciones y en otros pedimentos se pone á su final la cláusula, *pido justicia con costas*; y á veces suele pedirse juntamente con lo principal la condenacion en ellas. Pero es de advertir en primer lugar, que el Abogado que defiende su propio pleyto y obtiene con costas, no debe exigir las de su honorario, como si fuera litigante extraño; y en segundo lugar que si el Abogado, Notario ó Procurador defiende graciosamente á alguno por ser pobre, no podrá exigir este de su contrario el importe de los derechos que correspondian á los mencionados, aunque estos podrán llevarlos, una vez que sea el contrario y no su parte el condenado; pero si le defendieron no por piedad sino por amistad, puede exîgir para sí dicho importe, porque de otra suerte está obligado á compensarles, ó les tiene compensado su trabajo en la defensa.

327 No tiene lugar la condenacion de costas, quando el vencido tuvo causa justa para litigar como incertidumbre del hecho, ignorancia de la verdad, posesion con buena fe y título hereditario de la cosa litigiosa, estar ambiguo ú obscuro el punto, haber hecho el juramento de calumnia y no sido temerario en litigar, y no de otra suerte; ó quando probó su intencion con testigos, y sin embargo fue condenado á causa de habérseles repelido por razon de sus personas, y en otros casos semejantes que por no poderse dar regla fixa, se dexan al

(*a*) Parlad. lib. 5 cap. fin. part. 5 § 18 nn. 10 y 11. (*b*) Cov. lug. cit. n. 5. Paz tom. y temp. 1 part. 4 n. 37.

arbitrio del Juez; (a) pero en el de no tenerla ha de ser condenado en ellas, (b) tasándose con arreglo al arancel Real.

328 El Procurador debe pagar al Juez, Abogado, Escribano y demas subalternos del tribunal los derechos que estos devengaron en defender á su principal, y tambien las costas causadas á su contrario, caso que por litigante temerario sea condenado en ellas, si los referidos le defienden por encargo particular del mismo Procurador; pues por el hecho de buscarlos para su defensa y encargársela, y no tratar con el principal es visto tomar en sí la obligacion de su pago, lo qual procede, aun quando el poder-dante le releve de su pagamento en el poder, porque esta relevacion es para otro efecto, y así le podrán apremiar á él, dexándole salvo su derecho contra el principal, de quien sino tiene satisfaccion, no debe admitir el poder; mas si los dichos lo hacen por encargo de este, no tendrán accion contra el Procurador, porque este no los buscó, ni por consiguiente se obligó á cosa alguna. Tocante á las costas causadas á su contendor, en ningun evento tendrá accion contra el Procurador: lo primero, porque este no litigó con él, ni hizo su negocio sino el de su principal como su mandatario, ni se constituyó fiador suyo, ni se obligó á las resultas del juicio ni á otra cosa: lo segundo, porque las costas son accesorias á lo principal, y contra quien se da la accion por este, se da por aquellas: lo tercero, porque si no tiene satisfaccion en su contrario, por ser insolvente, y cree que debe ser condenado en costas, puede pretender ántes de la contestacion que dé fianza de estar á derecho y pagar lo juzgado, como se expuso en la Prim. Part. c. 23 n. 16; y no dándola, que se le deniegue la audiencia, formando artículo sobre ello, cuya excepcion dilatoria se le admitirá; y si el poder no es bastante, pretenda que le presente como corresponde, segun lo mandan las leyes 2 tit. 24 lib. 2 y 3 tit. 2 lib. 4 R. y hasta que lo haga, no responda; y lo quarto, porque de permitirse esto no

(a) Ley 8 tit. 22 P. 3 y su glos. 2 y 3. Parlad. § 18 cit. nn. 4 y 5.
(b) Leyes 1 tit. 14 lib. 3 del Fuero Real, y 5 tit. 3 y 3 t. 22 lib. 4 R.

habria quien admitiese poderes con semejante gravámen, y se perjudicaria con especialidad á los ausentes que estan imposibilitados de seguir por sí sus litigios en los tribunales competentes. Pero si alguno sigue pleyto sin poder del interesado, se debe cumplir y executar la sentencia contra aquel y sus fiadores, como lo dice la ley fin. tit. 5 P. 3. (a)

329 En los pleytos executivos, puesto que el executado no tiene causa justa para litigar, háyase despachado la execucion en virtud de confesion, sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, executoria, instrumento público ó de otro documento que la traiga aparejada; sentenciándose la causa de remate, no solo debe ser condenado en las costas procesales sino tambien en pena de su morosidad en la décima parte y no mas de la deuda, porque se expidió el mandamiento executivo, debiendo satisfacerse en la misma especie, porque se pidió y despachó la execucion, v. gr. si por dinero, en dinero, si por trigo, en trigo, &c. y no en otra, al alguacil que le executó, solo en el caso de haber costumbre de exigirla (b) en el lugar en que estuvieren los bienes executados, ó en el del domicilio del executado, pues aunque la haya de llevarla en el lugar del juicio, sino la hay en los otros, no se debe cobrar. (c) Dicha costumbre se prescribe en el fuero secular por 10 años entre presentes, y por 20 entre ausentes, y en el eclesiástico por 40 indistintamente entre estos y aquellos. (d) La décima para el alguacil es por todos sus derechos, pues llevándola no debe percibir mas, aunque salga fuera de la córte y dentro de las diez leguas de su rastro á hacer la execucion; y si lleva salario asignado, no le corresponde ni debe exigirla. (e)

(a) Sobre quando queda ó no obligado el Procurador, acabado su oficio, véase á Gutierr. de Tutel. part. 2 cap. 13 desde el núm. 10. (b) Leyes 7 tit. 21 y única tit. 31 lib. 4. R. Parlad, lib. 2 cap. fin. part. 6 § únic. nn. 1 y 4. (c) Ley 31 t. 4 lib. 3 R. Rodrig. de Execut. cap. 7 nn. 22, 23 y 24. Parlad § únic. cit. n. 81 (d) Ley 5 t. 2 P. 1 y su glos. 4. Rodrig. cap. 7 cit. n. 23. Parlad. dich. § únic. nn. 6 y 7. (e) Leyes 7 tit. 21, 1 cap. 8 tit. 29 y únic. tit. 31 lib. 4 R. Rodrig. cap. 7 cit. n. 12. Parlad. § únic. cit. n. 16.

330 Miéntras el acreedor no esté pagado de su crédito, ó se dé por contento de su importe, ó conceda espera al deudor, ó se convenga con él, ó no quiera continuar la execucion, siendo requerido á este efecto por el alguacil que la hizo, no se debe pedir la décima; pero habiendo alguna de estas cinco cosas la puede exigir, y si los bienes del deudor vendidos no alcanzan á cubrir la deuda, se ha de cobrar á prorata del precio de lo que se pagare y no del residuo, hasta que se pague ó concierte. (*a*) Si el mandamiento executivo se dirige contra varios por diversas deudas ó contra un deudor por distintas cantidades, se devenga y puede llevar la décima respectiva, ó el salario entero de cada una, (*b*) porque se contemplan y son muchas execuciónes. Y se previene, que es nulo é ineficaz el concierto que el executor haga con el acreedor sobre la décima ú otros derechos de execucion, (*c*) de que se deduce que por el contrario haciéndolo con el deudor valdrá.

331 No debe pagar décima el executado en diez casos: el primero, quando en virtud de apremio judicial se da posesion de sus bienes á su acreedor, para que se reintegre de su crédito, porque falta el órden del juicio para devengarla: (*d*) el segundo, quando algunos de sus acreedores se oponen á la execucion principiada por otro, pretendiendo ser preferidos á este ó entre sí; pues entónces solo la debe de la cantidad porque fué realmente executado, aunque para el pago de todos se estimen los bienes por árbitros: (*e*) el tercero, quando forma concurso ó hace cesion de todos sus bienes en manos del Juez, para que satisfaga con ellos á sus acreedores segun su prelacion, porque en este caso no solo falta el órden del juicio para devengarla, sino que á devengarse, mediante no tener bienes para todos, sucederia no satisfa-

(*a*) Leyes 31 tit. 4, y 10 tit. 6 lib. 3, y 7 tit. 21 y únic. tit. 31 lib. 4 R. Cur. Philip. part 2 § 23 n. 9. (*b*) Gom. lib. 2 Var. cap. 11 n. 16 cerca del fin. vers. Sextus efectús. Cur. Philip. lug. cit. n. fin. (*c*) Ley 40 tit. 4 lib. 3 R. Cur. n. 10. Parlad. n. 20. (*d*) Rodrig. c. 7 cit. n. 26. Parlad. § únic. cit. n. 9. Cur. lug. cit. n. 4. (*e*) Parl. lug. cit. n. 10. Rodrig. dich. n. 26.

cerla él sino ellos, como si fueran los deudores: (a) el quarto, quando la execucion se declaró nula, por no traerla aparejada el instrumento, ó por faltar las solemnidades prescriptas para el órden de seguirla, en cuyo caso no deben llevarse ningunos derechos, y el que los llevare, debe restituirlos con el quatro tanto y las costas; (b) pero si la nulidad provino de culpa del acreedor, ya por pedir mas que lo que se le debia, ya por no haber pedido la execucion segun debia, debe satisfacerla y no el deudor: (c) el quinto, quando se hace execucion por pena ó condenacion pecuniaria debida al fisco, pues ni décima ni otro derecho alguno se debe llevar: (d) el sexto, quando se executa á los Ecónomos, Mayordomos y Tesoreros de la iglesia, por lo que le deben, (e) excepto que haya costumbre de exigirla: el séptimo, quando el deudor paga á su acreedor dentro de las 72 horas siguientes á aquella en que se le notificó en persona el estado de la execucion, ó por su ausencia ú ocultacion, en su casa, en cuyo caso debe pagar solamente los derechos del mandamiento y las dietas del camino, yendo fuera; ó quando muestra contenta de él dentro de 24 horas: (f) el octavo, quando depositó llanamente la deuda ó parte de ella dentro de las dichas 24 horas en persona segura ante el Juez, y por su ausencia ante un Regidor y no ante otra persona, con tal que á su costa haga saber el depósito al acreedor dentro de tercero dia para que acuda á su percibo; pues por humanidad no la deberá pagar de la parte de deuda que satisfaga, ni otro derecho de execucion; (g) pero no basta la mera oferta de sus bienes en pago al acreedor, ni le exîme de la décima el que este compulso y apremiado los tome apreciados, aunque lo contrario se ha de decir tomándolos espontáneamente: (h) el noveno, quando el Juez de-

(a) Salg. Labyr. credit. part. cap. y § 1. (b) Ley 35 t. 4 lib. 3 R. (c) Leyes 8 al fin. y 9 tit. 21 lib. 4 R. Parlad. lug. cit. n. 11. (d) Leyes 12 tit. 23 lib. 2 y 7 tit. 21 lib. 4 R. Parlad. lug. cit. num. 14. (e) Parlad. n. 15. (f) Leyes 18, 21 y 22 tit. 21 lib. 4 R. (g) Ley 23 tit. 21 lib. 4 R. Parlad. dich. § único n. 31. (h) Rodrig. lug. cit. n. 31. Parlad. lug. cit. nn. 29 y 30. Véase el n. 127.

legado ó diputado por ciertos dias para hacer la execucion, llevó salario consignado; (a) y el décimo, quando el executado es criado del Rey ó goza del fuero de tal, pues estos por privilegio estan exêntos de su solucion, y no deben ser demandados sino ante el Juez de la casa Real, como se practica en esta corte.

332 Si se despacha execucion por deudas pertenecientes al fisco, y el deudor no paga dentro del término legal, no debe satisfacer décima, y sí únicamente un 30 por cada millar, llegue la deuda á 5ⱷ maravedis, ó exceda mucho ó poco de ellos, debiéndose llevar ménos, si hubiere tal costumbre. (b) Si la deuda es de hermandad, se ha de exigir un 40 por cada millar y no mas, llegue ó exceda de los 5ⱷ maravedis: (c) lo qual no milita en las pertenecientes á los consejos y Señores, pues para dicho efecto son lo mismo que las personas privadas. (d)

333 Por una misma deuda no se debe mas que una décima, aunque sobre su satisfaccion se hagan muchas execuciones, ó el acreedor conceda espera al deudor, ó suspenda la execucion, y luego la continúe ó vuelva á hacer de nuevo, pena del quatro tanto; y aun quando un Juez despache la execucion y otro la concluya, ó el fiador executado que pagó por el principal, execute despues á este, porque sin embargo de ser dos las obligaciones no es mas que una la deuda. (e) Pero si el deudor no permanece obligado, y da otro en su lugar que recibe en sí la obligacion principal, como que entónces hay delegacion, y nueva deuda y obligacion, se deberá nueva décima. (f) Lo mismo procede, quando el deudor executado se obliga á pagar la deuda en especie distinta, y despues se le executa por ella, pues en este caso como por la novacion es diferente la deu-

(a) Ley 11 tit. 21 lib. 4 R. (b) Leyes 10 tit. 6 lib. 3, 8 tit. 21 lib. 4 y 13 tit. 7 lib. 9 R. (c) Ley 13 tit. 12 lib. 8 R. (d) Parlad. § único. cit. n. 13. (e) Dich. ley 10 tit 6, y leyes 64 tit. 4 lib. 3, 7 tit. 21 y único. § 12 tit. 29 lib. 4 R. Parlad. § único. cit. nn. 21 y 22. (f) Ley 15 tit. 14 P. 5. Parlad. lug. cit. nn. 23, &c. y 27.

da, se causa otra décima; (a) y exigiéndola el executor no ha de llevar derechos por las diligencias que practique en la execucion, con título de costas, salarios, viages para la venta y posesion de los bienes vendidos, ni con otro alguno, sin embargo de que otro executor ó executores diversos del que la percibió, hagan la segunda ó mas execuciones por la propia deuda, pues con la expresada décima lo satisface todo el deudor, y en nada mas se le ha de gravar por parte de ellos.

334 Si habiéndose obligado de mancomun por el todo insólidum dos ó mas deudores como principales ó fiadores á la solucion de una cantidad, executa el acreedor á qualquiera de ellos, paga el executado, y repite despues con su lasto contra los otros; se duda, si se debe ó no exîgir mas que una décima. Unos fundados en que son muchas las obligaciones y execuciones, opinan que se debe, y otros en mayor número afirman lo contrario, porque aunque lo sean, no es mas que una la deuda. Olea dice (b) no es justo que los unos paguen las dilacianes y dolos de los otros, y que el correo ó confiador que pagó por otro, podrá exîgir de los demas la decima y costas, solo en el caso de que todos hayan sido reconvenidos en un juicio insólidum por el principal y costas, y no en otro, porque de una deuda no se debe cobrar mas que una décima. Y Rodriguez (c) resuelve que no se debe llevar mas que una décima, aunque por el trabajo de la segunda execucion se pueden exîgir algunos derechos; y que en dos casos se deberán dos décimas: el primero, quando el deudor del deudor se halla obligado á dar alguna cosa, este da en pago á su acreedor el débito de su deudor, y despues se sigue via executiva contra el deudor delegado, porque en este caso se contrae otro débito; y el segundo, quando el executado da al acreedor persona en quien se trans-

(a) Rodrig. dich. cap. 7 n. 19. Parl. n. 23 cit. Cur. Philip. part. 2. § 23 n. 13. (b) De ces. jur. tit. 5 q. 5 n. 52. (c) De execut. cap. 7. nn. 16, &c, y 20.

fiera su obligacion, pues haciéndose nueva execucion contra esta, se debe otra décima, porque no solo es nueva obligacion sino tambien nuevo débito segun derecho, como se ha sentado en el número anterior. El Jurisperito seguirá sobre esta dificultad que no deciden las leyes, lo que estime mas oportuno y conforme á justicia.

335 Pidiendo execucion el acreedor por mas de lo que se le debe, ha de pagar décima del exceso con otro tanto, (*a*) aunque al tiempo de pedirla haga la protesta de *admitir en cuenta legítimas y justas pagas*, de que se hizo mencion en el núm. 113; pues esta no le eximirá de su satisfaccion, excepto que tenga justa ignorancia de lo líquido que se le está debiendo, como si es heredero y su causante no lo dexó sentado, ó si su factor ó apoderado no le participó lo que habia cobrado á cuenta, &c. en cuyos casos y otros semejantes queda libre de su solucion. (*b*)

336 Principiándose la execucion en un juzgado por un ministro executor, y concluyéndose por otro ó haciéndola en virtud de requisitoria de otro Juez, deben partir la décima los ministros, y el Juez requirente y requerido, no obstante tocar al primero, á ménos que en los dos juzgados ó en el de los dos ministros haya costumbre contraria. (*c*) Y en el caso de dudarse si la debe ó no pagar el executado, no ha de conocer de ello el Juez á quien corresponde, ó se debe, sino su superior. (*d*)

(*a*) Ley 9 tit. 21 lib. 4 R. (*b*) Parlad. lug. cit. nn. 31 y 33. (*c*) Parlad. nn. 34 &c. y 37. (*d*) Rod. cap. 7 cit. n. fin. vers. Postremo.

§. FINAL.

Del modo de extender las diligencias de la via executiva ballándose presente el deudor.

Pedimento pidiendo execucion.

337 F. vecino de esta villa ante V. como mas haya lugar = digo: que N. me está debiendo tantos mil reales que le presté para sus urgencias sin premio ni interes alguno, como lo juro en forma solemne de derecho, obligándose á satisfacérmelos para tal dia, segun acredita la escritura de obligacion que otorgó en tantos de tal mes del año próximo pasado ante F. Escribano de S. M. y presento original con la solemnidad necesaria; y mediante ser pasado el plazo en que debió pagármelos y mucho mas; y que aunque he practicado con el citado deudor las mas urbanas y atentas diligencias, no he podido conseguir su cobro que me es muy urgente, para que tenga efecto = Á V. suplico se sirva haber por presentada dicha escritura de obligacion, y por lo que resulta de ella, despachar execucion contra la persona y bienes del referido N. por los tantos mil reales que juro en forma de derecho estarme debiendo, y por su décima, y costas causadas y que se causen hasta su efectivo reintegro; pues protesto admitir en cuenta legítimas y justas pagas, y así procede de justicia que pido, y para ello, &c.

Auto.

338 Hase por presentada la escritura que se refiere, y por lo que resulta de ella, despáchese la execucion que se pide por la cantidad que se expresa, á cuyo fin se expida el correspondiente mandamiento. El Señor D. Fulano, &c. lo mandó, &c.

Mandamiento de execucion.

339 Alguaciles de esta villa, qualquiera de vos haced execucion conforme á derecho en la persona y bienes de N. por tantos mil reales que en virtud de escritura de obligacion otorgada en tal dia, mes y año ante F. Escribano y presentada ante mí resulta estar debiendo á F. por quien (*ó por cuya parte*, si pidiere por Procurador) se pidió y juró; como tambien por su décima (*si se acostumbrase exigirla, y sino, se omitirá*) y costas, notificándosele despues de hecha su estado por el Escribano que entienda en ella; pues por mi auto de este dia así lo tengo mandado. Fecha en tal villa á tantos, &c. D. F. = Por su mandado. F. =

Traba de execucion en bienes muebles.

340 En tal parte á tantos de tal mes y año por ante mí el Escribano F. alguacil de este juzgado, cumpliendo con lo ordenado en el mandamiento precedente, requirió á F. mencionado en él, satisfaciese los tantos mil reales, porque está despachado, ó manifestase bienes propios en que trabar la execucion; y enterado, dixo: no se halla por ahora con la expresada cantidad, por lo que señaló tales bienes (*se individualizarán por menor*) expresando ser suyos; y en ellos el referido alguacil por todos los demas que parecieren pertenecer al mencionado N. al tiempo del remate, trabó la execucion por la cantidad porque se despachó, y por su décima, y costas causadas y que se causaren hasta su efectivo pago; protestando mejorarla en otros en qualquier estado del pleyto, siempre que convenga, y lo pida el acreedor; á cuya consequencia dicho alguacil depositó los referidos bienes en F. vecino de esta villa, quien se constituyó depositario de ellos, obligándose con su persona, y los suyos presentes y futuros á tenerlos en su poder á la ley de depósito, y á no entregarlos á persona alguna sin mandato especial del Señor Juez que

conoce de estos autos, ú otro competente, baxo la pena de pagarlos y de las demas en que incurren los depositarios que no dan cuenta de los depósitos que la Justicia pone á su cuidado. En esta atencion se somete á la jurisdiccion de dicho Señor Juez, renuncia las leyes y fueros que le favorecen, otorga depósito en forma, y le firma con el citado alguacil, á quienes, doy fé, conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa: de todo lo qual que pidió por testimonio para su resguardo, doy fé.

341 Quando la obligacion es personal ó hipotecaria general, acostumbran algunos de esta corte trabar la execucion en una cosa del deudor por todos los demas bienes suyos, y luego en diligencia separada requerirle manifieste mas para mejorarla ó ampliarla. Yo no repruebo este modo de substanciar, con tal que hagan inmediatamente la mejora, ó continuacion de la traba ó embargo; pues en este caso es lo mismo que hacerla de una vez en bienes suficientes para cubrir la deuda, décima y costas, como la diligencia anterior lo demuestra; pero si hacen la traba en una cosa y á pretexto de hacerse por los demas bienes no aseguran el débito con la ampliacion, y proceden á continuar las diligencias restantes, no puedo aprobarlo, porque el deudor puede ocultar los demas bienes, y no cumplen con el precepto de la ley ni del Juez, puesto que la traba es para asegurar el débito, y la mejora es para su mayor seguridad, por si los bienes embargados no alcanzan á cubrirle, y la décima y costas: lo qual prevengo al Escribano para que no se exponga, y aconseje al alguacil lo que debe hacer.

Requerimiento al deudor para que afiance de saneamiento, y prision por no afianzar.

342 Incontinente el expresado alguacil requirió al citado N. dése fianza de saneamiento de los bienes executados, porque en su defecto se le pondria preso; y habiendo respondido que no tenia persona que le fiase,

el citado alguacil le aseguró y conduxo á la cárcel pública de esta villa, y le entregó á F. alcayde ó portero de ella, quien le sentó por preso en el libro de lo civil á tal folio, obligándose á tenerle custodiado y seguro, hasta que por el Señor Juez de estos autos se mande otra cosa; y para que conste, lo pongo por diligencia que firmo con dicho alguacil: doy fé.

343 Si el deudor no tiene bienes, es superfluo requerirle que dé la fianza de saneamiento, porque no hay sobre qué recaiga; y así el requerimiento ha de ser para que los manifieste, y respondiendo que no los tiene, le ha de poner preso el alguacil. De lo que debe contener esta fianza, se habla en el núm. 136 de este cap. y en el 19 n. 41 P. I. se halla extendida, por lo que se omite aquí. Y si despues de preso la da á satisfaccion del acreedor, debe acudir con pedimento ante el Juez, expresándolo y pretendiendo se le ponga en libertad, y el Juez ha de mandarle soltar. Lo mismo debe hacer, aunque no se haya comunicado al acreedor, respecto á que puede recibirla el Escribano originario por su cuenta y riesgo, contra quien repetirá, en caso de que no sea segura, como se dixo en el cit. cap. 19 núm. 15; pero quando ofrece la fianza, es preciso dar traslado al acreedor, para ver si se conforma ó no con ella, y hasta que se conforme, no ha de ser suelto, excepto que el Escribano quiera admitirla por su cuenta. El auto y mandamiento se extienden de esta forma.

Auto para soltura.

344 En atencion á haber otorgado esta parte la fianza de saneamiento ante el presente Escribano, suéltesele de la prision en que se halla, no estándolo por otra causa, á cuyo efecto se libre el mandamiento correspondiente. El Señor D. F. &c. lo mandó á tantos de tal mes y año.

Mandamiento de soltura.

345 Alcayde ó porteros de la Real cárcel de esta villa, poned en libertad á F. que se halla preso en ella en virtud de mandamiento de execucion que despaché tal dia á instancia de F. por tantos mil reales que le debe, siempre que no lo esté por otra causa, pues por mi auto de este dia así lo tengo mandado. Fecho en tal parte, tal dia, mes y año. D. F. = Por su mandado = F.

346 Este mandamiento se entrega al alcayde ó porteros de la cárcel, para que les sirva de resguardo, é inmediatamente deben cumplir con lo que se les manda en él; y á continuacion del auto se pone nota de haberse despachado en el mismo dia el mandamiento.

Notificacion de estado.

347 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano siendo tal hora de su mañana notifiqué el estado de esta execucion á N. en su persona, apercibiéndole que si dentro de 72 horas contadas desde la presente, que son tres dias naturales, no pagáre á F. los tantos mil reales, porque se despachó, satisfará á mas de ellos y las costas la décima parte de lo que importa la deuda principal; y asimismo le pregunté, si daba por dados los pregones de la ley, ó queria que se diesen á los bienes executados, y respondió que los daba por dados protestando gozar de su término; doy fé.

Pedimento del acreedor para que se cite de remate al deudor presente.

348 F. vecino de esta villa ante V. como mas haya lugar = digo: que á mi instancia se despachó execucion tal dia contra N. por tantos mil reales que le presté, y me está debiendo, á cuya consequencia se hizo la traba, y notificó su estado en tal dia al deudor, quien respondió que daba por dados los pregones de la ley pro-

testando gozar de su término; y mediante haber pasado este y mucho mas = A V. suplico se sirva mandar se le cite de remate en su persona, y no pudiendo ser habido, á su muger, hijos, criados ó vecinos inmediatos dexándoles la correspondiente memoria por escrito para los efectos que convengan en justicia que pido, y para ello, &c.

Auto.

349 Mediante haber pasado el término de los pregones cítese de remate á N. apercibiéndole conforme á derecho, y no pudiendo ser habido, precedidas tres diligencias en su busca, déxese memoria por escrito con expresion de los efectos de la citacion á su muger, hijos, criados ó vecinos mas cercanos, con la qual se declara por hecha, como si fuese en su persona, para que le pare el perjuicio á que haya lugar. El Señor D. F. &c. lo mandó, &c.

Citacion de remate en persona.

350 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano cité en su persona á N. reo executado para el remate de los bienes embargados, apercibiéndole que si dentro de los tres dias siguientes al de esta fecha no comparecia á mostrar paga, quita, ó razon legítima que le impidiese, se procederia sin mas citacion á la subasta y venta de ellos para el pago de la cantidad principal, décima y costas: doy fé.

351 Aunque en algunos oficios de esta corte se acostumbra citar de remate sin que el acreedor lo pida, ni el Juez lo mande, tengo por preciso que precedan el pedimento y auto: lo primero, porque dicha citacion no es diligencia comprehendida tácita ni expresamente en el mandamiento executivo como la traba, fianza y notificacion de estado que son consiguientes á él, y sin otra providencia se hacen: lo segundo, porque el Escribano no tiene facultad para citar á nadie sin mandato del Juez, como se expuso en el núm. 158; y lo terce-

ro, porque puede el deudor haber pagado al acreedor, ó compuéstose con él. Ademas, el Escribano no debe ser agente del deudor, quien como que le urge el reintegro de su dinero, buen cuidado tendrá de solicitarlo, y una vez que no ocurre al Juez para el seguimiento de la causa, no se debe gravar al executado con costas indebidas. Por estas razones aconsejo que no se cite sin que el acreedor lo pida y el Juez lo mande.

Pedimento del deudor oponiéndose á la execucion.

352 F. vecino de esta villa ante V. como mas haya lugar = digo: que á pedimento de F. se despachó contra mí mandamiento de execucion por tantos mil reales que dice le estoy debiendo, á cuya consequencia se me embargaron bienes, notificó el estado y citó de remate; y mediante tener que alegar y excepcionar contra dicha execucion me opongo á ella. En esta atencion = A V. suplico se sirva haberme por opuesto, y mandar se me entreguen los autos y encarguen á ámbas partes los diez dias de la ley: pido justicia con costas y para ello, &c.

Auto.

353 Hase á esta parte por opuesta á la execucion que refiere, y se encargan á entrámbas los diez dias de la ley: hágaseles saber. El Señor D. F. &c.

354 Este auto se notifica al executante y executado, quien toma primero los autos, y ámbos hacen sus probanzas dentro del término como en el juicio ordinario, segun les conviene. Pasados los diez dias, si piden que se les entreguen las probanzas para alegar é instruir al Juez, debe entregárselas por breve término, y si ninguno los pide, pretende el actor que respecto ser pasados los diez dias se sentencie la causa de remate. El Juez llama los autos citando á entrámbos mediante haber habido oposicion, y pasados tres dias desde el de la última citacion da su sentencia segun los méritos del proceso, de cuyas diligencias,

por ser muy obvias y fáciles, omito la extension, excepto la de la sentencia.

Sentencia de Remate.

355 En tal villa á tantos de tal mes y año el Señor Don F. &c. habiendo visto los autos executivos que sigue F. contra N. sobre la paga de tantos mil reales, &c. dixo: que sin embargo de lo expuesto y excepcionado por parte del dicho N. (*ó mediante no haber comparecido á oponerse y mostrar paga, quita, ó excepcion legitima*) debia mandar, y mandaba continuar la execucion, y hacer trance y remate de los bienes executados, y demas que parecieren pertenecer al referido N. y de su valor, entero y cumplido pago de la expresada cantidad, su décima, y costas causadas y que se causaren hasta que se efectue, al expresado F. á cuyo favor, dando previamente la fianza de la ley de Toledo, (*ó de Madrid, segun sea la deuda*) y precedida tasacion de las costas que hasta aquí se le han originado, se expida el correspondiente mandamiento de pago. Y por esta su sentencia así lo proveyó y firmó. Don F. = Ante mí = F.

Mandamiento de pago.

356 Alguaciles de esta villa, qualquiera de vos requerid, y siendo necesario apremiad segun derecho á N. vecino de ella, á que incontinente dé y satisfaga á F. tantos mil reales, por los que se le ha executado: tantos de costas procesales causadas hasta aquí, y asimismo la décima correspondiente á F. alguacil que hizo y trabó la execucion, en todo lo qual se le ha condenado por mi sentencia de remate de este dia; y no lo haciendo así sacadle, vended y rematad sus bienes en el mayor postor y conforme á la ley, y con su valor haced el pago de todo: á cuyo efecto requerid igualmente, y si es menester, apremiad á P. á que en fuerza del depósito que constituyó tal dia ante F. entregue los bienes embargados. Fecho en tal

parte á tantos de tal mes y año. Don F. = Por su mandado. = F.

Auto absolviendo al executado.

357 En tal villa á tantos de tal mes y año el Sr. D. F. habiendo visto los autos executivos seguidos por F. contra N. sobre paga de tantos mil reales que constan de un vale hecho á su favor en tal dia, dixo: que sin embargo de lo expuesto y alegado por el referido F. debia revocar y revoca la execucion despachada contra el citado N. á quien absuelve y da por libre de la satisfaccion de los tantos mil reales, y en su conseqüencia manda se le desembarguen y entreguen libremente sus bienes, para lo qual se ha de expedir el correspondiente mandamiento; y mediante lo que resulta de autos, se condena al expresado acreedor en todas las costas procesales de este pleyto, cuya tasacion reserva en sí, como asimismo en la décima para el alguacil que trabó la execucion. Por esta su sentencia así lo declaró y firmó, &c.

Mandamiento para desembargar los bienes en que se trabó la execucion.

358 Yo el Licenciado D. F. &c. por el presente alzo y doy por ningunos los embargos que á instancia de F. y en virtud de mandamiento executivo que despaché en tal dia, refrendado del presente Escribano, hizo el alguacil F. ante tal Escribano en varios bienes de N. por tantos mil reales; á cuya conseqüencia mando se requiera con apercibimiento á P. depositario de ellos, se los entregue, y hecho, dándosele para su resguardo el competente testimonio, le doy por libre del depósito que constituyó; pues por mi sentencia de este dia he absuelto al expresado N. de la satisfaccion de los dichos tantos mil reales, porque se despachó la execucion contra él. Fecho en tal parte, &c. Don F. = Por su mandado = F.

359 Si la execucion se trabó en bienes raices hipotecados especialmente, y se mejoró en los alquileres ó arrendamientos, requiriendo á los inquilinos y colonos los

retuviesen en su poder á la ley de depósito, se ha de decir en el mandamiento de desembargo; "Que se les requiera, acudan y contribuyan al deudor con los vencidos y que se vencieren, dándoles por libres igualmente del depósito constituido y embargo hecho." Despues proseguirá como el mandamiento anterior, en cuya virtud se hace el requerimiento, extendiéndose á su continuacion las diligencias, y firmando el executado el recibo de los bienes con el alguacil y Escribano; y si no sabe firmar, lo hace á su ruego un testigo.

Auto difinitivo declarando no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y recibiendo á prueba el pleyto executivo.

360 No ha lugar á sentenciar la causa de remate: recíbese este pleyto á prueba por via de justificacion con término de nueve dias comunes á las partes: hágaseles saber. Con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c.

Requerimiento al deudor con el mandamiento de pago.

361 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano requerí en su persona con el mandamiento de pago anterior á N. deudor, para que satisfaga la cantidad de principal, décima y costas, porque se despachó, y enterado dixo: no tiene otros bienes que la casa en que se trabó la execucion, la qual consiente desde luego se venda en pública subasta para hacer el pago. Esto respondió, y lo firmó con dicho alguacil: doy fe.

Pedimento del acreedor nombrando perito por su parte para la tasacion de la casa executada.

362 F. vecino de esta villa en los autos executivos contra N. sobre paga de tantos mil reales, su décima y costas=digo: que en estos autos se dió sentencia de remate y despachó el correspondiente mandamiento de pago, y habiéndose requerido con él al dicho N. para que satis-

faciese la expresada cantidad, respondió no tenia otros bienes para su satisfaccion que la causa executada que consentia se vendiese en pública subasta; y mediante á que para venderla es preciso la valuen personas inteligentes, nombro por mi parte á este efecto á F. Alarife de esta villa: en cuya atencion = A V. suplico se sirva haberle por nombrado, mandando que el deudor nombre por la suya otro ó se conforme con el propuesto y no haciendo uno ú otro, nombrarle de oficio en su rebeldia, para que los dos juntos aprecien la referida casa, y hecha su valuacion se saque al pregon por los términos legales; pues así es justicia que pido, y para ello, &c.

Auto.

363 Háse por nombrado á F. Alarife para la tasacion de la casa expresada en el pedimento: notifiquese á N. que dentro de segundo dia nombre otro por su parte, ó se conforme con el propuesto, con apercibimiento de que se nombrará de oficio; y hecho que sea, precedida citacion de ámbas partes, tásese dicha casa ante qualquier Escribano de S. M. á quien se da comision, lo qual evacuado sáquese al pregon por el término de la ley, admítanse las posturas y mejoras que se hicieren conforme á derecho, y fixense cédulas en los parages públicos. El Señor D. F. &c. lo mandó, &c.

Notificacion al deudor.

364 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano notifiqué en su persona el auto precedente á N. mencionado en él, y enterado, dixo: que se conforma con el nombramiento que ha hecho F. su acreedor, por evitar mayores gastos; y lo firma, de que doy fé.

365 Si el deudor no se conforma y quiere nombrar otro, lo puede hacer por pedimento: si nada hace, le acusará la rebeldía el acreedor, y habiéndola el Juez por acusada nombrará otro de oficio á costa de los bienes del deudor, para que junto con el electo por el

acreedor haga la tasacion, y se proceda á la subasta y venta decretada.

Notificacion y aceptacion de los peritos.

366 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano notifiqué en sus personas el auto precedente (ó los autos de tal y tal dia) á F. y F. (ó á uno solo si no hubiere mas) Maestros de obras en esta villa, y enterados, dixeron: que aceptan el nombramiento hecho en ellos obligándose á evacuar bien y fielmente segun su inteligencia, y sin agraviar á las partes la tasacion para que estan nombrados; y lo firman, de que doy fé.

Citacion á las partes para la tasacion.

367 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano cité en sus personas con el auto ó autos de tal dia para hacer la tasacion que se manda en ellos, á F. y N. mencionados en él: doy fé.

Tasacion de la casa.

368 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano á conseqüencia de la comision que se me ha conferido por el auto de tal dia, recibi juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de F. y F. Maestros Alarifes en esta villa, quienes lo hicieron conforme á derecho, y baxo de él dixeron haber visto, medido y reconocido una casa que está en tal parte, y tiene tales linderos, &c. (*Se expresará lo que digan en su declaracion los Maestros, y luego concluirá*) cuya tasacion declararon haber hecho bien y fielmente segun su inteligencia y sin hacer agravio á las partes baxo del juramento expresado, en que se afirmaron y ratificaron, expresando ser F. de tantos años y F. de tantos poco mas ó ménos, y firmándolo, de que yo el Escribano doy fé.

369 Algunas veces discuerdan los peritos, y cada uno hace su declaracion separada, en cuyo caso las partes

pueden pedir al Juez nombre tercero en discordia, con el que se practican las diligencias, y con vista de las declaraciones de los dos evacua la suya: luego se dan los pregones de la ley por 30 dias útiles ó mas, segun parece al Juez, y se fixan edictos ó cédulas en la forma siguiente:

Pregones para la venta.

370 En tal parte, tal dia, mes y año *F.* pregonero de esta villa, estando á las puertas del oficio del infrascripto Escribano, (ó de la audiencia del juzgado de ella) dió un pregon en altas é inteligibles voces, diciendo: quien quisiere comprar una casa sita en tal calle y propia de N. que se vende de órden de la Justicia para hacer pago á sus acreedores, y está tasada en tantos mil reales, acuda al oficio de F. Escribano del Número de esta villa, donde se le admitirán las posturas y mejoras que hiciere; y no hubo postor: doy fé. = F.

Otro pregon.

371 En tal villa á tantos de tal mes y año por ante mí el Escribano el citado F. pregonero estando en tal parte dió otro pregon como el anterior, y no hubo postor: doy fé. = F.

372 Todos los pregones que se den, se han de ir extendiendo por dias con arreglo á los antecedentes, hasta que haya postor á la cosa que se subasta, el qual debe hacer la postura por pedimento, y no ha de admitírsele faltando las circunstancias expresadas en el n. 329. Las cédulas han de contener lo mismo que los pregones, poniéndose á su continuacion la fé de su fixacion, y se han de extender en esta forma.

Cédula.

373 Quien quisiere hacer postura á una casa sita en tal calle, propia de N. que está tasada en tantos mil reales y se vende judicialmente para pagar á sus acreedores,

acuda al oficio de F. Escribano del Número de esta villa donde se le admitirán las posturas que hiciere.

Fé de fixacion.

474 Doy fé que en este dia fixé tantas cédulas como la anterior, una en tal parage, otra en tal, y otra en tal, &c. y para que conste, lo pongo por diligencia que firmo en esta villa de tal á tantos de tal mes y año. = F.

Pedimento haciendo postura.

375 Antonio vecino de esta villa ante V. como mas haya lugar = digo: ha llegado á mi noticia que por el oficio del presente Escribano y en virtud de providencias de V. se está pregonando una casa propia de N. sita en tal calle, á la qual hago postura ofreciendo por ella tantos mil reales con las condiciones siguientes: que dentro de tantos dias se ha de rematar en mí la expresada casa, y aprobar el remate dentro de tantos despues que se celebre, de suerte que pasado dicho término ha de quedar á mi arbitrio el cumplimiento de la postura: que he de poder cederle á qualquier persona no prohibida, y á su favor ó al mio, si no le cediere, se ha de otorgar venta judicial y entregárseme su copia original con todos los títulos de pertenencia de la citada casa, sin que falte ninguno; y aunque la escritura se celebre á mi favor, he de poder declarar dentro de tantos dias siguientes á su otorgamiento, á qué persona pertenece dicha casa, y con qué órden y caudal hice la postura, sin que por la cesion ni declaracion se cause alcabala; y que de los tantos mil reales en que hágo esta postura, se han de deducir todas las cargas reales perpetuas y al quitar á que esté afecta é hipotecada dicha casa: los réditos que se esten debiendo de sus capitales, y la alcabala que se deba por esta venta, con mas todos los derechos de autos y diligencias, pregones y remate, y su aprobacion, los de la escritura de venta y su copia, papel sellado y blanco, como tambien lo que cueste sacar los títulos que falten, y demas, sin que yo es-

té obligado, ni pueda ser compelido á depositar ni entregar mas que el precio líquido que quede, hechas todas las deducciones expresadas, ni los acreedores del citado N. tengan la menor repeticion contra la citada casa, ni contra mí ni mis herederos en tiempo alguno, aunque el precio en que se remate, no alcance ni con mucho á reintegrarles de sus créditos, ó queden enteramente sin su importe. Con estas condiciones y no en otros términos hago la referida postura, obligándome á cumplirla: en cuya atencion = Á V. suplico se sirva admitirla, y á su tiempo celebrar el remate de la mencionada casa; pues así es justicia que pido, y para ello, &c.

Auto.

376 Admítese esta postura quanto ha lugar en derecho: hágase saber al deudor é interesados, y continúense los pregones por quince dias mas: el Sr. D. F. &c. lo mandó, &c.

377 Este auto se debe hacer saber al deudor y acreedores, y si el postor no es abonado, ha de decirse en él: "Que asegurando la postura con persona que lo sea, y se obligue en forma á cumplirla, se le admite, &c." Los pregones se han de continuar, diciendo: "Quien quisiere hacer puja ó mejora en una casa sita en tal calle, propia de N. que se ha mandado vender por la Justicia para hacer pago á sus acreedores, se halla tasada en tantos mil reales, y por la qual dan tantos mil, acuda, &c." Lo mismo han de contener las cédulas que nuevamente se fixen. Si se hicieren otras posturas, se admitirán expresando en los pregones las pujas, y cumpliendo el término de ellos pedirá el último postor ó pujador se señale dia para el remate presentando un pedimento como el siguiente.

Pedimento pretendiendo se señale dia para el remate.

378 Antonio vecino de esta villa ante V. como mas haya lugar = digo: que en tal dia hice y se me admitió

una postura con varias condiciones á una casa propia de N. que se ha estado subastando para hacer pago á sus acreedores, y una de aquellas fué que dentro de tantos dias se habia de rematar; y mediante haberse estado pregonando en ellos y en muchos mas, y no haber habido quien hiciere mejora = A V. suplico se sirva señalar el dia y hora que sea de su agrado para el remate de la mencionada casa, pues haciéndose en mí estoy pronto al cumplimiento de lo que tengo ofrecido en mi postura: pido justicia, y para ello, &c.

Auto.

379 Se señala para el remate de la casa expresada en el pedimento del dia tantos de este mes á tal hora en la audiencia del juzgado de esta villa, al que está pronto á asistir su merced, hágase saber á los interesados, y en el ínterin contínuense los pregones, vuélvanse á fixar cédulas con expresion de este señalamiento, y admítanse las pujas y mejoras que se hagan. El Sr. D. F. &c. lo mandó, &c.

380 Este auto se notifica al deudor, acreedores y postor ó postores que haya: se fixan inmediatamente las cédulas con expresion de la cosa, su valor, precio que dan por ella, y dia en que se ha de rematar, para que llegue á noticia de todos, y se pone la fixacion como en las anteriores; bien que si el Juez no manda que se fixen, se omitirán. Si en el acto del remate hubiere pujas, se admitirán, sin que los pujadores necesiten dar pedimento, pues basta hacerlas verbalmente. El remate se extiende en esta forma.

Remate de cosa raiz perteneciente al deudor.

381 En tal villa á tantos de tal mes y año siendo tal hora, y estando en la audiencia de su juzgado el Señor Don F. su Corregidor, compareció F. pregonero público de ella, y en altas é inteligibles voces dió un pregon, diciendo: "Quien quisiere hacer puja y mejora en una casa sita en tal calle, propia de N. que se vende judicial-

mente para hacer pago á sus acreedores, por la qual dan tantos mil reales con diferentes calidades y condiciones, y se ha de rematar ahora en el mayor postor, venga á esta audiencia, donde se le admitirán las que haga." Y asi prosiguió repitiendo varias veces este pregon, y añadiendo: "Vengan á este remate, que se va á encender la primera candela de cera:" la que con efecto fixó el citado pregonero en la puerta de la audiencia, y continuó los pregones diciendo: "Vengan á este remate, que está puesta la primera candela:" á cuyo tiempo compareció Juan de tal vecino de esta villa y de tal exercicio que vive en la calle de tal, y dixo: que hacia mejora de tantos reales, poniendo la casa en tantos mil con las condiciones de la primera postura, cuya puja le admitió dicho Señor Juez, y el pregonero continuó los pregones refiriéndola, y añadiendo que estaba puesta la segunda candela. (*Si hubiere mas mejoras, se relacionarán con la anterior, y sobre cada una se darán los correspondientes pregones, hasta que se apague la tercera candela, ó mas, segun el Juez mande y haya pujas, y luego proseguirá el pregonero.*) Que apercibo el remate á la una, á las dos, á la tercera; y puesto que no hay quien dé por la referida casa mas que los tantos mil reales que ofreció Juan, buen provecho y buena pro le haga. Con esto quedó rematada en el expresado Juan en los tantos mil reales en que la puso, y estando presente, dixo: que acepta este remate ofreciendo cumplir las condiciones que contiene el pedimento presentado por Antonio primer postor, y depositar en dinero efectivo luego que se le mande, la cantidad líquida que deba: á todo lo qual se obliga con su persona y bienes muebles y raices, y derechos presentes y futuros, dando ámplia facultad al Señor Juez que es ó fuere de esta villa, para que le compela á cumplirlo como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, y renunciando las leyes y fueros que le favorezcan. Así lo otorga y firma el expresado Juan, á quien, doy fé, conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta villa, y otras muchas personas que se ha-

llaron presentes á este remate. Tambien lo firma el expresado Señor Corregidor, y de todo lo referido doy fé.

382 Este remate se hace saber á todos los interesados, y pasados tres dias despues de la última notificacion, si nada dicen, les acusa la rebeldía el comprador, y pide se apruebe, haga liquidacion de cargas, y se le despache la venta. Si en el pueblo hubiere costumbre de hacer los remates con otras señales y no con candelas, se observará, porque estas no son precisas para su validacion, y solo por estilarse en la corte extendí el anterior mencionándolas. Y si el Juez no pudiese asistir, se expresará en el auto de señalamiento, dando comision al Escribano originario, para que le celebre y admita las pujas que se hagan; pues por faltar su presencia no le anula el derecho, ni tampoco por no asesorarse para hacerle y aprobarle, si es lego, se anulará, estando hecho con la pureza y solemnidades legales.

Pedimento para la aprobacion del remate.

383 Juan de tal vecino de tal villa ante V. como mas haya lugar = digo: que en tal dia se remató en mi como mayor postor una casa propia de N. sita en tal calle, en tanta cantidad con diferentes condiciones, una de las quales fué que celebrado el remate se habia de aprobar; y mediante á que habiéndose hecho saber este á todos los interesados, ninguno se ha opuesto ni dicho cosa alguna centra él, sin embargo de haber pasado el término en que debieron hacerlo, les acusó la rebeldía, y = A V. suplico se sirva haberla por acusada, y en su conseqüencia aprobar el citado remate, mandando que el presente Escribano haga liquidacion de las cargas que tenga contra sí dicha casa, para lo que se notifique y apremie al deudor presente sus titulos en su oficio; y que aprobada que sea se me despache venta judicial en forma, pues estoy pronto á depositar lo que resultare líquido en la parte ó persona que V. señale: pido justicia, y para ello, &c.

Auto de aprobacion del remate.

384 Háse por acusada la rebeldía, y se aprueba el remate hecho á favor de esta parte de la casa que refiere. El presente Escribano haga liquidacion de sus cargas, y traigase, evacuada que sea; como tambien para hacerla segun corresponde, notifíquese á N. presente en su oficio los títulos de su pertenencia dentro de segundo dia, y no lo haciendo aprémiesele á su entrega. El Señor D. F. &c. lo mandó, &c.

385 Este auto se notifica á todos los interesados, para que les conste la aprobacion del remate; y al deudor ó persona que le represente, para que entregue los títulos de pertenencia, á fin de hacer liquidacion de las cargas que tenga la finca subastada, de las que, de los autos seguidos, y de la sucesion que resulte de los mismos títulos, se puede y convendrá hacer relacion por suposiciones para mayor claridad en la forma siguiente.

Liquidacion de las cargas de la finca vendida.

386 Cumpliendo con lo mandado en el auto de tal dia, proveido por el Señor Don F. Corregidor de esta villa, yo F. Escribano de su Número con vista de estos, y de los títulos de propiedad y pertenencia de una casa propia de N. sita en tal calle, procedo á formar liquidacion y deduccion de sus cargas y demas que se deben hacer del precio en que se remató; y para su mayor claridad supongo:

En primer lugar, que la referida casa perteneció en lo antiguo siendo sitio erial, á P. quien la edificó, y por su muerte acaecida en tal dia baxo del testamento que en tal habia otorgado ante tal Escribano, en el que instituyó por su único heredero á D. su hijo, recayó en este, el qual la vendió á M. por escritura otorgada en tal dia, mes y año ante F. Escribano en precio de tantos mil reales, &c. (*proseguirá la relacion de los títulos hasta el del executado.*)

En segundo lugar supongo, que el citado N. impuso sobre dicha casa dos censos al quitar, el uno de tantos mil reales de principal á favor de P. por escritura de tantos de tal mes y año, de cuyos réditos á tres por ciento se le estan debiendo hasta el dia segun el último recibo tantos reales; y el otro de tantos tambien de principal al propio premio anual, de que formalizó la correspondiente escritura censual á favor de tal capellanía en tal dia, mes y año ante tal Escribano, y de sus réditos hasta este mismo dia se le deben tantos reales.

Y últimamente supongo que con motivo de estar debiendo el expresado N. tantos mil reales á F. en virtud de escritura de obligacion que otorgó en tal dia á su favor, pidió execucion contra él en tal dia por ellos, la qual se despachó, y seguida por sus trámites regulares se sentenció la causa de remate, y expidió el correspondiente mandamiento de pago, con el que habiéndosele requerido respondió que ni tenia dinero ni otros bienes que la citada casa, la que consentia se vendiese para hacerlo al acreedor: en cuya atencion y precedida tasacion en tantos mil reales por peritos que este y el deudor eligieron, se mandó sacar al pregon por el término de la ley. Pasado este se señaló el dia tantos para su remate que se celebró con la solemnidad y pureza legal en tantos mil reales á favor de Juan de tal vecino de esta villa con varias condiciones, entre las quales fué una: que se habian de baxar las cargas perpetuas y al quitar á que estuviese afecta, y los réditos que estuviese debiendo de ellas, como tambien la alcabala que se causase por su venta, y todos los derechos judiciales, sin estar obligado á entregar ni depositar mas que lo líquido que quedase, despues de hechas todas las referidas deducciones, y posteriormente por no haber expuesto cosa alguna contra él los acreedores ni el deudor, sin embargo de haberseles comunicado, se aprobó en tal dia por el mencionado Señor Corregidor, mandando hacer liquidacion de ellas, la que con estas suposiciones executo en la forma siguiente.

Valor de la casa subastada.

La expresada casa se ha rematado en el citado Juan en precio de tantos mil reales, como se ha expuesto, de los quales se hacen las siguientes deducciones..... ∂ooo

Baxas de este precio.

Se baxan del precio de dicha casa tantos mil reales, capital de un censo al quitar que el referido N. impuso sobre ella, como se ha expresado en la segunda suposicion.... ∂ooo

Mas, tantos mil reales, importe de los réditos del expresado censo vencidos desde tal dia hasta el presente..... ∂ooo

Mas, tantos mil reales, capital de otro censo mencionado en dicha suposicion..... ∂ooo

Mas, tantos por los réditos del citado censo corridos desde tal dia hasta hoy..... ∂ooo

Mas, tantos reales á que ascienden los derechos de la alcabala que se causa por esta venta, baxados los capitales de ámbos censos..... ∂ooo

Total de carga.... oo∂ooo
Precio de la casa... oo∂ooo

Quedan líquidos... oo∂ooo

Importan en una suma las partidas anteriores tantos mil reales y deducidos de los tantos mil reales en que se remató la dicha casa, quedan líquidos tantos mil, los que deberá depositar el comprador para hacer pago al executante y demas interesados: en cuya conformidad, concluyo esta liquidacion que he hecho segun mi inteligencia sin causar agravio alguno á los interesados, por lo que la firmo en esta villa de tal á tantos, &c.

Auto.

387 Comuníquese traslado á los interesados de la liquidacion precedente, para que dentro de tercero dia expongan lo que les convenga: el Señor D. F. Corregidor de esta villa de tal lo mandó á tantos, &c.

388 Si en el acto de notificar este auto al comprador y demas interesados en la finca vendida respondieren que se conforman con la liquidacion, y que se proceda á su aprobacion, se les debe admitir la respuesta que firmarán, si saben, y sino, la consentirán por pedimento; pero si quieren tomar los autos, se les entregarán, y por un escrito se conformarán ú opondrán los reparos que les ocurran. Sino los tomasen, ni se conformaren, les acusará la rebeldía el comprador, pasados los tres dias contados desde la última notificacion, pretendiendo se apruebe y nombre la persona en quien ha de depositar lo líquido del precio de la finca, como tambien que ínterin se le despacha la venta de ella, se le dé su posesion, expidiendo á este efecto el correspondiente mandamiento: á cuyo pedimento debe decir el Juez: *por acusada la rebeldía: autos citadas las partes*; y pasados otros tres dias despues de la última citacion con este auto proveerá el siguiente

Auto en que se aprueba la liquidacion y manda dar posesion de la finca al comprador.

389 En tal villa á tantos de tal mes y año el Señor D. F. Corregidor de ella, habiendo visto estos autos y la liquidacion de cargas de la casa que se expresa en ellos, executada por el presente Escribano, dixo: que mediante no haber expuesto cosa alguna contra ella los interesados la debia aprobar, y aprueba en todo y por todo condenándolos á que pasen por su contenido, y mandando que Juan de tal en quien se remató dicha casa, deposite en poder de Francisco los tantos mil reales que resulta debe desembolsar, para completar el precio de su remate,

con cuyo depósito declara haber hecho todo el pago, dándole por libre de su responsabilidad; y hecho, ínterin se formaliza la escritura de venta competente, se le aposesione de la casa, expidiéndose á este fin el correspondiente mandamiento; y por este su auto así lo proveyó y firmó.

390 Este auto tiene fuerza de definitivo sobre el punto de que habla, por lo que es apelable, y ántes de proceder á hacer el depósito conviene que se declare por pasado en autoridad de cosa juzgada en los términos explicados en el cap. 1 de este lib. nn. 553 y sig. lo qual no será necesario, si se conforman con la liquidacion, porque entónces recae la aprobacion sobre su conformidad, y se debe expresar en el mismo auto. Omito extender el depósito, por haberle extendido en la I. P. cap. 17 n. 14, como tambien la posesion, por estarlo en dich. I. P. c. 9 n. 158, adonde remito al principiante, y solo prevengo que este depósito se extiende en los mismos autos sin necesidad de hacer protocolo de él, y debe insertarse en la escritura de venta para que conste en ella el pago.

Mandamiento para dar posesion de la casa vendida.

391 Alguaciles de esta villa, qualquiera de vos, dad á Juan de tal vecino de ella, ó á quien tuviere poder suyo, la posesion real, actual, corporal, ó quasi en forma de una casa propia de N. sita en tal calle que para hacer pago á sus acreedores se vendió en virtud de providencias mias en pública subasta, y remató en el expresado Juan, á quien en conseqüencia de haber depositado su valor líquido, deducidas cargas, corresponde su goce y aprovechamiento desde tal dia en que hizo el depósito: en cuya atencion amparadle y defendedle en ella sin perjuicio de tercero de mejor derecho, imponiendo pena de prision y de cinqüenta mil maravedís para la Real Cámara á quien se la perturbe; y asimismo requerid á los inquilinos declaren lo que pagan por sus viviendas, exhibiendo cada uno su último recibo, y que lo que desde el citado dia tantos se ha devengado y devengare, lo en-

treguen al referido Juan, ó á quien le represente, y no á otra persona alguna pena de volverlo á pagar. Fecho en tal parte á tantos. D. F. = Por su mandado = F.

392 Con este mandamiento pasan el alguacil y Escribano acompañados del comprador á darle la posesion y requerir á los inquilinos, como se ordena en él, poniendo á su continuacion todas las diligencias y entregándoselas originales, para que le sirvan de título de pertenencia, pues en los autos ninguna falta hacen; y si los inquilinos piden testimonio de su requerimiento, se lo deba dar el Escribano con la relacion competente, que por ser cosa muy fácil y evitar prolixidad, omito extender. Muchas veces ántes ó despues de tomar la posesion el comprador suele ceder el remate á favor de otro con arreglo á lo estipulado en su postura, y otras veces despachada ya á su favor la venta judicial declara que hizo la compra con dinero ageno expresando la persona, y que por esta razon le pertenece la cosa comprada, en cuyos casos no se causa nueva alcabala, si así se pactó. La cesion del remate y declaracion se extiende de esta suerte.

Cesion del remate de la casa comprada.

393 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Juan de tal vecino de ella dixo: que con motivo de estarse subastando judicialmente por mi oficio una casa sita en tal calle, propia de N. para hacer pago á sus acreedores, hizo postura en ella que se le admitió, en tantos mil reales con varias condiciones, entre las quales fue una que habia de poder ceder el remate á la persona que quisiese, y despacharse en cabeza de esta la venta judicial; y señalado dia para él se celebró en el otorgante como mayor postor, se hizo liquidacion de cargas, por la que resultó deber desembolsar tantos mil reales que efectivamente depositó, y en su conseqüencia se le dió la posesion de la citada casa, como resulta mas difusamente de los autos obrados, á que se remite; y mediante haber hecho la postura y practicado

todo lo demas por encargo y con dinero de P. desde luego para que siempre conste: otorga, confiesa y declara que la postura que hizo en tantos mil reales á la casa referida, y el depósito de tantos mil líquidos, y todo lo demas que ha hecho en estos autos, fué con órden expresa y caudal prapio de P. y que por consiguiente ningun derecho le corresponde á ella; pero que si por haber prestado su nombre y practicado todo lo dicho, adquirió alguno, desde ahora para siempre se desapodera y aparta de él, cediéndole y traspasándole enteramente en el referido P. quiere que la posesion que se le ha dado, se estime haberla tomado en su nombre y como su mandatario; y suplica al Señor Juez que conoce de los autos relacionados, que en virtud de esta cesion y con inserclon de ella se sirva otorgar y despachar en cabeza y á favor del expresado P. y de sus herederos y sucesores la correspondiente venta de dicha casa, como que por haber desembolsado su precio le pertenece en posesion y propiedad. Ademas, promete tener por firme, y no revocar ni reclamar con pretexto alguno esta declaracion y cesion; y si lo hiciere, á mas de no ser oido judicial ni extrajudicialmente, consiente se le condene en costas, como á quien pretende lo que por ningun título le corresponde. Por tanto, al cumplimiento de este contrato obliga sus bienes muebles y raices, &c. (*Aquí las cláusulas generales.*)

394 Con copia de esta escritura ha de acudir el cesionario al Juez presentándola, y pretendiendo por pedimento que á conseqüencia de lo que resulta de ella, despache á su favor la venta, y mande entregarle todos los títulos de pertenencia de la finca comprada, á lo qual debe deferir. En la venta no solo se deben relacionar por mayor los autos seguidos sino tambien sacar copia testimoniada de ellos, y unirla á su protocolo para documentarla, pues no conviene se protocolicen los originales, porque puede suceder que con el tiempo los pida algun acreedor, y si están protocolados, no se le podrán entregar. La venta es lo mismo que otra qualquiera en sus cláusulas y firmezas, fuera de su introduccion y conclu-

sion que por haberse puesto en el §. fin. cap. 9 P. I. y evitar repeticion, se omite extender aquí. Las propias cláusulas en quanto á lo dispositivo debe contener qualquiera escritura de cesion de venta extrajudicial de cosa comprada con dinero de otro y para este, excepto que no se ha de hablar de remate ni autos, porque no los hay. Despues de otorgada la venta ó ántes pueden ocurrir el executante y demas interesados á pedir libramiento para el cobro de sus créditos, el que se les manda despachar contra el depositario del caudal, y se extiende en la forma siguiente.

Libramiento para hacer pago á un acreedor.

395 D. F. Corregidor de esta villa de tal, &c. Francisco de tal en cuyo poder se halla depositado el precio líquido de una casa propia de N. sita en tal calle que se vendió en virtud de providencias mias para hacer pago á sus acreedores, luego que sea requerido con este libramiento, dará y pagará á F. tantos reales que por tal escritura, (*ó lo que sea*) parece se le estan debiendo, con el qual, y con recibo ó carta de pago de su importe serán bien satisfechos, y se le abonarán en cuenta del depósito que constituyó tal dia ante el presente Escribano, y hasta en la referida cantidad se le declara por libre de su responsabilidad; pues por auto de este dia así lo tengo mandado. Fecho en esta villa á tantos, &c. D. F. = Por su mandado = F.

396 Con arreglo á este libramiento se pueden extender todos los que ocurran, mudando solamente la cantidad y persona, y se entregarán originales con copia de la carta de pago al depositario para su resguardo. El libramiento que se despache en concurso ú ocurrencia de acreedores, ha de contener la circunstancia que el que extenderé para modelo en el cap. 3 de este libro.

Pedimento para que se adjudiquen en pago al acreedor los bienes executados.

397 F. vecino de esta villa en los autos executivos contra N. sobre la satisfaccion de tantos mil reales procedidos de tal cosa, ante V. como mas haya lugar = digo: que por la referida cantidad, su décima y costas se despachó mandamiento de execucion que se trabó en una casa suya sita en tal calle, y seguida la causa por los trámites regulares se sentenció de remate, y libró el correspondiente mandamiento de pago, despues de la qual por no haberla satisfecho, se mandó tasar y vender dicha casa que se ha estado pregonando por el término legal y mucho mas, sin que hubiese quien hiciese postura á ella. Y mediante que la tasacion de la casa es de tantos mil reales, y mi crédito, inclusas las costas que se me causaron hasta aquí, asciende á tantos, me allano desde luego á recibirla en parte de pago por la cantidad que deducidas cargas perpetuas y al quitar con sus réditos, y los demas gastos judiciales que se hayan hecho y hagan, quede líquida, con tal que se me reserve mi derecho, para que pueda repetir por el resíduo contra qualesquiera bienes que se descubra pertenecer al referido N. hasta el total reintegro de mi crédito: en cuya atencion = A V. suplico se sirva admitirme este allanamiento, mandar que el presente Escribano haga líquidacion de las cargas que tenga la casa, y por lo que resultare líquido, adjudicármela en parte de pago de mi crédito, despachando á mi favor la escritura de adjudicacion correspondiente con entrega de su copia y de todos los títulos de su pertenencia, y reservándome mi derecho para usar de él por el resto de mi crédito contra el referido N. y sus bienes: pido justicia y para ello, &c.

398 Este pedimento se da así, quando la finca executada tiene cargas, pues no teniéndolas es superfluo pedir se haga liquidacion; y caso que las tenga, se manda que el Escribano originario la evacue, despues

se comunica al deudor y acreedor ó acreedores, y aprobada como la anterior se provee el siguiente

Auto de adjudicacion en pago de cosa raiz.

399 En tal villa á tantos, &c. el Señor Don F. Corregidor de ella en vista de lo pretendido por F. dixo: que mediante haberse pregonado por los términos del derecho y mucho mas la casa propia de N. sita en tal calle, sin que nadie compareciese á hacer postura á ella, y por esta razon allanarse el citado F. á recibirla por lo líquido que quede de su valor, baxadas cargas; se la adjudicaba, y adjudicó en posesion y propiedad para siempre por tanta cantidad, que es la que segun la liquidacion practicada por el presente Escribano, resulta quedar del valor que se le dió en la tasa: cuya adjudicacion le hace en parte de pago de tantos mil reales que importa la deuda, porque se expidió contra el referido N. la execucion, su décima y costas, mandando que se despache á su favor la correspondiente escritura de adjudicacion insertándose en ella lo necesario: que se le dé la posesion de la casa y se le entreguen los títulos de su pertenencia, requiriendo á sus inquilinos pongan en su poder los alquileres vencidos hasta tal dia, (*que será el de la fecha de la liquidacion*) y que se vencieren en lo sucesivo como á dueño y poseedor legítimo. Y por lo respectivo á los tantos mil reales en que N. queda en descubierto, se le reserva á F. su derecho, para que use de él cómo y contra quien le convenga. Por este su auto así lo mandó y firmó. Don F. &c.

400 En la liquidacion que se haga de cargas, se deben incluir por aumento de caudal del deudor los alquileres ó arrendamientos de la finca executada que se adjudica en pago, hasta el dia en que se concluye la liquidacion; y si se vende, hasta el en que el comprador en quien se remató, deposita el precio, pues desde entónces deben corresponderle, porque cumplió con quanto estaba de su parte, y no es justo que se halle privado de dinero, de la finca y de los frutos. Y en caso que la finca ó bienes raices

adjudicados esten en otra jurisdiccion, se ha de expedir requisitoria á sus Justicias para que le den la posesion de ellos, previniéndose así en el auto de adjudicacion.

Auto de adjudicacion en pago de bienes muebles.

401 Mediante haberse pregonado por tantos dias los bienes embargados á N. y depositados en tantos de este mes, á consequencia del mandamiento de execucion despachado contra él por tanta cantidad, su décima y costas, á instancia de P. su acreedor, sin que haya habido quien diese por ellos su justo precio; y allanarse asimismo dicho P. á tomarlos por su tasa que importa tantos reales; se le adjudican por estos en cuenta y parte de pago de su crédito. Requiérase á B. depositario de ellos se los entregue, con lo qual se le declara por libre del depósito que constituyó en tal dia ante tal Escribano; y para título legítimo dése al expresado P. testimonio de este auto con expresion individual de los bienes, sus precios y demas conducente, reservándole su derecho, para que por el residuo de su crédito use de él como y contra quien le convenga. El Señor Don F. Corregidor de esta villa de tal lo mandó, &c.

402 Como sucede algunas veces que la cantidad por que se despacha la execucion, no es muy quantiosa, y sea menor inconveniente que el acreedor espere algun tiempo para reintegrarse de su crédito, que el que se haga al deudor la extorsion y perjuicio de venderle la hipoteca de la deuda ú otros bienes raices, pretende el mismo acreedor que se le dé posesion prendaria de ellos, que viene á ser posesion del derecho de percibir sus frutos y rentas hasta hacerse pago, sin exigir décima ni otra cosa por el trabajo de la cobranza, porque hace su propio negocio, y por hacerle nadie debe apremiarle: en cuyo caso defiere el Juez á su solicitud, con calidad de que lleve cuenta, así de lo que perciba, como de lo que pague, y gaste en obras y reparos para la utilidad y conservacion de los bienes, á fin de darla siempre que se la pida su deudor; y que á este efecto

se requiera á los inquilinos y colonos le entreguen los alquileres y arrendamientos que esten debiendo y debieren, librándose el correspondiente mandamiento, el qual y el auto que debe precederle, se extienden en la forma siguiente.

Auto en que se manda dar posesion prendaria al acreedor.

403 En atencion á lo que esta parte expone, désele la posesion prendaria de los bienes que expresa, para que con su producto se reintegre de tantos reales, importe del principal y costas, por qué se sentenció esta causa de remate, con condicion de llevar cuenta de lo que perciba, y gaste en utilidad y conservacion de dichos bienes, siempre que se le pida y mande, á cuyo efecto líbrese el correspondiente mandamiento, con el que se requiera á sus inquilinos y colonos le entreguen lo que deban y debieren en adelante. El Señor Don F. Corregidor, &c.

Mandamiento de posesion prendaria.

404 Alguaciles de esta villa, qualquiera de vos dad á F. la posesion real, corporal ó quasi en forma de una casa propia de N. sita en tal calle, para que la goce por derecho de prenda, percibiendo sus alquileres hasta que se reintegre de tanta cantidad de principal y costas procesales, porque dí sentencia de remate, y expedí mandamiento de pago en tal dia contra el citado N.: amparadle y defendedle en ella, imponiendo pena de prision y de tantos mil maravedis para la Real Cámara, al que se la perturbe, y requiriendo á los inquilinos de la citada casa le contribuyan con los alquileres que esten debiendo y se devengaren en adelante; pues por mi auto de este dia así lo tengo mandado. Fecho en tal parte á tantos de tal mes y año. D. F.=Por su mandado.=F.

Requisitoria para executar al deudor domiciliado en otra jurisdiccion, notificarle el estado de la execucion y citarle de remate.

405 Don F. Corregidor de esta villa de tal: hago saber que ante mí y por el oficio del presente Escribano del Número se dió pedimento en tal dia por parte de Juan de tal vecino de esta villa, acompañado de una escritura de obligacion (*ó de lo que sea*) otorgada á su favor por N. en ella á tantos de tal mes y año ante tal Escribano, exponiendo que el citado N. le debia tantos mil reales por tal causa, los quales se habia obligado á satisfacer y poner en su casa en tal dia, pena de execucion, costas y salarios de su cobranza; y que sin embargo de haberse pasado el término estipulado en ella y mucho mas, no solo no se los habia pagado, sino que ni aun le habia contestado á una carta política que á este fin le habia escrito en tal dia: en cuya atencion, en la de que le hacia suma falta la referida cantidad, y en la de estar sometido especialmente á mi juzgado el deudor por la expresada escritura, concluyó con la pretension de que por lo que resultaba de ella, despachase execucion contra su persona y bienes por medio de requisitoria, jurando no pedirla de malicia, y protestando admitir en cuenta legítimas y justas pagas; á cuya solicitud deferí, y el tenor de la escritura, pedimento y auto que proveí á él, es el siguiente. (*Aquí se ha de insertar lo relacionado en párrafo aparte, y luego proseguirá la requisitoria.*)

Concuerdan la escritura, pedimento y auto insertos con sus originales que se hallan en el oficio del infrascripto Escribano, á que me remito; y para que tenga efecto mi proveido, expido la presente, por la qual de parte de S. M. y en virtud de la jurisdiccion que en su Real nombre exerzo, exhorto y requiero á los referidos Señores Jueces, y de la mia pido y encargo que presentándosela qualquiera persona en nombre del citado Juan

de tal, sin pedirle poder ni otro documento la manden cumplir, y en su conseqüencia que por ante Escribano y en forma se haga execucion en la persona y bienes del dicho N. por los tantos mil reales expresados en la citada escritura, y por su décima, costas y salarios: que la execucion se trabe y amplie en bienes muebles, y no siendo suficientes ó por su defecto en raices que se depositen por cuenta y riesgo de esa Justicia en persona lega, llana y abonada con sumision á mi juzgado: que no los teniendo, ó aunque los tenga, si no diere fiador de saneamiento, se le asegure y ponga preso en la cárcel de esa villa, en la que subsista hasta que yo provea otra cosa: que asimismo se le notifique en su persona, pudiendo ser habido, el estado de esta execucion, apercibiéndole que si dentro de las setenta y dos horas siguientes á la en que se haga la notificacion, la qual se expresará en la diligencia, no pagare los tantos mil reales, satisfará ademas la décima parte de ellos: que igualmente se le requiera, si da por dados los pregones que manda la ley, ó los renuncia y quiere gozar de su término, y que renunciándolos se den en esa villa en dias útiles, y fixen cédulas en los parages públicos de ella: que pasado el término se le cite de remate, ó por su ausencia ú ocultacion á su muger, hijos, criados ó vecinos inmediatos, dexándole memoria por escrito y apercibiéndole tambien en ella que si dentro de tantos dias perentorios, contados desde el de la citacion, no compareciere por sí ó por su Procurador con poder bastante á mostrar paga, quita ú otra excepcion legítima que impida el remate de los bienes executados, sin mas citacion, ni interpretacion, procederé á sentenciar la causa y á lo demas á que haya lugar en derecho, y le parará tanto perjuicio, como si se substanciaran los autos con su persona; y finalmente que evacuado todo lo manden entregar original con esta requisitoria al que la presente, para que la devuelva á mi juzgado y en su vista provea justicia; pues en hacerlo así la administrarán dichos Señores Jueces, y yo corresponderé, como

es justo, siempre que se me presenten las suyas. Fecha en esta villa de tal á tantos de tal mes y año. D. F. = Por su mandado. = F.

Requisitoria de pago para vender bienes que se hallan en otra jurisdicion.

406 Don F. Corregidor, &c. Hago saber, &c. que en mi juzgado y por el oficio del infrascripto Escribano del Número penden autos executivos á instancia de Juan de tal contra Francisco de tal, vecinos de esta villa, sobre la satisfaccion de tantos mil reales de principal, su décima y costas, debidos por tal causa, habiendo tenido principio dichos autos en tal dia de tal mes de este año por pedimento que dió el primero con presentacion de una escritura otorgada á favor de este en tal dia ante tal Escribano por el citado Francisco, expresando que le estaba debiendo los referidos tantos mil reales: que sin embargo de haberse pasado el plazo pactado en la escritura, y de habérselos pedido repetidas veces, no habia podido conseguir su cobro; y que para conseguirle se veia precisado por la suma falta que le hacian, á usar de los medios judiciales: en cuya atencion concluyó con la solicitud de que por lo que resultaba de la escritura, despachase execucion contra la persona y bienes de dicho Francisco por los mencionados tantos mil reales, su décima, y costas causadas y que se causasen hasta su efectivo reintegro, jurando no pedirla de malicia, y protestando admitir en cuenta legítimos y justos pagos. Yo deferí á esta solicitud y en virtud del mandamiento de execucion que despaché, se trabó en bienes muebles, se le notificó su estado, se le citó de remate á su tiempo, y habiéndose opuesto á ella encargué á ámbas partes los diez dias de la ley; en los quales aunque el executado tomó los autos, no hizo ninguna prueba, por lo que á instancia del executante y vistos por mí los sentencié de remate, mandando continuar la execucion, vender los bienes executados, y

hacer con ellos y su valor entero pago de los tantos mil reales, su décima y costas causadas y que se causaran hasta que se efectuase, con tal que diese la fianza de la ley de Toledo, como la dió en efecto, y en su conseqüencia, precedida su tasa que ascendió á tantos reales, expedí el correspondiente mandamiento de pago, con el que se le requirió; y por no haber satisfecho incontinente el débito, se le vendieron los bienes muebles executados, cuyo valor importó tantos reales, faltando tantos para su complemento. En este estado ocurrió el autor en tal dia refiriendo lo que se ha expuesto, y pretendiendo se procediese contra la persona del executado, para que le reintregrase del residuo en caso de no manifestar mas bienes, y habiéndolo mandado yo así, al requerimiento que se le hizo, dixo que poseia en esa villa tales bienes raices, los quales consentia se vendiesen en pública subasta, y que sus títulos se hallaban en poder de Fulano su Administrador. En vista de esta respuesta pidió el acreedor librase el competente despacho para su venta, á lo qual condescendí, mandando se notificase á él y al executado, nombrasen peritos para su valuacion, con apercibimiento de que se nombraria de oficio: á cuya notificacion respondió este que se entendiesen todas las diligencias con su Administrador, y aquel que se conformaba con lo que esa Justicia practicase, segun resulta todo mas por extenso de la escritura, pedimentos, autos, sentencia y demas diligencias expresadas, cuyo tenor por su órden es el siguiente. (*Aquí se insertará lo relacionado en párrafo aparte.*)

Y para que lo mandado en mi sentencia y proveidos posteriores tenga debido efecto, expido la presente, por la qual de parte de S. M. y en virtud de la jurisdiccion que en su Real nombre exerzo, les exhorto y requiero, y de la mia les pido y encargo que presentándosela qualquiera persona en nombre del expresado Juan de tal, sin pedirle poder ni otro documento la manden cumplir, y en su conseqüencia que precedida tasacion de los bienes referidos en la respuesta del execu-

tado y demas que declare su Administrador F. por perito que este nombre y por el que se elija de oficio, se saquen á pública subhasta, pregonándose y fixándose cédulas en los parages públicos de esa villa por los términos del derecho, admitiendo con arreglo á este para evitar lesion y nulidad las posturas y mejoras que se hagan en todos los bienes ó en cada finca, celebrando á su tiempo el remate en el mayor postor ó postores, aposesionando y entregando los títulos de ellos á los compradores, despachándoles la venta ó ventas correspondientes, del mismo modo que yo lo practicaria, y depositando el producto líquido, baxadas cargas y costas que ahí se originen, en persona lega, llana y abonada con sumision á mi juzgado; y evacuado todo é insertando en la escritura ó escrituras de venta que se celebren para documentarlas, testimonio de esta requisitoria y diligencias que se practiquen en su virtud, la devolverán con ellas al portador para unirlo todo á estos autos, donde deben parar, y proveer en su vista lo conveniente; pues en hacerlo así administrarán justícia dichos Señores Jueces, y yo corresponderé, como es justo, siempre que se me presenten las suyas. Fecha en esta villa de tal, &c.

Requisitoria de pago contra un deudor vecino de pueblo diverso de el del juicio.

407 Don F. Corregidor, &c. Hago saber á los Señores Jueces y Justicias de tal villa que ya les constá que en tal dia por parte de Juan de tal vecino de esta, con presentacion de una escritura de obligacion otorgada en ella en tal dia, mes y año ante F. Escribano por N. que lo es de esa, con sumision especial á mi juzgado, se dió pedimento exponiendo que el mencionado N. estaba debiéndole tantos mil reales por tal causa, los quales se habia obligado á satisfacerle, y poner en su casa y poder tal dia: que sin embargo de haber pasado el término estipulado en ella y mucho mas, no solo no se los habia sa-

tisfecho, sino que ni aun le habia contestado á una carta política que en tal dia le habia escrito á este fin; que en atencion á esto y á hacerle suma falta la referida cantidad solicitaba que despachase requisitoria de execucion contra la persona y bienes del expresado N. por dicha cantidad, su décima y costas; y que con efecto la expedí, y cumplimentada por Vmdes. se trabó y amplió la execucion en varios muebles, y raices del citado N. que se seqüestraron y depositaron en P. vecino de esa villa con sumision á mi juzgado: se notificó el estado de la execucion al executado, quien renunció los pregones con protesta de gozar de su termino; y pasado este se le citó de remate apercibiéndole que si dentro de tantos dias perentorios contados desde el de la citacion no compareeia por sí ó por su Procurador con poder suficiente á mostrar paga, quita, ó razon legitima que impidiese el remate, procederia á sentenciar la causa y á lo demas á que hubiese lugar en derecho, como todo lo acreditan la requisitoria de execucion y diligencias practicadas en su virtud ante F. Escribano del Número de esa villa que se hallan en el oficio del presente. Despues con motivo de haber espirado el término prefinido al executado para comparecer y no haberlo hecho, solicitó el executante sentenciara la causa de remate, y que precedida tasacion de costas librase la correspondiente requisitoria de pago, á cuya conseqüencia llamados y vistos los autos, por sentencia que pronuncié en tal dia, mandé continuar la execucion, y hacer trance y remate de los bienes executados, y que con ellos ó su valor se le reintegrase del principal, décima y costas, dando la fianza prevenida por la ley de Toledo, como todo se acredita con los pedimentos, auto, sentencia y diligencias practicadas que por su órden dicen así: (*Aquí se inserta en párrafo aparte todo lo relacionado.*)

Y para que la sentencia de remate inserta se execute, de parte de S. M. en cuyo Real nombre administro justicia, exôrto y requiero á los referidos Señores Jueces, y de la mia les pido y encargo que presentándoles

esta requisitoria qualquier persona en nombre del mencionado Juan de tal, sin pedirle poder ni otro recado la manden cumplir, y en su conseqüencia que por ante Escribano y en forma se requiera al citado N. le dé y pague incontinente, ó á quien le represente y tenga su accion los tantos mil reales porqué pidió y se despachó la execucion, con mas tantos de costas procesales causadas hasta aquí, y las que se causaren, como asimismo la décima correspondiente: que no cumpliendolo así le saquen y vendan todos los bienes executados, requiriendo y apremiando á F. á que en fuerza del depósito que constituyó tal dia y va inserto, los manifieste y entregue: que entregados se tasen y vendan con citacion del deudor en pública subasta, rematándolos en el mayor postor y haciendo con su valor el referido pago: que no alcanzando se le saquen y vendan asimismo todos los demas precisos, hasta que se haga enteramente: que se aposesione de ellos á los compradores, otorgando á su favor la correspondiente escritura ó escrituras de venta en que se inserte lo conducente para documentarlas, entregándoles los títulos de pertenencia de los raices, y procediendo en todo conforme á derecho: y finalmente que evacuado todo lo manden entregar original con esta requisitoria á la persona que la presentare, para que lo traiga ante mí; pues con hacerlo así administrarán justicia, y yo corresponderé, como es justo, siempre que se me presenten las suyas. Fecha, &c.

Suplicatoria á tribunal superior para hacer un embargo.

M. P. S.

408 Don F. Corregidor de esta villa de tal digo: que ante mí y el infrascripto Escribano del Número se siguen autos executivos á instancia de P. contra N. sobre la satisfaccion de tantos mil reales que le prestó, segun consta de escritura que formalizó á su favor en tal dia

ante tal Escribano, con cuya presentacion pretendió P. se despachára, como despachó execucion contra los bienes del citado N. por los tantos mil reales de principal, su décima y costas, la qual se trabó en efecto, y despues se notificó su estado al deudor; y con noticia que tuvo el acreedor de pertenecer á este un juro de tanta cantidad de principal y tanta de renta anual, situado en tales rentas al número tantos en cabeza de F. solicitó se ampliase la execucion, y embargarse el citado juro, despachándose para ello la competente suplicatoria á V. A. á cuya solicitud deferí, como resulta de la escritura, pedimento y auto de execucion, traba, pedimento y auto de ampliacion, cuyo literal tenor es el siguiente. (*Aquí se inserta lo relacionado en párrafo aparte.*)

Y para que el pretendido embargo tenga efecto, suplico á V. A. le mande hacer en el expresado juro de tantos maravedís de renta anual situado en tales rentas y cabeza de F. y que no se entreguen las vencidas y que se vencieren de él al citado N. ni á otra persona, hasta que yo provea otra cosa, poniéndose en los libros de la contaduría de juros y demas partes donde convenga, las notas competentes, y dándose al acreedor la certificacion correspondiente, pues con mandarlo así V. A. administrará justicia, y yo recibiré merced. Dada en esta villa de tal á tantos de tal mes y año. D. F. = Ante mí = Fulano.

409 Con arreglo á esta suplicatoria se pueden ordenar las que se ofrezcan, así para embargo como para otra qualquiera cosa, ya se dirija á tribunal supremo, ya á persona de alta dignidad, como un Capitan General, dándoles el tratamiento que tengan. Pero es de advertir que el Juez por política debe echar su firma bastante separada de la última línea, y el Escribano la suya al fin de la plana, poniendo *ante mí* y no *por su mandado* como en las requisitorias ó exhortos. Tambien es de advertir que la certificacion de embargo que se dé al acreedor, la ha de presentar en los autos executivos para que conste, porque la suplicatoria se queda en la contaduría.

Nota sobre el papel sellado.

410 Los pedimentos y autos que ocurren en la via executiva, se han de extender en papel del sello quarto mayor. Los mandamientos de execucion y de pago que no pasen de cien ducados, en el del mismo sello, como tambien los pregones, posturas y remates de los bienes executados, sus tasas y demas diligencias; y si exceden de ellos, en el sello segundo, en el qual se extenderán tambien las sentencias de remate por la misma regla, ó en el del quarto, atendida la cantidad. Los mandamientos de soltura en el del sello tercero, y las requisitorias de execucion y de pago en papel del sello segundo ó tercero, segun sea la cantidad, pero no en el del quarto.

CAPITULO III.

Del juicio del concurso de acreedores y sus clases.

§. I.

Del primer género de concurso llamado cesion de bienes: *quién puede hacerle ó no: qué requisitos son necesarios para que se tenga por bien hecho, y cómo se ha de substanciar y seguir.*

1 El concurso de acreedores entendido latamente es de quatro maneras, ó tiene quatro nombres; á saber: *cesion de bienes, pleyto á ocurrencia, espera ó moratoria, y remision ó quita de acreedores. La cesion ó dimision de bienes*, ó por otro nombre *concurso voluntario ó preventivo*, pues hoy se confunden, es un remedio ó beneficio legal introducido á favor de los deudores miserables que por alguna desgracia inculpable carecen de medios para satisfacer á sus acreedores y se hallan presos á su instancia, á fin de que no experimentaran las vejaciones con que estos los oprimian, y de que recobrasen su liber-

tad. (a) Los que por su culpa ó en fraude de sus acreedores pierden ó disipan sus bienes, no gozan de dicho beneficio, porque quien obra contra la ley, es indigno de su favor, y esta protege á los engañados no á los engañadores: ni tampoco gozan de él los que en parte por infortunio y en parte por su culpa se ven infelices; pues de estos dicen tambien los AA. que no merecen compasion. (b)

2 Ninguno puede renunciar este auxîlio, de suerte que aunque haga la renuncia con juramento, no vale, porque el renunciante es necesario á otros que son su muger é hijos, á quienes sustenta con su industria y trabajo, y el juramento únicamente es válido, quando solo cede en detrimento del que le hace; (c) y esta sentencia como la mas equitativa y humana es la mas corriente y segura, y como tal debe seguirse sin embargo de las razones de la contraria.

3 Puede hacer concurso ó cesion de bienes qualquier deudor preso por deuda puramente civil; (d) pues si proviene de delito ó quasi delito, podrá hacerla solamente por lo concerniente al interes del agraviado, mas no por lo que mira al público y fisco: de suerte que no pagando la pena pecuniaria que se le imponga, ha de conmutarse en corporal; y executada esta se ha de admitir la cesion, (e) no siendo noble ni Clérigo el delinqüente, en quienes no tiene lugar la conmutacion; bien que si el deudor es pobre y lo hace constar, puede el Juez remitirle la pena pecuniaria aplicada al fisco, no siendo muy grave el delito por que se la impuso. (f)

4 No se debe admitir la cesion de bienes á los arrendadores de rentas Reales, sus fiadores y abonadores, y así han de permanecer en la prision hasta que la Real

(a) Leyes 1 y 4 tit. 15 P. 5. Rodrig. de Execut. cap. 8 num. 13. (b) Boler. de Decoction. tit. 1 q. 4. (c) Cap. 28 de jure jurando. cap. 2 de pactis n. 6. (d) Ley 1 al princip. tit. 15 P. 5. Rodrig. lug. cit. n. 14. (e) Ley 9 tit. 16 lib. 5 R. Covar. lib. 2. Var. cap. 1 nn. 4, 8 y 9. Baez. de Inope debitore cap. 11. Rodrig. lug. cit. nn. 30 y 31. (f) Ley 4 tit. 22 P. 3 y su glos. 2, 3, 4 y 5. Valasc. de Privileg. pauper. part. 1 pos. q. n. 1.

hacienda se reintegre de todo su haber; (a) pero se admite á otro qualquier deudor del Rey ó su fisco, por estar prohibido solamente á aquellos, (b) y lo que el derecho no prohibe, se entiende permitido.

5 Tampoco ha de admitirse al deudor que en fraude de sus acreedores dilapidó ó enagenó sus bienes ó parte de ellos, estando ó no preso: ó los ocultó en parte de donde no se pueden recuperar, porque pudiendo recobrarse y dando fianzas de volverlos en el estado que tenian, quando entró en la prision, gozará de él. (c) Asimismo no se admite al que tomó cantidades prestadas, ó celebró contratos de esta clase con ánimo de alzarse con ellas ó hacer quiebra, porque se presumen celebrados con dolo, por defraudar á quien se las prestó. (d)

6 Al mercader, comerciante, cambiante y sus factores que se ocultan con sus bienes y libros de comercio retirándose ó no á sagrado, ó aunque no se oculten, tan léjos está de competirles el beneficio de la cesion que ántes bien deben ser reputados y castigados como ladrones públicos, y verdaderos robadores, segun los llaman las leyes; (e) y aun quando sean nobles, si estan en sagrado, se les debe extraer de él, y han de sacarse sus bienes baxo de la caucion y seguridad que debe dar el Juez seglar de no proceder criminalmente contra sus personas, (f) (1) siendo ademas nula qualquier iguala, convenio, transaccion ó remision que despues de alzados hagan con sus acreedores ó con otro en perjuicio de estos, sin embargo de que contenga las cláusulas y vínculos mas estables y eficaces. (g) Ultimamente no se debe ad-

(a) Ley 5 tit. 9 lib. 9 R. (b) Acev. ley 5 tit. 16 lib. 5 R. n. 7. Farinac. Prax. crim. q. 26 nn. 2 y 8. (c) Ley 4 tit. 15 P. 5 y su glos. 4. Salg. Labyr. credit. part. y cap. 1 n. 13. (d) Boler. de Decoct. t. 1 q. 4. (e) Leyes 1, 2 y 3 tit. 19 lib. 5 R. (f) Leyes fin. tit. 2 lib. 1 y 4 tit. 19 lib. 5 R.

(1) La ley fin. cit. habla en general de los deudores que se acogen con sus bienes á las iglesias, y no de las personas mencionadas en este número.

(g) Ley 2 tit. 19 lib. 5 R.

mitir la cesion del que obtuvo espera de sus acreedores, y gozó de ella, por lo que ha de estar preso hasta que les pague. (a)

7 Para que antiguamente se admitiese á qualquiera deudor la cesion de bienes, se requeria, segun exponen los AA. que estuviese preso, y bastaba estarlo á instancia de uno de sus acreedores, para que la cesion perjudicase á los demas que tuviese, sin que á este fin fuese preciso citarlos; (b) pero hoy no es necesario que se presente en la cárcel ni que la haga en ella, si no quiere, ni se observa, (c) excepto que no quiera pagar ni hacerla despues de condenado al pago, en cuyo caso ha de ser preso hasta que haga una de las dos cosas, segun se prueba de la ley 4 tit. 15 P. 5 que dice: "Por juicio condenado seyendo alguno que pague las debidas que debiere á otro, si las non quisiesse pagar, nin desamparar sus bienes, segun diximos en las leyes ante desta, el Juzgador del logar develo meter en prision á la demanda de los que han de recibir la paga é tenerlo en ella fasta que pague lo que deve, ó desampare sus bienes."

8 Se puede hacer el concurso y cesion dentro y fuera de la cárcel, y si estando el deudor preso á instancia de alguno de sus acreedores, no hace la cesion dentro de los seis meses de liquidada la deuda, ni renuncia la cadena, la ha por hecha y renunciada el derecho, (d) despues de lo qual le debe mantener en la cárcel su acreedor nueve dias, y se le ha de soltar y entregar á este para que se sirva de él, si no tiene oficio. (e) Mas ya no se halla en uso, ni esta entrega, ni el que traiga el deudor argolla al cuello, como mandan nuestras leyes antiguas; (f) y ademas por Real pragmática de 27 de Mayo de 1786 se prohibe encarcelar por deudas puramente civiles y causas livianas, y embargar y vender los ins-

(a) Greg. Lop. lib. 5 tit. 15 P. 5 glos. 4. Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 18 nn. 2 y 3. Rodrig. cap. 8 cit. n. 42. (b) Paz in Prax. tom. 1 part. 4 cap. 5 nn. 5 y 6. Covar. dich. cap. 1 n. 5. Rodrig. lug. cit. n. 17. (c) Salg. Labyr. part. 1 cap. 1 n. 11. (d) Ley 7 tit. 16 lib. 5 R. (e) Leyes 4 y 5 tit. 16 lib. 5 cit. (f) Leyes 4, &c. y 8 tit. y lib. cit.

trumentos de sus labores, oficios y manufacturas á los artesanos, menestrales ú operarios de qualesquiera fábricas, artes y oficios de estos reynos, ni á los labradores de ellos; pero no se amplia á otros, como algunos piensan. Lo dispositivo de dicha pragmática dice: "Por la qual ordeno y mando, que á los operarios de todas las fábricas de estos reynos, y los que profesen las artes y oficios, qualesquiera que sean, no se les pueda arrestar en las cárceles por deudas civiles, ó causas livianas, ni embargarles ni venderles los instrumentos destinados á sus respectivas labores, oficios y manufacturas, lo que quiero se entienda tambien para con los labradores y sus personas, así como por la ley 25 lib. 4 tit. 21 de la Recopilacion se exîme sus aperos y ganados de labor; exceptuando en todos, los casos en que se proceda contra ellos por deuda del fisco, y las que provengan de delito ó quasi delito, en que se haya mezclado fraude, ocultacion, falsedad ú otro exceso de que pueda resultar pena corporal. Y prohibo á los tribunales, Jueces y Justicias el que puedan interpretar ó alterar de ningun modo esta mi disposicion, por la utilidad y conveniencia que de su observancia resulta á mis vasallos, y dirigirse á evitar su decadencia."

9 Para que este nuevo género de concurso voluntario y preventivo, que es el que hoy se estila, se tenga por bien hecho, y surta efectos útiles al concursante libertándole de entrar en la prision, ó de permanecer en ella, si está preso, han de concurrir seis requisitos. El primero es, que el deudor como reo, aunque parece actor, acuda por sí, ó por su Procurador con poder bastante ante su propio Juez y no ante otro, expresando que incesantemente se vé molestado de sus acreedores sobre la satisfaccion de sus créditos: que por esta ó la otra desgracia se halla sin caudal suficiente para su total solucion; y que á fin de pagarles segun el grado y prelacion que les compete por derecho, y evitar sus continuas molestias, hace dimision de todos sus bienes muebles y raices, derechos y acciones en manos del Juez. Al mismo tiempo ha de presentar de los que sean, y de sus acreedo-

res, con expresion de sus débitos y domicilios, dos relaciones, memorias ó listas firmadas de su mano, (*a*) si sabe escribir.

10 El segundo requisito es, que estas relaciones ó listas se hagan con exáctitud, individualidad y pureza, reservándose únicamente el concursante su vestido ordinario y los instrumentos de su arte, (*b*) excepto que sea ascendiente ó descendiente, suegro, yerno, marido, muger, señor, siervo, donatario ó socio, pues estos gozan entre sí del beneficio de la competencia, y no pueden ser demandados unos por otros, ni estan obligados á mas de lo que puedan, como se ha sentado en el cap. 2. de este lib. n. 153, y así el Juez debe dexarles con que vivir cómodamente, y vender el residuo para satisfacer á sus acreedores.

11 El tercer requisito es, que para exclúir toda sospecha de ocultacion y su pena jure el concursante en los memoriales ó relaciones que estan hechas legal y fielmente sin el mas leve fraude, y que no hace memoria de otros bienes ni acreedores, protestando manifestarlos siempre que la haga, y solicitando que el Juez admita la cesion, deposite los bienes y los distribuya entre sus acreedores con arreglo á derecho. (*c*)

12 El quarto requisito es, que pretenda igualmente se cite y haga saber la dimision, cesion, ó concurso á todos sus acreedores, sean puros, condicionales, ó á dia cierto, para que en el término que el Juez les prefina, que segun la ley (*d*) debe ser á los presentes el de nueve dias por tres, y el último perentorio, usen de la accion que les competa, y pasados, se declare por bien hecho el concurso, mandando que para que no le molesten, se le dé el correspondiente mandamiento de amparo. (*e*)

(*a*) Salg. part. y cap. 1 cit. nn. 7 y sig. (*b*) Ley 1 tit. 15 P. 5. Paz tom. 4 part. 5 cap. 5 n. 9. Acev. y Matienz. ley 4 tit. 16 lib. 5 R. (*c*) Salg. lug. cit. nn. 13, 14, 15 y 16. (*d*) La 5 t. 16 lib. 5 R. (*e*) Salg. lug. cit. n. 27 y cap. 8 nn. 26, &c. y 37. Sobre qué perjuicio se causará á los citados especialmente que no comparecieron, ó comparecieron ántes de la última sentencia ó despues de acabado el juicio; y

13 La citacion á los acreedores se ha de hacer precisamente en esta forma: á los que se hallan en el pueblo, en sus personas, á los que estan fuera de la jurisdiccion, y cuyos nombres y pueblos en que viven, se saben, por requisitoria; y á los ignorados, sea la ignorancia de sus personas, ó de su domicilio, por edictos ó proclamas de tres en tres dias, fixándolos en los parages públicos, (*a*) pues no bastan estas solas para perjudicar á todos, ni la citacion general hecha por ellas está en uso sino para los ignorados; (*b*) ni tampoco basta que se cite á algunos y no á los demas pudiendo ser citados, (*c*) porque la division hecha sin concurrencia de todos los interesados, ó al ménos sin su citacion, es nula; (*d*) y el juicio divisorio como individuo é inseparable por su naturaleza se debe seguir y terminar entre todos los partícipes, (*e*) segun se practica en esta corte. Y aunque el concursante exprese que no tiene mas acreedores que los que refiere en la memoria, conviene fixar los edictos para que si acaso se le ha olvidado alguno, como suele suceder, no pueda decir de nulidad del proceso, ni por este defecto molestar á los compradores de los bienes cedidos.

14 El quinto requisito para que se admita el concurso, y se tenga por legítimo y verdadero, y no fraudulento, es que tenga el deudor tres acreedores á lo ménos, y los nombre en el memorial que dé al tiempo de su formacion; pues no teniendo ó no nombrando mas que dos, no se estimará por concurso, ni el Juez se le debe admitir. (*f*)

15 Y el sexto y último requisito es, que si el deudor se halla molestado judicialmente en varios tribuna-

quándo han de ser ó no oidos, vease al mismo autor cap. 8 cit. donde lo trata latamente.

(*a*) Salg. cap. 8 cit. nn. 1, 2 y 3. (*b*) Greg. Lop. ley 42 tit. 13 P. 5 glos. 3 al fin. Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 5 § 9. (*c*) Salg. cap. 1 cit. nn. 3, &c. y 41. Boler. de Decoct. tit. 4 q. 1 nn. 4, 5, 6 y 7. (*d*) Boler. lug. cit n. 1. (*e*) Salg. Labyr. part. 1 cap. 3. (*f*) Salg. cap. 1 cit. n. 41 vers. Aliud non est contemnendum; y part. 3 cap. 16 n. 58 vers. Ex iis unum obiter.

les, aunque para hacer concurso no es esto necesario, á diferencia de la simple cesion en la qual se requeria, solicite ante el Juez que los autos pendientes en todos se acumulen al juicio del concurso como universal, individuo é inseparable. Si tiene muchos fueros, puede acudir á formarle ante qualquiera competente, sea de los electos por los mismos acreedores, ó por alguno de estos, ó ante otro. (*a*)

16 No es preciso que el deudor pretenda la acumulacion al tiempo de la formacion del concurso, ni por este defecto se considera mal hecho, pues puede solicitarla despues, como tambien los acreedores en qualquier estado del pleyto, aunque esten pasados los nueve dias de la ley, en que segun se expuso en el cap. 1 de este lib. n. 179, se mandan proponer las excepciones dilatorias. (*b*)

17 Igualmente puede formarle en la chancillería ó audiencia del distrito de su domicilio por caso de corte, pues como persona miserable le compete este privilegio, mayormente siendo reo, como lo es, y ninguno puede ser mas infeliz que quien da todo lo que tiene, quedándose sin cosa alguna para alimentarse; y aunque sus acreedores sean Clérigo, iglesia, escolar ú otro exênto, no gozan de privilegio contra él, por ser tambien privilegiado, en cuya atencion deben seguir su fuero como actores que son, porque nada les pide, y lo que únicamente hace es convocarlos para que repitan contra sus bienes que les cede, y usar de esta excepcion preventiva ántes que dirijan sus acciones contra él, al modo que despues de demandado lo podia practicar: de que se infiere que si el Clérigo quiere formar pleyto de acreedores eclesiásticos y seculares, lo debe hacer ante su Juez, y no ante el Secular que es incompetente é incapaz de conocer de sus causas. (*c*)

18 Mas esto no milita en el fisco que por especial privilegio avoca á sí todos los autos del concurso has-

(*a*) Salg. Labyr. part. 1 cap. 4. (*b*) Salg. cap. 4 cit. §. 3. (*c*) Salg. lug. cit. cap. 2 y 6.

ta que se hace pago de su crédito, y despues lo devuelve al Juez ordinario; si bien para que no llegue este caso, quando su crédito es indubitado, consienten los acreedores en que se le satisfaga, pidiendo á este fin ante el originario del concurso mande vender los bienes necesarios de los cedidos. Si hay duda sobre su legitimidad, no se evita la avocacion de autos, por lo que deben disputárselo ante el mismo Juez privativo, hasta que se declare, y éste satisfecho ó excluido. (*a*)

19 El concurso legítimamente formado surte los cinco efectos siguientes: el primero, que miéntras se ventila, ninguno de los acreedores puede executar al deudor ni reconvenirle judicialmente: el segundo que todos deben ocurrir á pedir en él, y que los autos principiados ántes ó despues de su formacion ante qualesquiera Jueces se acumulen, para que se impida la division de la continencia de la causa: el tercero, que si el Juez del concurso despacha sus requisitorias á los que conocen particularmente de las instancias movidas por algunos acreedores, para que le remitan los autos obrados y sobresean en su conocimiento, las deben obedecer, y remitírselos íntegros y originales, siempre que les haga constar en ellas que el concurso está bien hecho, y no haciendo la remision se puede quejar de ellos al superior para que los compela á esta, y los inhiba: el quarto, que por él no se causa décima, ni el Juez puede exigirla de los bienes del deudor, por las razones expuestas en el cap. 2 de este lib. n. 331; (*b*) y el quinto, que una vez declarado por legítimamente hecho compete al concursante ó cedente la excepcion de no estar obligado á responder en juicio á los acreedores que fueron citados y no pagados, aunque llegue á mejor fortuna, excepto que quedándole congrua sustentacion le sobre algo, pues entónces lo estará, como se expuso en dicho cap. 2 n. 154, solamente en quanto pueda, (*c*) y si pone esta excepcion, impedirá la con-

(*a*) Salg. part. 1 cit. cap. 7. (*b*) Salg. cap. 1 cit. nn. 42, 43 y 44, y § 1 cap. 5. (*c*) Ley 3 tit. 15 P. 5. Covar. lib. 2. Var. cap. 1 n. 6. vers. Et ideo regia lex.

testacion del pleito; (a) pero su fiador no goza de este beneficio, porque es personal, y así deberá pagar por él. (b)

20 No solo puede formar este concurso qualquiera deudor particular, noble ó plebeyo mayor de 25 años, sino tambien el menor, pueblo, iglesia, comunidad y universidad que se hallan agraviados con deudas y molestados por sus acreedores, sin que el menor necesite precisa y rigorosamente de informacion de utilidad, ni licencia, ni decreto judicial para hacerle, ni la iglesia de solemnidad alguna ni el pueblo de Real licencia por las razones que expone Salgado en su laberinto; (c) pero lo mas seguro es que no se omitan estas circunstancias, como se practica. Y es de advertir en primer lugar, que quien ha de pretender la licencia, y hacer para que se conceda, la informacion de utilidad al menor, es su curador, y no el mismo menor, lo qual ocurre pocas veces; y en segundo lugar, que el tutor ó curador que como tal otorga poder á favor de alguno, sea para esto, ó para otros actos judiciales ó extrajudiciales, ú otro instrumento, debe manifestar al Escribano que le autoriza, el nombramiento ó discernimiento que tiene para que le inserte en él, ó á lo ménos le relacione puntualmente dando fé de haberle visto, sin lo qual no debe admitirse el poder, ni el Escribano ha de autorizarle, excepto que se presente testimonio del nombramiento con él, porque no acredita ser tal tutor ó curador.

21 Como no debe ser preso ni excomulgado el Clérigo por deuda que no proceda de delito, ó quasi delito, y ántes bien goza del beneficio de no ser reconvenido en mas de su posibilidad; no se le ha de admitir la cesion de bienes que haga, y así lo que se debe practicar y practica es secuestrarle sus rentas para darle de ellas, ó consignarle alimentos correspondientes á su estado y carácter, y repartir el residuo entre sus acreedores, segun la graduacion que les corresponda legalmente; y si no las

(a) Covar. lug. cit. vers. Hac autem exceptio. (b) Dich. ley 3 al fin. tit. 15 P. 5. Rodrig. c. 8 cit. n. 29. (c) Part. 1 cap. 1 § 2 y c. 13.

tiene, cumple con hacer caucion juratoria de pagar, quando venga á mejor fortuna. (*a*)

22 Debe hacerse la cesion de bienes sin ningun acto ignominioso al cedente, y la costumbre en contrario no vale ni se ha de observar. (*b*) De la cesion se ha de conferir traslado á los acreedores, y si no se oponen dentro de los tres dias siguientes al de la última notificacion, les ha de acusar la rebeldía el concursante, insistiendo en su primera pretension, y el Juez ha de mandar que por segundo término se les vuelva á hacer saber. Si habiendo pasado otros tres despues de hecha tampoco comparecen á oponerse, ha de dar otro pedimento acusándoles tambien la rebeldía é insistiendo en la solicitud de que se declare por formado legítimamente el concurso, y se le dé para su resguardo el competente mandamiento de amparo, y si está en prision, que se le ponga en libertad: á cuya pretension ha de mandar el Juez que por tercero y último término se les vuelva á hacer saber la cesion, para que dentro de otros tres dias expongan lo que les convenga; y pasados sin haber comparecido ha de dar quarto pedimento el concursante, acusándoles la rebeldía y pretendiendo que mediante no haberse presentado sin embargo de las tres notificaciones que se les hicieron, se declare por bien formado el concurso, se le suelte de la prision, y se le dé el mandamiento de amparo. A esta solicitud debe el Juez decir, *autos citadas las partes*, y habiéndose pasado tres dias despues de la última notificacion, deferir á la pretension del concursante, nombrar defensor de este y del concurso, depositario de los bienes, y administrador y cobrador, si fuere necesario, en la forma que se expondrá en los nn. 24 y sig. Si resulta que penden autos contra el concursante ante otros Escribanos y Jueces, y lo pide este, ha de mandar el Juez á los referidos Escribanos que vayan á

(*a*) Ley 23 tit. 6 P. 1. Cap. 3 de Solutionib. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 17 nn. 4, 6, 17 y sig. Covar. lib. 2. Var. cap. 1 n. 9. (*b*) Rodrig. cap. 8 cit. n. 20. Matienz. ley 4 tit. 16 lib. 5 glos. 2 num. 7.

hacer relacion de ellos y acumularlos al juicio universal. Ademas, no solo se deben hacer saber los tres autos á los acreedores presentes, sino que tambien han de fixarse al mismo tiempo edictos llamándolos por primero, segundo, tercero, y último y perentorio término de tres en tres dias útiles, poniendo testimoniados los que se fixen, quedando los originales en los autos, extendiendo á su continuacion diligencia de la fixacion, y llamando á los ausentes é ignorados. Y si alguno conocido se halla fuera de la jurisdiccion, se le debe citar por medio de requisitoria, prefiniéndole el competente término segun la distancia por tres plazos y el último tambien perentorio, para que comparezca, haciendo en ella la relacion correspondiente, é insertándose para documentarla el pedimento y memoriales producidos con él, sin que sea necesaria mas citacion; pero aunque hayan espirado los términos señalados á los acreedores presentes, no se ha de declarar por bien formado en este caso el concurso hasta que se devuelva evacuada la requisitoria, y esté pasado el prescripto en ella al ausente, por si viene á deducir alguna cosa contra su formacion.

23 Si se opone algun acreedor á que se declare por bien formado el concurso, exponiendo haber ocultado bienes el concursante, ó gozado de espera que se le concedió, ú otro motivo semejante, se ha de controvertir con este y con él la instancia, se ha de recibir á prueba sumariamente, por rebeldía de los demas que no auxilian la oposicion, se han de substanciar los autos en estrados hasta la sentencia, en que se declare haber ó no lugar á la formacion; y miéntras se ventila, si está preso, ha de permanecer en la prision. Y si en el memorial de bienes incluyó algunos depositados en su poder, se ha de practicar lo que se expuso en el n. 119 del cap. 2 de este lib.

24 Declarando por bien hecho el concurso, hasta cuyo acto es propiamente cesion legítima de bienes que hace el deudor, y desde él empieza el concurso, porque los acreedores hacen sin su intervencion las gestiones que ocurren, y litigan entre sí; deben todos estos

ó la mayor parte en cantidad y no en personas nombrar por su cuenta y riesgo sugeto que administre, cuide y custodie fielmente los bienes y créditos cedidos, y cobre sus rentas y lo demas que se esté debiendo al concursante, y el Juez lo ha de aprobar y confirmar, siendo apto y no habiendo ningun fraude ni colusion, (a) ni siendo oficial ni dependiente de su juzgado. (b) Si todos los bienes son muebles, se nombra solamente depositario, porque no hay que administrar ni que arrendar.

25 Si no tratan de elegirle, debe pedir el defensor nombrado que se les mande hacerlo, y si habiéndoseles mandado no lo éligen dentro de tercero dia, puede proponerle al Juez, de cuya propuesta les ha de comunicar traslado. Si nada responden dentro de otro tercero dia, ha de insistir el defensor de su nombramiento acusandoles la rebeldía, y el Juez ha de haberla por acusada, mandando se les vuelva á hacer saber el traslado, apercibiéndoles que si dentro de otros tres dias no le evacuaren, deferirá á la solicitud del defensor y les parará el perjuicio á que haya lugar. Si tampoco usaren del traslado, volverá el defensor á acusarles la rebeldía é insistir en su nombramiento, el Juez la habrá por acusada y llamará los autos, y pasados otros tres dias despues de citados los acreedores con este último auto, deferirá á la pretension del defensor *por cuenta y riesgo de los acreedores*, como sucede tambien en el de aprobacion, caso que propongan por sí, ó se conformen con el propuesto por el defensor; y en el mismo auto mandará al administrador que ante todas cosas dé fianzas suficientes hasta en la cantidad correspondiente á lo que ha de entrar en su poder, ó hipoteque bienes suyos raices libres, quantiosos y determinados que aseguren la responsabilidad de todo, obligándose á administrar los concursados, como debe, á dar cuenta con pago siempre que se le mande, y á practicar lo demas concerniente á su conservacion y utilidad. Dadas y consentidas que sean por el defensor y acreedores,

(a) Salg. Labyr. part. 1 cap. 3 nn. 14, &c. y 18. (b) Salg. nn. 23 y 24.

ó en su rebeldía aprobadas de oficio por el Juez, (pues debe comunicárselas para que expongan los reparos que se les ofrezcan, y sin su audiencia no ha de proceder á su admision) le ha de expedir el título de tal, confiriéndole poder amplio en él para administrar y arrendar los bienes del concurso, percibir y recáudar sus rentas y créditos que le correspondan, y seguir pleytos sobre su cobranza y demas anexo á la administracion, con facultad de substituirle por su cuenta y riesgo en quien y las veces que quisiere, y de revocar unos substitutos y elegir otros. Con este título se ha de requerir á los arrendadores del distrito del pueblo del juicio, y á los de fuera de este por medio de requisitoria, para que á él y no á otro entreguen lo que esten debiendo y debieren en lo sucesivo, pena de volverlo á pagar haciendo lo contrario.

26 Este administrador es lo mismo que un depositario y curador de bienes. Sus facultades se circunscriben á la mera administracion y arrendamiento y beneficio de los bienes concursados, percepcion y recaudacion de sus productos, venta de sus frutos en los tiempos oportunos y mas útiles al concurso, y paga de lo que el Juez le mande satisfacer, pues de su propia autoridad á ningun acreedor debe hacerla. Este es su oficio y no otro, por lo que puede mover los pleytos concernientes al cobro, conservacion y beneficio de los bienes, no hacer compromisos, transacciones, remisiones, trueques, ni donaciones, ni intentar las acciones tocantes á su propiedad, dominio y posesion, de que solo pueden hacer uso el defensor del concurso y sus acreedores, de cuyos intereses se trata, para que no se disminuyan ni defranden; (*a*) ni tampoco puede mezclarse en disputarles la calidad, legitimidad y prelacion de sus créditos, ni en otra cosa alguna. (*b*)

(*a*) Salg. cap. 13 cit. nn. 38, &c. y 53. (*b*) Sobre si puede, ó no comprar por sí ó por interposita persona los bienes del concurso, véase a Salg. cap. 13 cit. § 2, donde trae quatro casos, en los quales no le está prohibido hacerlo.

27 Electo el administrador han de pedir los autos los acreedores, tomarlos y producir los documentos que califiquen sus créditos, pretendiendo se les prefiera y excluya á los ilegítimos. Los autos se han de entregar al que primero los pida, porque este juicio es de los que llaman *duplicados* ó *mixtos*, en los quales como todos son actores y reos, no hay prelacion en el órden de tomarlos. De lo que pretenda y alegue cada acreedor, se debe conferir traslado á los demas y al defensor, hasta que todos respondan á todos, y luego si uno ó mas concluyen sin replicar á las pretensiones de los otros, y hay algun traslado ó traslados sin evacuar, se da tambien traslado de las conclusiones, y manda que corran los anteriores no evacuados, hasta que concluyan todos, ó la mayor parte en número de personas, pues para el órden y substanciacion del juicio se atiende solamente á estas, porque en él tan parte formal es el de corto crédito como el de mayor, y á veces suele tener mejor derecho. Y si vuelven los autos sin responder ó no los toman, se les acusa la rebeldía por alguno de los que concluyeron, ó por el defensor: el Juez la ha por acusada, y los autos por conclusos para los efectos á que haya lugar, pues así se debe pretender: despues recibe el pleyto á prueba en la forma ordinaria, porque este juicio lo es: hace cada uno su probanza, y pasado el término probatorio y hecha publicacion alegan de bien probado y de su derecho: se concluye ó han por conclusos los autos en iguales términos para difinitiva: vistos se sentencian dando á cada uno el lugar que le corresponde para ser pagado, y executoriada la sentencia ó pasada en autoridad de cosa juzgada se hace el pago á cada acreedor en virtud de libramiento del Juez, precediendo la fianza de acreedor de mejor derecho, en la forma que se explicará en el n. 30.

28 Del pedimento que cada acreedor presenta con los documentos de legitimacion de su crédito y de su probanza, se debe hacer pieza separada, como tambien de los libramientos que se despachen; pero los que conciernen á la substanciacion del juicio universal, (que son

todos los demas) se han de poner en la pieza general del concurso, é igualmente la sentencia de graduacion, la qual se debe notificar á todos los acreedores y defensor judicial.

29 Asimismo se debe hacer pieza separada de cada incidente que ocurra, y haya de substanciarse y determinarse con separacion. Y se advierte al Escribano que si por otrosí del escrito sobre lo principal pretende algun acreedor ó el defensor alguna cosa que requiera previo, y separado exámen y decision, se ha de comunicar traslado de ella á los demas, mandando de oficio el Juez, que para que no cese el curso en lo principal del juicio, se haga pieza separada, y que el Escribano originario á costa del mismo acreedor (pues debe pedir con separacion y no por otrosí confundiendo unas pretensiones con otras, lo qual es malicioso) ponga por cabeza de la pieza testimonio á la letra del otrosí y auto con la relacion competente. De esta suerte no se suspende ni retarda la prosecucion del juicio sobre la preferencia, ni hay confusion en las pretensiones, ni se invierte el órden de substanciarlas.

30 Es apelable la sentencia de graduacion como otra qualquiera dada en primera instancia, por lo que se debe admitir en ámbos efectos su apelacion á qualquiera acreedor que la interponga dentro del término legal; pero lo que pronuncia el superior en vista confirmándola ó revocándola, se ha de executar sin embargo de suplicacion, y en su virtud se ha de pagar por el órden que contenga, á los acreedores dando ántes del pago fianza depositaria, llamada *de acreedor de mejor derecho*, "de restituir lo que cobren, si la sentencia de revocarse en grado de revista;" pues así lo manda la ley en este caso. (a) Tambien se debe dar, aunque en revista se executorie la sentencia ántes de executarse ó despues, por si acaso sale algun acreedor que tenga mejor derecho que todos ó algunos de los pagados, y por ignorar el concurso no compareció en él, en cuyo caso ha de contener la fianza

(a) La 12 tit. 16 lib. 5 R.

esta expresion, y en el anterior la que queda referida; pues la executoria no perjudica á los ignorantes que no fueron oidos, ni les quita el derecho que tienen contra los bienes del deudor comun, ni la preferencia á los demas, aunque su interpelacion no impide el pago mandado hacer á estos baxo de la fianza. Lo mismo procede, quando todos los acreedores que han ocurrido, la consienten expresamente, ó por no decir nada contra ella, se declara por pasada en autoridad de cosa juzgada á instancia de alguno de ellos ó del defensor; y en estos términos se debe entender lo explicado en la I. P. cap. 19 n. 27 y la extendida en el n. 45, lo que advierto al Escribano para que no confunda dos casos.

31 En el concurso controvierten los acreedores, entre sí no solo sobre la preferencia en el pago de sus créditos, sino tambien sobre su calificacion y legitimidad, porque se interesan los verdaderos en que se excluya á los ilegítimos y haya ménos á quienes pagar. Deben justificarla por otros medios fuera de el del reconocimiento del papel ó de la confesion del concursante, pues aunque esta prueba el débito contra él y queda obligado, (a) no contra los acreedores, porque se presume ficta, dolosa y hecha con deliberado ánimo de eludir su derecho, segun se ha sentado en el cap. 2 de este lib. n. 24. Asimismo un vale no le califica de legítima, pues con facilidad se puede anteponer en él la fecha y perjudicarlos, en cuya atencion quien no le acredita, no se debe numerar entre los legítimos ó verdaderos, (b) y mucho ménos despues de hecha la cesion, porque entónces como fallido y privado de la administracion de sus bienes no puede confesar débitos ni reconocer escrituras privadas en detrimento de ellos. (c)

32 Mas sin embargo quando concurren con la confesion otros adminículos que desvanecen la presuncion de fraude, se reputarán créditos reales y verdaderos, (d) por

(a) Ley 2 tit. 16 lib. 5 R. (b) Mascard. de Probation. conclus. 372. (c) Salg. Labyr. part. 3 cap. 13 nn. 13, &c. y 24. (d) Noguerol. all. 32 n. 23. Castill. tom. 5 Controv. cap. 121 n. 10.

lo que si el acreedor tiene vale firmado del deudor y de tres testigos, y á mas del reconocimiento de aquel interviene el de estos que contestes deponen del tiempo, lugar y débito, y de la formacion del vale á su presencia, no solo será reputado acreedor verdadero, justificándolo todo, sino tambien preferido á los escriturarios posteriores. (*a*)

33 Aunque el deudor haya hecho la cesion de sus bienes, y formado concurso de acreedores, puede arrepentirse, seguir contra estos su derecho, liquidar el crédito de cada uno, é impedir la venta de aquellos, (*b*) con tal que la cosa esté íntegra, esto es, ántes que acepten la cesion y ocurran al concurso: no despues de contestado si los acreedores lo resisten, excepto que les pague. (*c*) Asimismo podrá practicar todos los actos honoríficos anexos á los bienes secüestrados, como nombrar Jueces, presentar beneficios, exercer jurisdiccion y otros semejantes que no competen al administrador del concurso. (*d*)

34 Si el deudor ántes que haga cesion de bienes, ó ántes que sus acreedores tengan la posesion de ellos, pagare á alguno su crédito, no podrán revocar el pago los otros que instan despues por el suyo y son igualmente privilegiados, aunque los demas bienes no alcancen para ellos; pero despues de hecha la cesion ó de aposesionados á ninguno puede hacer el pago, y si lo hace, le pueden revocar, y quien tomó el dinero, será obligado á restituírsele. Lo mismo procede siendo mas privilegiados los acreedores no satisfechos, (*e*) pues carece de facultad para perjudicar á estos ántes ni despues de hacerla.

35 Aunque el deudor por la cesion que hace en manos del Juez, abdica y se desprende no solo de los bienes que tiene, sino tambien de su administracion y enagenacion, de modo que ni puede usar de ellos

(*a*) Ley 31 tit. 13 P. 5. (*b*) Ley 2 tit. 15 P. 5. (*c*) Salg. Labyr. part. 3 cap. 16. Olea de Ces. jur. tit. 1 q. 1 n. 42. (*d*) Boler. de Decoct. tit. 3 q. 3 n. 7. (*e*) Ley 9 tit. 15 P. 5 y su glos. 1 y 3.

ni mezclarse en cosa alguna, por no ser parte, y por haberse privado de todo espontáneamente y quasi contraido con sus acreedores; ni tampoco dividirlos entre estos: no pierde por eso sus acciones, ni su dominio ó propiedad hasta que se subastan y distribuyen. (*a*)

36 Siendo el concursante Duque, Conde, Marques, Baron, ú otra persona constituida en dignidad con jurisdiccion se le deben consignar y dar los alimentos precisos con preferencia á sus acreedores, y del residuo de las rentas de los bienes concursados se han de pagar á aquellos sus créditos. Lo propio se practica en la ciudad, pueblo, iglesia y universidad, porque gozan del beneficio de no poder ser reconvenidos en mas de su posibilidad; pero no con el poseedor de mayorazgo simple sin dignidad, pues aunque sea noble, no le competen alimentos, por no estarle concedido el privilegio que á los referidos, ni militar igual razon, (*b*) como se ha sentado en el n. 155 del cap. 2 de este lib.

§. II.

De la ocurrencia ó pleyto de acreedores, de sus clases, hipotecas y prelacion.

37 El segundo género de concurso es el que se causa, y promueve por los mismos acreedores, sin que los convoque, ni concurra á él el deudor, sino ántes bien con total independencia suya, como quando uno pide execucion contra él, y los demas comparecen en el juicio oponiéndose á que sea pagado ántes que ellos; ó quando por haber muerto presentan sus créditos en el juicio de su testamentaría, y cada uno solicita la prelacion del suyo en el pago; ó quando ocurren pidiendo contra sus bienes, por haber hecho fuga ó quiebra. Este se llama *concurso necesario*, y con propiedad

(*a*) Boler. tit. 4 q. 2 nn. 14 y 15. Salg. Labyr. part. 1 cap. 14.
(*b*) Covar. lib. 2. Var. cap. 1 n. 6. Salg. lug. cit. cap. 24. Surd. de Alim. tit. 8 privileg. 28.

pleyto á ocurrencia de acreedores, el qual es de diversa naturaleza del voluntario; pues aunque por la oposicion se induce la division de la continencia de la causa, se restringe á los que comparecen en él, y no se amplia á los demas, aunque esten litigando contra el deudor en otros tribunales, de modo que es juicio particular entre aquellos y no universal. (*a*)

38 Se diferencia este concurso del general y voluntario, en que en el presente se han de seguir y determinar las causas por los Jueces que entienden en ellas, y solo para su reintegro han de acudir con su mandamiento de pago á la ocurrencia el acreedor ó acreedores que las han movido, porque en esta se hallan los bienes, se les ha de hacer el pago, y han de ser graduados; y aunque por el mandamiento de pago no se acredita la legitimidad del crédito para el efecto de perjudicar á los demas acreedores, por no haberse seguido con ellos el juicio sobre prelacion, se estima no obstante por legítimo, y si hay alguna duda, se presenta con él la escritura original que le motivó, sacándose á este fin de los autos, y dexando copia en ellos con la nota competente. Si se pide acumulacion de autos pendientes ante diversos Jueces y Escribanos, ó ante un Juez y diversos Escribanos, se debe hacer al que tomó primero el conocimiento, como afirma con otros Salgado, (*b*) pues la misma razon milita entre Escribanos que entre Jueces: lo qual ha de entenderse en mi concepto, quando varios acreedores ocurrieron por distintas escribanías, no quando comparecieron, v. g. tres ante un Juez y Escribano, y otros tres ó mas ante distintos Jueces ó Escribanos, en cuyo caso de que no habla Salgado, me parece que los juicios particulares, aunque sean anteriores en tiempo, deberán acumularse á la audiencia del Juez ó escribanía ante quien ocurrieron los tres, porque estos forman ocurrencia, y como mayor parte atrae á sí la menor, y no se debe dividir la continencia de

(*a*) Salg. part. 1 cap. 4 § 1 nn. 30, &c. y 33. (*b*) Labyr. part. 1 cap. 4 nn. 34, &c. y 42.

la causa universal. Asimismo en el presente concurso no concede el derecho al deudor el beneficio y excepcion que en el general, ni hay memoriales de bienes y acreedores, ni á instancia del deudor se convocan, ni citan, ni se fixan edictos, ni tampoco se nombra regularmente defensor como en el otro; bien que quando se forma por muerte, fuga ó quiebra, y se ignora qué acreedores tiene, se debe nombrár de oficio y llamarlos por edictos, segun se practica en esta corte. Mas ámbos concursos convienen en que tocante á la substanciacion del juicio sobre la legitimidad y prelacion de créditos, su graduacion, pagos, inventario ó seqüestro, depósito y administracion de bienes se observan las propias reglas en uno que en otro.

39 Tres son las clases de acreedores: á saber, *hipotecarios ó reales con privilegio de prelacion ó sin él*, *mere personales ó chirografarios*, y *personales privilegiados*. (a) Los hipotecarios ó reales son aquellos á cuyos créditos estan afectos especial ó general, tácita ó expresamente los bienes del deudor. (b) Los *mere personales* son los que hacen constar sus créditos por uno de estos quatro medios: á saber; vale, cuenta ó papel simple del deudor, por lo que se llaman *chirografarios*, confesion de este sin papel alguno, informacion de testigos ó escritura pública en que no haya obligacion general ni especial de sus bienes. Y los *personales privilegiados* son los que por derecho tienen privilegio para ser pagados de sus créditos con prelacion á otros, como el Párroco por sus diezmos, el Magistrado por su sueldo, el fisco por su haber, el dueño de lo depositado por su depósito, &c. (c)

40 De los hipotecarios unos tienen hipoteca *expresa*

(a) Boler. tit. 5 q. 1 nn. 5 y sig. (b) Omito expresar lo que es prenda ó hipoteca y sus quatro clases, á saber: *convencional*, *legal*, *prétoria* y *judicial*: qué bienes pueden ó no ser obligados ó empeñados, y quales se incluyen ó no en la obligacion general, y como se constituyen la prenda ó hipoteca, por haberse explicado en la I. P. cap. 18 nn. 12, &c. y 13, adonde, como tambien al autor de la Cur. Philip. lib. 2 Comer. terc. cap. 3 y 4 los que cita, remito al lector. (c) Boler. de Decoct. tit. 5 q. 3.

y otros *tácita ó legal* en los bienes del deudor. Los que la tienen expresa se llaman *convencionales*, porque aquel por su convenio y con palabras expresas los obliga generalmente todos, ó especial y señaladamente algunos á la satisfaccion de sus deudas; y los que la tienen tácita ó legal, son los que aunque el deudor no obligue especial ni generalmente sus bienes, tienen derecho contra ellos, porque se hallan obligados por disposicion de las leyes. (*a*)

41 La misma fuerza y virtud tiene la hipoteca tácita que la expresa, por lo que siendo anterior el acreedor á quien competa la primera, ha de ser preferido, regularmente hablando, al que tenga la segunda en los bienes del deudor, como no sea privilegiado; (*b*) y no solo se contrae en ellos sino tambien en sus frutos como legal, porque estos como accesorios siguen la naturaleza de las propias hipotecas ó fincas que los producen, y de consiguiente se entienden obligados tácita ó legalmente. (*c*)

42 Se hallan sujetos á la responsabilidad del delito en esta hipoteca tácita los bienes presentes y futuros del deudor como en la expresa, y el acreedor puede proceder contra ellos sin distincion alguna de muebles, raices, semovientes, derechos y acciones con preferencia á los posteriores en qualquiera especie de crédito. (*d*) Y está concedida á la iglesia, fisco, muger casada, hospital, república, menores, marido, hijos y herederos legítimos y extraños de la muger, legatarios, refeccionario y arrendatario en los términos que se va á exponer.

43 Compete á la iglesia por sus diezmos en las cosas de que se deben, ó en los predios ó heredamientos de que se pagan, porque la obligacion de satisfacerlos es real, sigue al predio, el qual queda hipotecado á su solucion, y pasa con la carga al tercero poseedor; (*e*) como tambien en los demas bienes del que los adeu-

(*a*) Ley 1 tit. 13 P. 5. (*b*) Vela diss. 26 n. 37. (*c*) Greg. Lop. ley 14 tit. 13 P. 5 glos. 3. (*d*) Gutier. lib. 2 Pract. q. 17 n. 6. (*e*) Ley fin. tit. 20 P. 1. Castill. de Tertiis cap. 2 n. 17.

da, (a) y en la de su Prelado ó administrador por la administracion de los suyos desde que entraron en ella y empezaron á usarla. (b)

44 La tiene el fisco en la cosa que se vende, cambia ó permuta, porque la alcabala y demas derechos que se causan en todo caso y tiempo, pues para con el Rey nunca prescribe el derecho de exigirlos; y por los tributos Reales, personales, ordinarios y extraordinarios en los bienes del que los debe, y en los que los herederos hubieron de él en vida por qualquier título. (c) Tambien la tiene en los de aquellos que contratan con él, y en los de sus tesoreros, administradores, cobradores y recaudadores de su Real haber, y asimismo en los de sus fiadores y abonadores. (d)

45 A la muger casada compete el privilegio de tácita hipoteca para recuperar su dote verdadera y no putativa contra los bienes de su marido desde que la recibe; mas no, quando se pide la dote en fuerza de legado ú otro título. (e) Tambien le compete por sus bienes parafernales desde que los entrega á su marido para que los administre, y no ántes, ni quando ella los administra por sí, (f) como se ha sentado en la I. P. cap. 13 n. 8; pero si el marido se obliga en el contrato nupcial á tener por aumento de dote los bienes que durante el matrimonio leguen, donen, ó herede la muger, tendrá el privilegio de prelacion por su importe desde el dia en que conste haber recaido en ella, porque desde entónces tiene su principio la obligacion de responder de ellos, y no se conceptuarán parafernales, si no dotales aumentados á la dote principal. Igualmente le compete hipoteca tácita por las arras que el novio le promete, (g) y si esta oferta es por via de remunera-

(a) Covar. lib. 1. Var. cap. 17. Greg. Lop. ley 23 tit. 13 part. 5. (b) Greg. Lop. ley 23 cit. glos. 4 vers. Bona etiam. Cur. Philip. lib. 2 Comer. terr. cap. 3 n. 21. (c) Leyes 25 tit. 13 P. 5 y 8 tit. 18 lib. 9 R. Boler. tit. 5 q. 14 n. 3. (d) Ley 25 al fin tit. 13 P. 5. (e) Ley 23 tit. 13 P. 5. Boler. tit. 5 q. 3 n. 1. (f) Ley 17 tit. 11 P. 4. Gomez ley 53 de Toro n. 40 al fin. (g) Greg. Lop. ley 23 cit. glos. 2 al fin. Gom. en la 53 de Toro nn. 41 y 78.

cion, gozará del privilegio de prelacion. (a) Del mismo privilegio de tácita hipoteca gozan la muger por los alimentos que su marido debe darle, (b) mas no por su mitad de gananciales. (c)

46 Asimismo compete al hospital en los bienes de su administrador por lo tocante á la administracion de los suyos, desde que principió á exercerla, para poderle demandar y exigir de ellos el alcance liquido que resulte contra él. (d) Del mismo modo compete á la república en los del que administra sus caudales, desde el propio tiempo, no ántes, y desde entónces les toca la prelacion. Finalmente compete á la comunidad, fisco, iglesia y menor por la de los suyos. (e)

47 No solo compete la hipoteca tácita al menor de 25 años contra los bienes de su tutor, sino tambien contra los de sus herederos y fiadores por el alcance líquido que resulte contra él en la administracion de su tutela, pues desde el tiempo que la admitió, quedan responsables á su satisfaccion y á la del perjuicio que le cause con su mala versacion en ella, lo qual tiene lugar, aunque su madre y abuela sean sus tutrices. Asimismo le compete en los de su curador de pleyto: (f) y si su madre siendo su tutora se vuelve á casar, á mas de perder la tutela quedan obligados tácitamente á la responsabilidad de esta sus bienes y los de su nuevo marido, hasta que den cuenta con pago. (g) Pero no le compete en los del Juez ó Magistrado que nombró al curador, ni tampoco al tutor en los de su menor, porque no lo dispone la ley, y esta hipoteca solo se induce en los casos expresados en ella. (h)

48 La hipoteca tácita que el menor, sea ó no pu-

(a) Faria en Covar. lib. 1 Var. cap. 7 nn. 23 y 24. (b) Gutier. de Matrim. part. 1 cap. 45 n. 5. Castill. de Aliment. tit. 8 q. 49 n. 16. (c) Covar. lib. 1 Var. cap. 7 n. 5. Castill. de Alim. cap. 66. (d) Castill. de Alim. cap. 7. Cur. Philip. lib. 2 Comerc. terr. cap. 3 n. 22. (e) Leyes 23 y 25 tit. 13 P. 5. Cur. Philip. cap. 3 cit. n. 23 y cap. 12 n. 43. (f) Ley 23 tit. 13 P. 5 y sus glos. 4 y 5, y ley ult. al fin glos. 6, 7 y 8 tit. 16 P. 6. Gutier. de Tutel. part. 2 cap. 16. (g) Ley 26 tit. 13 P. 5. (h) Surd. de Alim. tit. 9 q. 44. Castill. lib. 5 Controv. cap. 137 n. 55.

pilo, tiene en los bienes de su tutor ó curador, comprehende únicamente los que estos poseen al tiempo que reciben la tutela y curaduría, y adquieren miéntras estas duran, pues no se amplia á los que lucran despues que se acaban. (a) Ademas, no se prefiere á la anterior de otros acreedores de los expresados, porque ningun derecho le concede la preferencia. (b) Pero es preferida á los acreedores personales, (c) y tambien á los posteriores de hipoteca tácita y expresa. (d)

49 Compete esta hipoteca desde el dia en que el tutor recibió la tutela ó el curador la curaduría, aunque empezase mucho tiempo despues á usar mal de la administracion, (e) háyala recibido con las solemnidades legales ó sin estas, porque no debe ser de mejor condicion el intruso en ella que el que las observó; (f) y así compete al menor en los bienes del que hizo de tutor, y administró los suyos en qualquiera concepto, aunque fuese en el de factor nombrado por este y no por el Juez; (g) pero no, si lo hizo como amigo siéndolo, porque el privilegio no se debe ampliar por similitud fuera de sus términos. (h) (1) Tambien compete dicha hipoteca contra el tutor, aun quando no haya administrado, una vez que recibió la tutela, (i) porque todos los tutores deben dar cuenta y razon, sin embargo de que no administren; bien que se ha de observar en-

(a) Gutier. de Tutel part. 2 cap. 16 n. 30. Surd. decis. 67. n. 2. Rodrig. de Concur. decis. 14 n. 15. (b) Negusant. de Pignor. part. 5 membr. 2 n. 19. Bersan. de pupill. cap. 5. q. 12 n. 2. (c) Gutierr. lug. cit. n. 19. (d) Mantica de tacit. conject. lib. 11 tit. 11 n. 9. (e) Gutier. lug. cit. n. 31. Rodrig. de Concur. part. 1 art. 4 n. 56. (f) Gutier. lug. cit. n. 2. Rodrig. lug. cit. n. 6. (g) Escobar de Ratiocin. cap. 39 nn. 3 y 16. Surd. de Aliment. tit. 9 q. 44 n. 6. Bersan. q. 12 citat. n. 17. (h) Mantic. lug. cit. tit. 16 n. 15. Noguerol. alleg. 1 n. 102.

(1) Sobre si la hipoteca tácita que tiene el menor en los bienes del tutor ó curador, se extiende á los del factor ó administrador electo por alguno de ellos, se ha de distinguir segun Escobar. (n. 16 cit.) Si el nombramiento se hizo á instancia del menor ó por sus respetos, tendrá esta hipoteca tácita en los bienes de dicho factor ó administrador; pero si se hizo por respetos del tutor, solamente él tendrá accion personal contra los expresados bienes.

(i) Gutier. lug. cit. Rodrig. lug. cit. n. 5.

tre ellos el órden de reconvenir primero á los que administraron, y no teniendo estos con que pagar, á los otros en subsidio; (a) pues aunque sean muchos, así como no se puede dividir la accion de tutela que compete al menor contra cada uno insólidum, tampoco se divide entre ellos la hipoteca. (b)

50 El privilegio de hipoteca tácita como real y coherente á la cosa y accion pasa á los herederos del menor no solo contra su tutor ó curador sino tambien contra los de estos, y qualquiera singular sucesor suyo, aunque sea extraño: (c) lo qual se limita á los bienes heredados del tutor y curador, y no se amplia á los propios de su heredero ó sucesor, porque estos no estan obligados ni hipotecados al débito del difunto, á ménos que el mismo heredero quiera obligarlos, (d) ó que el difunto los obligase expresamente, y su heredero adiese llanamente su herencia, con cuya aceptacion es visto aprobar la obligacion é hipoteca; (e) pues segun derecho no vale la que se contrae, aunque sea expresamente, sobre cosa agena, (f) excepto que sabiéndolo su dueño la apruebe, en cuyo caso se convalida. (g) Pero el privilegio de prelacion que el menor tiene en la accion personal, no se transmite á sus herederos legítimos ni extraños, porque es personalísimo y se extingue con su persona. (b)

51 Como el tutor y su pupilo, y el curador y su menor son correlativos, fundados algunos AA. en esto, y en que los bienes del pupilo y menor estan obligados tácitamente segun una ley del derecho civil (i) á lo que resulte estar debiendo por razon de su administracion á su tutor y curador, afirman que lo estan

(a) Bersan. cap. 5 cit. q. 9 nn. 47, 48, 49 y 50. (b) Rodrig de Concurs. part. 1 art. 4 n. 40. Bersan. cap. 5 cit. q. 12 n. 20. (c) Gutier. cap. 16 cit. n. 19. Rodrig. lug. cit. n. 39. Olea de Ces. Jur. tit. 6 q. 2 n. 12. (d) Gutier. lug. cit. n. 18. (e) Conciol. de Hæred. art. 3. (f) Leyes 2 Cod. Si aliena res pignori data sit, y 2 Cod. Communi dividund. (g) Ley 41 ff. de Pignorat. action. (h) Gutier. lug. cit. n. 19. Rodrig. lug. cit. n. 39. (i) La 1 ff. de contrar. et util. action. tutel.

tambien á la satisfaccion de las expensas que estos hacen en utilidad de aquellos y constan de la cuenta de su administracion; pero otros (a) defienden que les compete solamente accion personal y retencion de los bienes de su menor hasta reintegrarse de lo expendido en su utilidad durante la tutela ó curaduría, porque la hipotecaria solo tiene lugar, y se induce en los casos expresos en derecho, como se expuso en el núm. 47. (b)

52 Así como el menor durante la tutela no puede exigir de su tutor la cuenta de ella ni proceder contra él por razon de su administracion, (c) porque ántes que se acabe, no le compete ninguna accion por dicha causa; tampoco se le permite oponerle en dicho tiempo la compensacion de su débito con el crédito que tiene contra él; (d) pero acabada la tutela ámbos pueden oponérsela; (e) y aun ántes que se acabe, no se prohibe al tutor oponerla contra el menor en descuento de su débito con el crédito de este. (f)

53 Ademas del privilegio de hipoteca tácita que tienen el pupilo y menor, gozan de otros en los contratos que especificaré. El primero es el de que aunque generalmente hablando, quien calla, no consiente, afirma, ni niega de positivo, (g) siendo en favor del pupilo se tiene por consenciente hasta en los actos obligatorios y perjudiciales. (h) El segundo privilegio es que si un tutor diere al pupilo muchos fiadores, puede dirigir su accion contra uno por el todo, sin que se admita á este la excepcion de la division que oponga: (i) lo qual no sucede entre muchos fiadores de diversos tutores, quando todos administraron á un tiempo la tutela, pues si el de uno fuere reconvenido por toda la

(a) Escobar de Ratiocin. cap. 39 n. 16. Surd. de Alim. tit. 9 q. 44 n. 60. (b) Véase á Bersano de Pupillis cap. 5 q. 16. (c) Leyes 4 y 18 ff. de Tutel. & rationib. distrahend. y 2 y 14. Cod. de Administr. tutor. (d) Gutier. de Compens. lib. 4 q. 13 n. 17. (e) Gutier. de Compens. lib. 2 q. 22 n. 17. (f) Gutier. lug. cit. nn. 18 y 19. Bersan. de Pupil. cap. 5 q. 17 n. 5. (g) Ley 23 tit. 34 P. 7. (h) Ley 4 § fin. ff. de fidejussor. tutor. (i) Ley 12 ff. Rem pupilli salvam fore. Bersan. de Pup. cap. 1 q. 13 n. 14.

deuda, podrá usar de dicho beneficio contra los de los cotutores. (a) Pero si uno de los tutores administró y el otro no, al modo que debe ser demandado ántes el que administró, y en subsidio los que no intervinieron en la administracion, como se dixo en el n. 49; del mismo modo se debe repetir primero contra el fiador del que administró, porque no está obligado á mas que su principal. (b)

54 El tercer privilegio es que en los contratos celebrados con menor solemnidad que la prescripta por la ley, si el pupilo quiere apartarse de ellos, no estará obligado al otro contrayente, aunque este lo queda á su observancia en quanto á él; (c) para cuya inteligencia se debe tener presente la edad del pupilo. Si es infante, no puede obligarse en ninguna manera á otro por contrato, intervenga ó no la autoridad de su tutor, porque le falta el consentimiento, ni el otro contrayente ha de quedar obligado á él, aunque el contrato ceda en su utilidad. (d) Si salió de la infancia, se ha de distinguir, si se obligó con autoridad de su tutor ó no. En el primer caso queda obligado, (e) aunque si es leso en el contrato, podrá impetrar el auxilio de la restitucion por entero; siendo de advertir que si contrae con su tutor, no quedará obligado, porque no puede autorizar su propio hecho, y así para que valga el contrato que celebre con él, es necesario que intervenga en él otro tutor, (f) á no ser que se haya hecho mas rico, porque nadie debe lucrarse en detrimento de tercero. (g) Y en el segundo caso, si el contrato es útil al pupilo, vale sin quedar obligado al otro contrayente, y si le es nocivo, no vale absolutamente, aunque esté próximo á la pubertad. (h) Esto mismo tiene lugar en los

(a) Ley Pupillus, ff. de Fidejussorib. (b) Leyes 38 y 39 § 11 ff. de Administr. tutor. Bersan. nn. 16 y 17. (c) Ley 4 tit. 11 P. 5 (d) § Pupillus Inst. de inutilit. stipulat. Leyes 70 ff de Verb. obligation. y 1 § pen. ff. de Obligat. et action. Sanchez de Matrim lib 6 disp. 38 n. 5. (e) Leyes 5 y 23 ff. de Authorit. tutor. (f) Ley 4 tit. 5 P. 5. (g) Ley 5 vers. Sed & cum solus, de Authorit. tutor. (h) § Pupillus cit.

adultos menores de 25 años que contraen sin la autoridad de su curador, pues teniéndole, si contraxeren sin que intervenga, es nulo ipsojure el contrato que cede en su perjuicio; (a) pero si de él les resulta beneficio, es válido, y queda obligado á su favor el otro contrayente mayor. Si no tienen curador y se obligaren, valdrá el contrato, aunque si fueren lesos en este, podrán pedir la restitucion. (b)

55 El quarto privilegio es el de hipoteca tácita en lo que se compra con su dinero, no obstante que segun las leyes se hace del comprador la cosa comprada con dinero ageno, y no queda hipotecada á su solucion, á ménos que se pacte lo contrario; (c) y dicha hipoteca tiene lugar, aunque con el dinero del pupilo se compre alguna cosa para utilidad de otro pupilo, (d) porque el privilegio de este no extingue el suyo; si bien como personal no pasa á los herederos del pupilo. (e)

56 No solo compete al pupilo como dueño del dinero el privilegio de hipoteca tácita para recuperarle sino tambien el de prelacion respecto de otros acreedores del comprador extraño que la tenga expresa anterior en sus bienes; (f) y quando el comprador carece de otros bienes con que pagar el dinero, adquiere el pupilo la cosa comprada, (g) por lo que en este caso puede demandarla por la accion útil vindicatoria como qualquiera mayor, (h) y usando de esta accion será preferido tambien al fisco y á la dote posteriores, por ser mas segura que la hipotecaria, (i) mas no, si son anteriores.

57 Mayor privilegio compete al pupilo ó adulto, quando su tutor ó curador compra el fundo para sí con dinero de uno de ellos, pues puede pedir aquel por di-

(a) Ley 3 Cod de In integr. restit. (b) Leyes 3 cit. y 43 ff. de Obligat. & action. (c) Leyes 6 Cod. de Reivindic. y 17 Cod. de Pignorib. (d) Ley 3 ff. de Reb. eor. (e) Gutier. part. 2 de Tutel. cap. 16 n. 19. Rodrig. de Concurs. part. 1 art. 4 n. 36. (f) Gutier. de Tutel. part. 3 cap. 1 n. 85. Velasc. de Privileg. miserab. person. q. 3 n. 124. (g) Leyes 2 ff. Quando ex facto tutor. y 3. Cod. Arbit. tutel. (h) Salgad. Labyr. credit. part. 2 cap. 13. (i) Rodrig. de Privileg. credit. part. 1 art. 4 n. 62.

cha accion vindicatoria, aun quando el tutor tenga con que pagarle el dinero, ó usar de la hipotecaria por la repeticion de este, (a) como se expuso en el n. 18 cap. 3 lib. 1, y en ámbos casos excluirá al fisco y á la dote anteriores; bien que la accion útil vindicatoria siempre es mas segura, porque el fisco tiene privilegio de prelacion en los bienes adquiridos posteriormente por su deudor. (b) Y si el tutor ó curador compra para el pupilo ó menor con dinero de estos varias fincas, unas fructíferas y otras infructíferas, no se les permite elegir aquellas y por el importe de estas usar de la accion hipotecaria contra los bienes de su tutor ó curador, y ántes bien deben tomarlas ó desecharlas enteramente, excepto que la compra haya sido dolosa para engañarlos. (c)

58 El quinto privilegio es que si el pupilo ó menor enagena sus bienes raices ó derechos concernientes á ellos, ó los muebles preciosos, ó que se pueden conservar, sin causas justas y urgentes, ni las solemnidades prescriptas por derecho, es nula ipsojure la enagenacion, porque no tienen la administracion de sus bienes; (d) y para recindirla no necesitan implorar el auxilio de la restitucion, (e) aunque se hubiese hecho con el fin de pagar sus débitos. (f) Lo propio milita en la dacion de pago, porque es contrato de enagenacion semejante á la venta, cuyas veces hace; (g) como tambien en la transaccion, donacion y cesion de ellos por la misma razon. (h)

59 Lo dicho procede no solo en las cosas de que los pupilos y menores son verdaderos dueños, sino asimismo en aquellas en que tienen quasi dominio, (i) ó no mas que el útil, porque hay el mismo motivo para la prohibicion; (k) y así tampoco pueden permutarlas por otras

(a) Ley 49 tit. 5 P. 5. Gom. en la 53 de Toro n. 36. Gutier. lug. cit. n. 82. (b) Bersan. de Pupil. cap. 1 q. 24. (c) Gutier. cap. 1 cit n. 84. Rodrig. de Annuis reditib. lib. 3 q. 10 n. 8. (d) Castill. lib. 4. Controv. cap. 61 n. 30. (e) Gutier. de Tutel. part. 2 cap. 5 n. 8. (f) Ley 5 § 9 ff. de Rebus eor. (g) Leyes 24 ff. de Pignorat. action. y 4. Cod. de Eviction. (h) Ley 4. Cod. de Prædiis minor. Bersan. de Pupil. c. 2 q. 13, 27 y 28. (i) Gutier. lug. cit. n. 26. (k) Gutier. lug. cit. n. 23.

sin las expresadas solemnidades, (*a*) ni dar sus bienes en enfitéusis, ni constituir usufructo ni servidumbre en ellos, ni remitir la que les corresponde en el fundo ageno, ni arrendarlos por largo tiempo: (*b*) ni imponer censo sobre ellos, porque á quien se prohibe la enagenacion, se prohibe tambien la constitucion de hipoteca como antecedente para aquella. (*c*)

60 Por causas justas se estiman las siguientes: quando los acreedores instan á que se haga la venta para que se les pague, (*d*) quando las rentas del menor no bastan para sus alimentos, pues no se le ha de dexar perecer, (*e*) ó quando es preciso dotar á su hermana, y no hay otro recurso que la venta, &c. (*f*) Estas causas y otras graves que suelen ocurrir, deben probarse, y el Juez ha de instruirse de ellas, pues no basta proponerlas, y de lo contrario serán nulas su licencia y la enagenacion. (*g*)

61 Las solemnidades que deben intervenir en dicha enagenacion, quando se hace para pagar á los acreedores del difunto ó del menor, son: la primera, que con el debido conocimiento é interviniendo la autoridad del tutor ó curador dé el Juez su decreto ó licencia, pues faltando la correspondiente instruccion ó siendo falsa la causa es todo nulo: (*h*) la segunda, que se subasten los bienes, pues la ley 6 t. 18 P. 3 manda se publique por 30 dias la finca que se vende; y si el menor prueba que por no haberse subastado padeció lesion, ó hay alguno que ofrezca mayor precio por la cosa vendida, se le concederá la restitucion para que se vuelva á vender, porque á los menores se debe socorrer del mismo modo en el lucro que en el daño: (*i*) de suerte, que siempre que haya lesion, no en qualquiera parte de precio, porque es-

(*a*) Leyes 4 cit. y 2. Cod. de Rerum permutat. (*b*) Gutier. lug. cit. n. 24. Véase la I. P. cap. 10 n. 4 y su nota. (*c*) Leyes 1 § 2 ff. Quæ res pignori obligat. pos. 5 § 10 de rebus eorum y últ. Cod. de Reb. alien. (*d*) Leyes 5 cit. § 9 y 12. Cod. de Prædiis minor. (*e*) Gutier. lug. cit. n. 34. (*f*) Ley 18 tit. 16 P. 6. (*g*) Bersan. de Pupillis cap. 2 q. 5 nn. 1, 2, 3 y 4. (*h*) Ley 4 tit. 5 P. 5. Bersan. q. 5 cit. nn. 5, 6 y 7. (*i*) Leyes 7 § 6 y 47 ff. de Minorib. y 32 § 4 de Administ. tutor.

to seria impedir que hubiese compradores de bienes de menor, á causa de que no se creerian seguros, sino á lo ménos en la sexta, debe ser oido el menor, y volverse á subastar la finca; (a) y la tercera solemnidad es, que primero se vendan los muebles y de estos los ménos útiles al menor: (b) despues de ellos, ó no habiéndolos, los raices, y entre estos los que mas convenga vender y no sean de mas valor que el débito porque se venden, ni los de menor sino los ménos productivos. (c) Y es de tener presente que si conviene mas al menor hipotecar sus bienes que venderlos, se debe hacer; y que en las enagenaciones que se hacen por otros motivos que el expresado, no son precisas todas las solemnidades referidas, aunque sí la autoridad del tutor ó curador, y el decreto judicial despues del debido conocimiento de causa. (d)

62 Así como siendo hecha la enagenacion con las solemnidades explicadas por causas justas y sin dolo ni lesion, queda tan firme é irrevocable que no puede rescindirla el menor; (e) así por el contrario si faltan, es nula ipsojure; (f) y aunque se observen, si hay lesion en el precio y la acredita, pues no basta alegarla, le competen á su eleccion dos acciones, la una personal contra su tutor ó curador, ó sus herederos para resarcir el daño que por su culpa ú omision experimentó, y la otra real para reivindicar la finca enagenada del que la posee. (g) Y no es de omitir que interviniendo el menor en la venta ó enagenacion debe jurar que ni por razon de su menor edad ni lesion, ni porque el precio no se convierta en su utilidad, ni entre en su poder, ni por otro motivo sin excepcion no reclamará el contrato, ni pedirá restitucion y que ántes bien le tendrá por firme para siempre. (h) Con este juramento queda mas firme el contrato.

(a) Salg. Labyr. part. 2 cap. 2 nn. 8 y 9. (b) Leyes 15 § 2 de re judicata y 5 § 9 de rebus eorum. (c) Dich. ley 5 § 10. Bersan. nn. 17, &c. y 21. (d) Bersan. nn. 22, &c. y 27. (e) Leyes fin. Cod. de Prædiis minor. y 9. Cod. de In integr. restit. (f) Gutier. cap. 5 cit. num 8. (g) Leyes 5. Cod. Si tutor vel curator intervenerit, fin. Cod. Si adversus venditionem, 10 ff. de Reb. eor. 16. Cod. de Prædiis minor. y 2 y 3. Cod. Si quis ignorans. (h) Así lo ordena la ley 59 tit. 18 P. 3.

63 Mas para la enagenacion de los muebles que guardándolos no pueden conservarse y derechos tocantes á ellos, no es necesario decreto del Juez, y basta la autoridad del tutor ó curador. (*a*) Lo mismo sucede, quando se trata de perfeccionar el contrato principiado por el padre del menor ó por otro de quien es heredero: (*b*) quando el pupilo en virtud del pacto de retrovendendo, con el que el difunto su causante compró algun predio, le devuelve ó retrovende á su tiempo con la autoridad de su tutor ó curador: (*c*) quando fue voluntad expresa del padre del pupilo que cierta finca se vendiese á quien nombró, diciendo tenia tratada con él su venta por precio determinado; (*d*) mas no, si genéricamente permitió que se vendiesen los bienes que dexaba á su hijo, en cuyo caso, aunque remite la prohibicion legal de enagenar, no las solemnidades de hacer la enagenacion; (*e*) y finalmente, quando el menor recibe utilidad en que esta se efectue: (*f*) (1) siendo de advertir que en la venta de bienes de menor conviene que haya fé de entrega de su precio al tutor, como lo insinua la ley 60 abaxo citada, pues la mera confesion de haberle recibido que haga, no perjudica al menor; (*g*) y aquel ha de obligar los bienes de este y no los suyos, (*h*) pues no es justo que le perjudique su oficio. Y dicha solem-

(*a*) Leyes 5 Cod. Quando decreto opus non est, y 18 ff. de Author. tutor. (*b*) Gutier. de Tutel. cap. 5 n. 66. (*c*) Narbon. de Ætate ann. 25 q. 6 n. 3. (*d*) Gutier. n. 64. (*e*) Surd. decis. 77 nn. 4 y 6. (*f*) Ley 4 tit. 5 P. 5.

(1) Aquí padeció Febrero una crasa equivocacion, porque la ley 4 que cita, dice: "Tutores son llamados en latin, los que son guardadores de los menores de catorce años. E estos atales non deven enagenar las cosas de los huérfanos, fueras ende, quando les fuessen tan gran menester, que non podrian al facer, ó por gran pro dellos, é estonce se ha de facer con muy gran sabiduría, é con otorgamiento del Juez del logar." Y si quando es útil al pupilo la enagenacion de alguna cosa suya, no se requiriese decreto del Juez, nunca seria necesario, ya porque no puede enagenarse nada del menor, sin que de ello pueda seguirsele utilidad, y ya porque con el pretexto de esta jamas se recurriria al Juez.

(*g*) Greg. Lop. ley 60 tit. 18 P. 3 glos. 5. (*h*) Ley 60 cit. verb. Otrosi deve decir.

nidades se deben observar tambien en la venta de bienes de mudos totalmente sordos, de locos, fátuos y pródigos declarados, (*a*) porque se equiparan al pupilo.

64 El sexto privilegio es, que al modo que no puede el menor enagenar sus propios bienes raices ó muebles preciosos, no interviniendo las solemnidades y causas justas mencionadas; no puede tampoco hipotecarlos sin ellas, excepto que se siga al menor del mutuo porque contraxo la hipoteca, utilidad conocida, (*b*) la qual incumbe probar al acreedor como fundamento de su intencion, si la propuso: (*c*) ó que sea necesario para la defensa del menor, ó para libertarse á sí mismo ó á su padre de la cárcel, ó redimirle de cautiverio: en cuyos casos basta la autoridad de su tutor ó curador. (*d*)

65 La prohibicion de hipotecar sus propios bienes impuesta al menor parece se amplia á la cosa que compra, por el precio que no paga al vendedor, porque el menor no puede obligar la finca comprada hasta que se le transfiere su dominio por su tradicion, y entónces como ya es suya, tiene lugar la ley que le prohibe obligar sus bienes. Pero sin embargo de esto, hay AA. que llevan, valdrá la hipoteca otorgándose en el mismo acto, porque como precedió á ella el pacto, se le transfirió su dominio con este gravámen que es parte del contrato, y se debe reputar único é individuo con todas las condiciones puestas en él; mayormente quando la hipoteca solo mira á la seguridad del precio, el dominio se puede transferir con condicion, y el menor no goza del privilegio especial de aceptar el contrato en lo favorable y desecharle en lo perjudicial. Mas para evitar qüestiones advierta el Escribano al vendedor que nada dé fiado á menor alguno, si no quiere exponerse al riesgo de perder su dinero. (*e*)

66 Como el que dona alguna cosa, la pierde, está

(*a*) Dicha ley 60 al fin. (*b*) Gutier. de Tutel. part. 2 cap. 21 n. 11. (*c*) Bersan. de Pupil. cap. 1 q. 15 n. 18, y cap. 2 q. 8 n. 11. (*d*) Bersan. q. 8 cit. (*e*) Vease á Lara Comp. vit. hom. cap. 23 nn. 11, &c. y 19.

prohibido hacer donacion simple al pupilo por sí y con la autoridad sola de su tutor, como tambien á este el hacerla de los bienes de aquel, aunque dé su licencia el Juez, porque para la validacion de esta se requiere causa justa, la qual apenas podrá probarse en el pupilo; (a) y tampoco puede donar por causa de muerte, puesto que no tiene facultad para testar. Pero la donacion pura, moderada y jurada que haga con causa justa el menor adulto, valdrá, aunque no la que se haga sin juramento; (b) bien que aun quando este se haya hecho, si es leso enormemente y lo prueba, podrá valerse del auxilio de la restitucion precedida relaxacion del juramento. (c) Tambien valdrá la donacion por casamiento de que sus bienes muebles que guardándose no pueden conservarse, haga á su esposa con arreglo á lo permitido por la ley y con autoridad de su curador, pues para la de los que se pueden conservar, y de los raices, es indispensable la licencia del Juez. (d) Asimismo puede hacer donacion por causa de muerte, aun quando su curador quiera impedírselo, porque la última voluntad no debe pender del arbitrio ageno. (e)

67 El séptimo privilegio es, que contra el menor no corre la mora irregular de intereses por no pagar de pronto á su acreedor lo que le debe, excepto que le interpele á él y á su tutor ó curador, ó por lo ménos á estos (f) y que concurran los requisitos de lucro cesante y daño emergente, (g) ó que la mora haya principiado en el difunto mayor su causante, pues entónces pasará contra él, aunque sea pupilo. (h) Pero á favor del menor si corre dicha mora ipsojure no pagándole su deudor, aun quando no le interpele ni pre-

(a) Gutier. de Tutel. part. 2 cap. 6 n. 6 Surd. decis. 229 n. 26. (b) Castill. lib. 3 Controv. cap. 2 nn. 4 y 5. (c) Ciriac. Controv. 321 nn. 85 y sig. Fontanel. de Pact. claus. 4 glos. 18 part. 3 n. 51. (d) Ley fin. Cod. de Donation. Narbon. ann. 25 q. 11 n. 13. (e) Narbon. ann. 14 q. 46 n. 5 Bersan. de Pupil. cap. 2 q. 13 nn. 11, &c. y 47. (f) Ley 24 ff. de Verb. obligat. Mascard. de Probat. conclus. 1071, n. 12. (g) Scacia de Comerc. §. 1 q. 7 part. 2 ampliat. 8 n. 269. Surd. decis. 345 nn. 9 y 10. (h) Ley 27 ff. de Usur. Bersan. de Pupil. cap. 1 q. 22 nn. 16, &c. y 22.

fina término: (a) lo qual procede en primer lugar contra el deudor que es mayor y no contra el menor, porque siendo contra este se confunden los privilegios: (b) en segundo lugar, quando el menor tiene tutor ó curador á quien hacer la paga, pues si carece de él, no hay razon para que incurra en mora; (c) y en tercer lugar, miéntras el menor lo es, porque con su menor edad espira la causa del privilegio, y por consiguiente no corren mas los intereses hasta que se haga la interpelacion al deudor, concurriendo los expresados requisitos de lucro cesante y daño emergente, como para con qualquiera acreedor está dispuesto, en cuyo caso será mora regular. (d)

68 El octavo privilegio es el de elegir y variar de fuero trayendo á su contendor ante el tribunal supremo por caso de corte, y declinar de la jurisdiccion del Juez ordinario ante quien se halla incoado el pleyto, como se dixo en el cap. del juicio ordinario n. 33: lo qual tiene lugar, sea actor ó reo, pobre ó rico, legítimo ó espurio, y sea la causa civil ó criminal; (e) y se amplia á aquella en que litigó como cesonario, siempre que la cesion onerosa ó lucrativa se haya hecho con buena fé, segun se verifica en la que proviene de última voluntad por institucion, legado ó donacion por causa de muerte, y no en fraude de tercero con el fin de mudar el juicio y causarle extorsion. (f) Y este privilegio no se puede renunciar, (g) ni tampoco ceder á otro, porque es personal. (h)

69 Pero si el pleyto se principió con el difunto mayor de 25 años, á quien el menor sucedió, no debe mudarse de Juez, porque la condicion de aquel no se muda por la persona de su heredero, aunque no habiéndose empeza-

(a) Leyes 26 § 1 vers. Certe ff. de Fideicomm. libertat. 5 Cod. de Action. empt. y 3 Cod. Ia quibus caus. in integrum rest. (b) Mantic. de Conject. lib. 7 tit. 10 n. 28. (c) Rodrig. de Annuis redit. lib. 2 q. 15 n. 42. (d) Rodrig. n. 40. (e) Ley 5 tit. 3 P. 3. Velasc. miserab. person. part. 2 q. 3 nn. y sig. (f) Velasc. de Privileg. n. 16. Olea de Ces. jur. t. 6 q. 2 n. 57 (g) Castill. lib. 3 Controv. cap. 25. Velasc. n. 27 (h) Olea tit. 6 q. 3 n. 22 Castill. n. 13.

do la instancia con el difunto, puede el menor usar en ella de todos sus privilegios, porque la herencia es ya patrimonio suyo. (a)

70 No puede usar de este privilegio el menor contra su tutor en orden á la dacion de cuentas de la tutela y administracion de sus bienes, y por consiguiente extraerle del fuero y juzgado en donde se le encargó esta; (b) excepto que tema se le perjudique en sus derechos, por ser persona poderosa el tutor. (c) Y si muchos tutores de una ó diversas provincias administraron la tutela, pro indiviso y qun mismo tiempo, deben ser demandados todos ante un Juez, para que no se divida la continencia de la causa. (d) Tampoco puede usar del citado privilegio contra otro menor ó persona privilegiada, por gozar de él igualmente. (e)

71 El nono y principal privilegio de que goza el menor, es el beneficio ó auxilio de la restitucion por entero que por su facilidad y falta de experiencia, y dolo de su contrario le conceden las leyes en los contratos en que es perjudicado, (f) aunque contraiga con autoridad de su curador y decreto del Juez, (g) manifieste ser hábil, industrioso y diligente, (h) y haya estudiado la Jurisprudencia, (i) porque una cosa es la ciencia del derecho, y otra la prudencia para saberse conducir que enseñan el uso, práctica y experiencia; y de que sea Jurisperito, no se deduce que deba ser inteligente en el comercio, artes, ni en otras cosas que se hacen con el objeto de lucrar, y que solo se entienden con el manejo de ellas. (k)

72 En esta suposicion digo que quando en el contrato de menor no se han observado las solemnidades, puede

(a) Castill. lib. 2 Controv. cap. 45 n. 7. Bersan. nn. 23, 24 y 25. (b) Gutier. de Tutel. part. 3 cap. 1 n. 124. Escobar de Ratioc. cap. 7, n. 2. (c) Escobar nn. 57 y sig. Bersan. de Pupil. cap. 5 q. 11 n. 7. (d) Bersan. nn. 8, &c. y 12. (e) Castill. lib. 2 Controv. 45 n. 28. Bersan. de Pupil. cap. 1 q. 14 n. 26. (f) Ley 45 ff. de Minorib. (g) Ley 1 tit. 25 P. 3. (h) Ley 1 Cod. Qui & adversus quos in integrum. (i) Sarmient. lib. 3 Selectar. cap. 22. Lara (k) Compend. vitæ hom. cap. 25 nn. 7, &c. y 11.

aprobar el contrato; si le es útil, y sin embargo de su nulidad obligar al otro contrayente á su cumplimiento; ó reprobarle por serle pernicioso, y entónces no está obligado á pasar por él, ni su contrario le puede compeler á ello; (a) ni se le reprueba, necesita el auxílio de la restitucion, porque el contrato es nulo ipsojure, como se expuso en el n. 58. (b) Quando se observaron las solemnidades, y el menor fué leso en el contrato, se ha de distinguir: si el tutor le damnificó por culpa suya, le compete la eleccion de que se le restituya contra el contrato, ó de reconvenir al tutor para que le indemnice y reintegre del daño que le causó, (c) en cuyo caso este remedio ordinario no hace cesar el de la restitucion que es extraordinario, porque se dirige contra diversos sugetos. Mas si la lesion que padeció, provino de omision y no de culpa del tutor, debe reconvenirle primero ordinariamente sobre la reintegracion del daño: (d) lo qual se limita en primer lugar, quando el menor puede ser reintrgrado mejor y mas pronto por la restitucion que por la repeticion contra su tutor, porque aunque este remedio es extraordinario y cesa siempre que ha lugar al ordinario, esto se entiende en el caso de que por ámbos se pueda socorrer igualmente al menor, y así siéndole mas útil el extraordinario no se le priva de usar de él; (e) y en segundo lugar, quando el tutor está insolvente ó fallido en todo ó en parte, pues entónces se concede en subsidio al menor la restitucion por el daño que le provino de su culpa ó negligencia. (f) Si consta que ningun fraude ni negligencia se puede imputar al tutor ó curador, no es responsable á nada. (g)

73 Si el menor hiciere ver por el propio contrato rec-

(a) Leyes 28 ff. de Pactis, 6 ff. de Negot. gest. 5 § 1 y 9 ff. de Author. tutor. y 1 ff. de Usucapion pro empt. (b) Ley 2 Cod. de Prædiis, & aliis rebus minor. (c) Leyes 39 § 1 ff. de Minorib. 6 Cod. Arbitrium tutelæ, y 3 y fin. Cod. Si tut. vel curat. interven. (d) Bersan. de Pupil. cap. 1 q. 15 nn. 6, &c. y 13, y q. 20 nn. 14 y 15. (e) Bersan. cap. 1 cit q. 10. n. 12. (f) Ley 13 § 11 Cod. de Judiciis. Bersan. q. 15 cit. n. 14. (g) Bersan n. 15.

tamente celebrado que fué leso, ha de ser restituido contra él, como debe serlo en otro qualquier acto perjudicial indistintamente; (a) y entónces está obligado á devolver al otro contrayente todo lo que percibió por el tal contrato, pues no ha de lucrarse con su daño. (b) La prueba de haberse lucrado compete al contrario, quando lo afirma y el contrato es ipsojure nulo, porque es el fundamento de su intencion, tiene contra sí la presuncion del dolo y mala fé con que procedió, y el menor no necesita en esté caso del auxílio de la restitucion. Pero si el contrato es válido, y el menor implora aquel beneficio por la lesion que padeció en él, debe justificar concluyentemente, aunque sea por conjeturas, no solo su menor edad al tiempo que celebró el contrato, sino tambien haber sido leso, porque en esto consiste el fundamento de pedir la restitucion, y porque por haberse celebrado el contrato con la solemnidad legal, tiene á su favor la presuncion de rectitud y validacion. (c)

74 El beneficio ó privilegio de la restitucion que el derecho concede á los menores por la lesion padecida en el contrato, aprovecha á sus fiadores, (d) y aunque es personal, se transmite á sus herederos, quienes por su muerte pueden usar de él dentro de los quatro años siguientes á los 25 de edad del mismo menor; y la razon es, porque su persona no es la causa inmediata del privilegio sino la lesion (1), por lo que no se extingue con su muerte, (e) y así puede cederle, no obstante que le competa por derecho especial. (f) Pero quando la persona es la causa próxima é inmediata del privilegio, espira con ella, aun quando se hubiese concedido

(a) Ley 7 ff. de Minorib. (b) Leyes últ. Cod. de Usucapion. pro emptore, y 10 y 16 Cod. de Prædiis minori Menoch. lib. 3 præsumpt. 84. (c) Cancer. Var. cap. 1 nn. 270, 271 y 272 part. 2 Bersan. q. 15 cit. nn. 18, 19, 20 y 21. (d) Ley 88 ff. de Acquirend. hæredit. Bersan. q. 25 cit. n. 26.

(1) ¡Grande necedad!

(e) Leyes 6 ff. de in integr. restitution. y 18 § 5 ff de Minorib. (f) Leyes 24 ff. de Minorib. y ley Minorum, ff. de Administr. tutor.

por remuneracion, y no es transmisible á sus herederos. (a) Y es de notar que el menor puede apartarse de la solicitud del beneficio de la restitucion y pasar por el contrato. (b)

75 No compete este beneficio al menor, quando aprobó expresamente el contrato celebrado en su menor edad, (c) ni quando lo hizo tácitamente, que es quando sabiendo la lesion dexó pasar el tiempo prescripto por la ley para pedir la restitucion, ó siendo mayor practica actos contrarios á la nulidad y lesion, ó que no pueden menos de inducir ratificacion; (d) pues la voluntad que se deduce del acto, es mas poderosa que la que consiste en palabras. (e)

76 Mas para la mejor inteligencia de esto debo advertir que la ratihabicion ó ratificacion expresada se puede hacer ó del acto ó contrato celebrado por un tercero á nombre del que le ratifica, ó del hecho nulamente por este, y puede subsanar dos vicios, el uno de nulidad y el otro de lesion en el propio contrato. Si el menor siendo ya mayor ratifica el contrato que hizo en su menor edad, ninguna solemnidad de las que deben intervenir para la validacion de los contratos de menores, es necesaria en su ratificacion, para que valga así en quanto á la nulidad como á la lesion que contenga el contrato. Pero si hace la ratificacion en su menor edad, (como puede por no estarle prohibido) no valdrá, á menos que se observen dichas solemnidades, porque la ratificacion del contrato nulo no es otra cosa que un nuevo contrato. (f) Si ratifica el contrato que á su nombre celebró su tutor ó curador, aunque vale su ratificacion en quanto á constituirle válido, (g) si por él se le causó algun daño, no se le prohibe repetir contra su tutor ó curador para la reintegracion y suplemento

(a) Ley 1 § 2 ff. de Constitut. Princip. (b) Ley 41 ff. de Minorib. (c) Ley 3 § 1 ff. de Minorib. (d) Ley fin. Cod. de Temporibus in integ. restitut. Mascard. de Probat. conclus. 1262 n. 51. (e) Bersan. de Pupill. cap. 2 q. 35 nn. 1, 2, 3 y 4. (f) Bersan. de Papillis cap. 2 q. 34 nn. 1, 2, 3 y 4. (g) Menoch. de Recuper. posses. remed. 15 n. 173.

del justo precio. (a) Pero si estos contraxeron en su nombre acerca de las cosas del menor, v. gr. por haber vendido como suya alguna finca de este; de nada sirve, ni viene al caso la ratificacion, ni el menor es parte para hacerla, porque no puede ratificar lo que no se practicó en su nombre. (b) Y si, ya sea mayor ó menor, ratificase el contrato que contiene nulidad y lesion juntamente se subsanará por la ratificacion la nulidad, pero le quedará salvo su derecho por la lesion contra el otro contrayente, (c) excepto que siendo mayor la renuncie á su favor, como puede hacerlo.

77 Por la dote prometida al marido con su muger ántes de casarse le compete hipoteca en los bienes del prometedor desde que le hizo la promesa, si se celebra el matrimonio: (d) de manera que aquel no puede evitar la hipoteca, una vez ofrecida la dote, aunque proteste que sus bienes no quedan obligados á su responsabilidad, á menos que el marido lo consienta. (e)

78 La propia hipoteca tienen los hijos legítimos en los bienes de su padre por los suyos adventicios que entraron en su poder y administró, empezando desde que los recibe; (f) y si su padre se los enagena, quedan obligados los suyos á responder de su valor, de tal suerte que despues de su fallecimiento pueden los hijos repetirle del comprador, haciendo excusion en los paternos y no en otra forma; pues como primero se han de pagar sus deudas, deben reintegrarse de la suya, y si hubiere para su reintegro, aunque nada les quede que heredar, no tienen accion contra el comprador. (g)

79 A los herederos de la muger casada, sean legítimos ó extraños, y á los cesionarios y sucesores particulares compete igualmente hipoteca tácita en los bienes de su marido por el importe de la dote que llevó á su

(a) Ley 6 Cod. Arbitr. tutelæ y en ella Bruneman. (b) Ley 6 § 6 ff. de Negot. gest. Bersan. nn. 5, 6 y 7. (c) Ley 1 Cod. Si major factus alienationem. Bersan. nn. 14 y 15. (d) Ley 23 tit. 13 P. 5. Covar. lib. 1. Var. c. 7. (e) Barbos. ley 1 part. 3 ff. Solut. matrimon. n. 27 vers. tertio. (f) Ley 24 titul. 13 P. 5 y su glos. (g) Dicha ley 24.

matrimonio, y los hijos legítimos habidos en este no solo tienen dicha hipoteca, sino tambien por razon de la sangre la prelacion á otros acreedores de su padre que la tengan, aunque sea anterior. (*a*) Tambien compete la accion de repetir la dote al extraño que la dió á la muger con la condicion de que por su muerte habia de volver á él, por ser visto no haber querido transferirle sino el usufructo. (*b*)

80 El legatario tiene hipoteca tácita en los bienes del testador por el legado que le hizo, y empieza desde su fallecimiento: (*c*) siendo de advertir que los legados pios se prefieren á los que no lo son; excepto que el testador dispónga lo contrario ó se infiera de su voluntad. (*d*)

81 El que prestó dinero para fabricar, componer ó reparar casa ú otro edificio, ó para armar ó aderezar alguna nave, tiene hipoteca tácita en ellas; y el que le suplió para alimentar ó pagar el trabajo á los oficiales, sirvientes y marineros que trabajaron en la nave, la tiene igualmente en sus fletes, (*e*) como asimismo en el oficio el que prestó el dinero para comprarle. (*f*)

82 Por el alquiler y arrendamiento de casa, tierra, viña, nave y otras cosas semejantes, y por el daño que el arrendador les hubiese causado, tiene hipoteca tácita el arrendatario en los bienes que se hallan en la casa, y en los frutos de la tierra, viña y heredad, y por los fletes de la nave en las mercaderías que conduce, sean del primer arrendador los bienes, frutos y mercaderías, ó del segundo, si subarrendó las cosas expresadas, porque la ley (*g*) habla genérica é indistintamente, y así no debemos distinguir.

83 Por los gastos y suplementos hechos en la últi-

(*a*) Ley 33 tit. 13 P. 5. (*b*) Sobre si cediendo la muger á alguno la accion dotal que le compete contra su marido, se transferirá en el cesionario con su privilegio, vease á Olea de Ces. jur. tit. 6 q. 2 nn. 10 y sig. (*c*) Dicha ley 26. Castill. de Alim. cap. 66 y lib. 5. Controv. cap. 131. (*d*) Cur. Philip. lib. 2 comerc. terr. § 12 n. 62. (*e*) Ley 26 tit. 13 P. 5. (*f*) Castill. cap. 66 cit. Salg. Labyr. part. 1 cap. 10. (*g*) La 5 tit. 8 P. 5.

ma enfermedad del difunto, en su entierro moderado segun su calidad y haberes, en los derechos de su testamento, su publicacion y apertura, y en la formacion del inventario de los bienes que dexó, compete tambien hipoteca tácita en estos al que los hizo, (a) porque todos los dichos gastos y derechos se reputan funerarios.

84 Si el apoderado contrae hipoteca en virtud de poder para hipotecar, y esto no es, ni contiene en sí contrato ni obligacion, no se entiende contraida aquella al tiempo del mismo poder. No obsta alegar que la hipoteca condicional se considera contraida al tiempo del pacto, purificada que sea la condicion, porque esto es por haber precedido contrato y obligacion, sobre que recayó; y como en la contraida en fuerza del referido poder no la hay, se ha de atender para su antigüedad al tiempo en que el contrato se celebró y no al de la fecha del poder. (b)

85 Prescribe por 10 años entre presentes y por 20 entre ausentes la accion hipotecaria para recuperar la hipoteca en virtud del pacto de no enagenar contra el tercero poseedor de ella, habiendo título y buena fé de parte de este; (c) y dicho tiempo empieza á correr desde el dia en que el deudor se constituye en mora segun los plazos de su obligacion; pues si este, su fiador, ú otro tercero poseedor paga, se impide é interrumpe la prescripcion. (d)

86 Habiendo expresado qué acreedores tienen hipoteca tácita ó legal en los bienes de sus deudores, &c. paso á explicar quáles así de hipoteca tácita como expresa serán preferidos en el pago, concurriendo juntos en un juicio contra los bienes del deudor comun. Y para la mejor inteligencia de este laberinto de pretensiones y derechos, sobre cuya decision hay tan pocas leyes, y

(a) Acev. Matienz. y Angul. ley 13 tit. 16 lib. 5. R. Cur. Philip. Ilustr. lib. 2. Comer. terr. cap. 3 n. 30. (b) Cur. Philip. Ilustr. n. 41 Salg. Labyr. part. 1 cap. 30 n. 27. (c) Leyes 27 tit. 29 P. 3 y 30. tit. 13 P. 5. (d) Cur. Philip. Ilustr. dich. cap. 3 n. 43. Vela dis. 34 nn. 70 y 71. Sobre esta interrupcion y por qué actos se hace, vease el cap. 2 de este n. 224.

por esta razon varían tanto los AA. debo sentar por regla general que unos acreedores se prefieren á otros, por ser primero en tiempo, por conceptuarse mejor en derecho su condicion por alguna causa respectiva al bien público, por equidad, ó por algun motivo grave tocante á religion; (*a*) como tambien que los hipotecarios, conste su hipoteca por instrumento público ó privado, ó por otro medio legal, deben ser graduados entre sí respectivamente segun su clase, y pagados de sus créditos por el órden de las fechas de sus contratos ántes que las personales, pues el que es primero en tiempo, aunque no sea sino una hora, lo es en derecho. (*b*)

87 Lo mismo procede en el órden de escrituras, pues la primera en el protocolo es preferida á la siguiente, por presumirse otorgada ántes; (*c*) y así para no perjudicar al acreedor anterior debe tener cuidado el Escribano de poner la de obligacion que en un dia otorgue el deudor, por el órden de su otorgamiento, en cuyo caso convendrá expresar las horas para evitar dudas.

88 Milita dicha regla general no solo por el débito principal sino tambien por sus réditos ó pensiones como acesorias, (*d*) y por el interes; (*e*) pues si fueren iguales en tiempo, y se ignorare quál contraxo primero, se han de prorratear. (*f*) Tambien milita, aun quando entre todas las deudas hipotecarias concurran una pura posterior y otra condicional anterior, si la condicion es casual ó mixta, pues por no estar en mano del deudor su cumplimiento, se considera el tiempo en que se hizo el contrato; pero si dependiere de su arbitrio, por ser *protestativa voluntaria*, no se ha de atender sino al dia en que se cumple. (*g*)

89 Asimismo tiene lugar en los siguientes casos:

(*a*) Boler. de Decot. tit. 5. y n. 1. (*b*) Regla Qui potior, de Regul. jur. in 6 y ley 7 tit. 13 P. 5. (*c*) Salg. Labyr. part. 2 cap. 4 n. 165. Boler. tit. 5 q. 16. (*d*) Ley 13 ff. Qui potior. in pignor. (*e*) Ley 18 ff. del mismo tit. (*f*) Leyes 10 y 26. § 8 ff. de pignor. (*g*) Salg. Labyr. part. 2 cap. 13 n. 19 y cap. 21 n. 3. Olea de Ces. jur. tit. 6 q. 8 n. 19. Cur. Philip. Ilust. lib. 2 Comer. terr. cap. 12 n. 43.

quando es anterior la deuda, cuyo plazo no está cumplido, pues ha de ser preferida á las posteriores del pasado, por no deber considerarse para la prelacion el de la paga sino la fecha del contrato y obligacion de satisfacerla: (a) quando con la hipoteca convencional ó legal concurren la pretoria ó la judicial, porque ha de preferirse la primera en tiempo: (b) quando el primer acreedor es de hipoteca tácita, y el segundo de tácita y expresa especial: (c) quando el primero en tiempo tiene hipoteca general en los bienes del deudor, y el segundo especial en una finca ó cosa determinada, pues aquel se preferirá á este como anterior en tiempo; (d) y aun quando se haya hecho entrega de bienes al segundo, y al anterior en tiempo no. (e) Y es de advertir que hipotecándose y empeñándose el título de la cosa es visto empeñarse esta y transferirse el derecho de prenda al acreedor, aunque no se exprese. (f)

90 De todo lo expresado en los quatro números inmediatos se deduce, generalmente hablando, que los acreedores hipotecarios iguales en el privilegio, ya sea su hipoteca especial ó general, tácita ó expresa, absoluta ó condicional, casual ó mixta, convencional, pretoria ó judicial, con entrega de bienes ó sin ella; y ya concurran los de cada clase de hipoteca entre sí ó de todas clases unos con otros, deben ser graduados y pagados por el órden de su antigüedad no solo de su deuda principal sino tambien de sus pensiones é intereses como acesorios á ella, guardando únicamente entre ellos para su prelacion la fecha de sus contratos: (g) la qual procede, obligue el deudor expresamente sus bienes presentes y futuros, ó solamente sus bienes sin decir mas, pues no obstante se comprehenderán en la obligacion general así los que tiene entónces, como los

(a) Ley 14 ff. de Pignorib. (b) Ley 13 tit. 13 P. 5. (c) Ley 11 al princi. y § 2 ff. Qui potiores in pignor. (d) Leyes 2 ff. y 6. Cod. Qui potiores in pignor. (e) Dich. ley 13. (f) Ley 14 sig. (g) Cur. Philip. lug. sit. nn. 44, &c. y 48.

que adquiera despues, (a) y si todos son iguales en tiempo y privilegio, se han de prorratear sus créditos, (b) con tal que no se halle alguno en posesion de los bienes del deudor ó parte de ellos, porque ha de ser preferido á los demas en los que la tenga. (c)

91 Pero así como toda regla general padece sus excepciones y limitaciones, así tambien se exceptúan de ella varios casos en los que no da el tiempo prelacion y en que por consiguiente serán preferidos los acreedores posteriores. La iglesia y en su nombre su Párroco, ó quien la represente, debe ser preferida á todos los acreedores, por privilegiados que sean, por la satisfaccion de los diezmos que se acostumbran pagar; (d) y si ántes de coger los frutos los vendiere se dueño, puede la iglesia demandar los diezmos al comprador, porque aquellos pasaron á este con el gravámen de satisfacerlos; ó al mismo dueño, porque recibió el precio ántes de su solucion, en lo que cometió engaño; pero cobrándolos del uno no puede pedirlos al otro; bien que si viere que el comprador no tiene de qué pagar, puede repetir contra el vendedor sin estar obligada á darle lasto ó cederle sus acciones, porque pagó por sí y no por él, y por el delito que cometió en proceder á la venta de frutos ántes de pagar los diezmos. (e)

92 Lo mismo procede en el que prestó dinero para enterrar al deudor con ánimo de cobrarle y no por piedad, aunque nadie le mande suplirle, ó alguno se lo contradiga; pues por privilegiados y anteriores que sean en tiempo los demas acreedores, tengan hipoteca especial ó general en los bienes del deudor, será preferido á ellos, á la dote y á todas las demas que contraxo en su vida, porque se interesa la utilidad pública en que se sepulte á los muertos. (f) Tambien procede lo mismo en el que suplió los gastos de alimentos, Médico, Ci-

(a) Carlev. de Jud. tit. 3 disp. 34 n. 2. (b) Ley 16 § 8 ff. de Pign. Peregrin. de Jure fisci lib 6 tit. 6 n. 22. y 33. (c) Roler. tit. 5 q. 15 n. fin. (d) Ley 6 tit. 20 P. 1 al fin y cap. 28 de Decim. Roler. de decoction. tit. 5 q. 2. (e) Ley final tit. 20 P. 1 (f) Leyes 12 tit. 13 P. 1 y 30 al fin. tit. 13 P. 5.

rujano, botica y demas de su última enfermedad, y los derechos de su testamento, de su apertura ó publicacion é inventario de sus bienes, pues gozan de igual prelacion estas expensas, por reputarse parte de su funeral. (*a*) Asimismo procede lo dicho en el que le redimió de cautiverio, por haber el motivo de religion y piedad que en los anteriores. (*b*)

93 La hipoteca concedida al fisco por la alcabala, tributos y demas derechos Reales es de tanta virtud y eficacia que no solo le compete en los bienes del deudor, sino tambien en los que sus herederos hubieron de él en vida por qualquier título, aun quando renuncien su herencia. Ademas, los terceros poseedores singulares de los bienes tributarios estan obligados á la solucion del tributo así del tiempo de su posesion como del anterior, aunque dichos poseedores sean eclesiásticos, los quales podrán ser reconvenidos ante el Juez secular. (*c*) Y en estos derechos se prefiere á los acreedores anteriores de hipoteca tácita, porque la obligacion de satisfacerlos está inherente y es inseparable de los mismos bienes, mas no á los que la tengan anterior expresa, especial ó general. Lo propio milita en la dote legítima y entregada. (*d*)

94 En los bienes de los que contratan con el fisco, y en los Administradores, Cobradores y Recaudadores de su Real haber goza del propio privilegio en concurrencia de otro acreedor hipotecario sin mas prerogativa, como se hubiesen adquirido despues de celebrado el contrato ó de haber entrado en la administracion de la Real hacienda, pues en los que adquirieron ántes, no es preferido á los acreedores de hipoteca expresa anterior, especial ó general, ni en los de sus mugeres; (*e*) ni tampoco en los adquiridos despues del contrato fiscal al hipotecario con privilegio de menor edad, tutela,

(*a*) Carlev. tit. 3. disp. 29 n. 7. Matienz. y Acev. ley 13 tit. 6 lib. 5 R. (*b*) Boler. de decoct. tit. 5 q. 2 nn. 21, &c. y 28. (*c*) Ley 25 tit. 13 P. 5. Boler. tit. 5 q. 13 nn. 3, &c. y 9. (*d*) Leyes 25 y 33 tit. 13 P. 5. (*e*) Carlev. tit. 3 disp. 34 nn. 3, 15 y 17.

dote y otro semejante, porque este acreedor tiene doble privilegio, el de la hipoteca con antelacion de tiempo, y el de la menor edad, &c. como se dirá en el núm. 96, y á cada uno incumbe probar la prioridad ó posterioridad de adquisicion que alega, como fundamento de su intencion. (*a*) Y es de notar que por el arrendamiento de los predios fiscales ha de reconvenir el fisco á su arrendador, despues á su fiador de indemnidad, y por último al deudor del arrendador no habiendo algun privilegio, por el que pueda demandar ántes á dicho deudor, en cuyo caso no se necesita observar este órden. (*b*)

95 En los del *Primipilo*, que antiguamente era el que tenia á su cargo proveer de lo necesario el exército y armada, como tambien las cosas destinadas para las principales y mayores urgencias del Soberano en tiempo de guerra, y hoy en algun modo se puede tener por tal al Tesorero y Proveedor del exército, aunque hay mucha diferencia de uno á otro: en los del Primipilo digo, le compete el mismo privilegio, el qual se amplia, contra los dotales y parafernales de su muger, y contra los de sus hijos, pues todos quedan entera y absolutamente obligados. Tambien le compete contra sus deudores, de suerte que puede repetir contra los de estos ántes de hacer excusion en los del Primipilo, y aun ántes de cumplirse el plazo de sus pagas, si son deudores para algun dia. (*c*) Pero este tan amplio y exûberante privilegio se limita respecto á los hijos y muger de otro Tesorero, á cuyo cargo está solamente la custodia del Real erario, pues contra estos no le está concedido en iguales términos. (*d*)

96 En los demas contratos con el fisco si concurre contra un acreedor privado, y no hay duda en la anterioridad y posterioridad de hipoteca de ámbos, se han

(*a*) Carlev. lug. cit. n. 18. Cur. Philip. Ilustr. comerc. ter. lib. 2 cap. 12 n. 29. (*b*) Boler. tit. 5 cit. q. 17 n. fin. (*c*) Leyes 4 Cod. In quibus causis pignus, &c. y fin. Cod. de Promipil. Greg. Lop. en la 25 tit. 13 P. 5. Boler. tit. 5 q. 4 n. 22, y q. 14 nn. 14, 16, 22 y 24. (*d*) Cur. Philip. lug. cit. n. 28. Boler. n. 14 cit.

de observar las reglas siguientes. La primera es, que el fisco por razon de la que le compete en sus contratos, es preferido á los acreedores chirografarios anteriores del deudor. (*a*) La segunda es, que si el fisco tiene hipoteca expresa, aunque sea posterior, se prefiere á los anteriores de tácita al modo que la dote. (*b*) La tercera es, que si el fisco concurre con otro acreedor anterior que tenga hipoteca expresa, especial ó general, sin privilegio, debe preferirse el primero en tiempo, (*c*) y si lo es dicho acreedor, será su prelacion en los bienes que el deudor tenia ántes de contratar con el fisco; (*d*) pues en los adquiridos despues será preferido este por privilegio especial á los anteriores, aunque la tengan general expresa; (*e*) porque no se puede decir que los bienes estan obligados ántes que el deudor los adquiera, ni constituirse hipoteca en las cosas agenas, y como á un mismo tiempo quedan hipotecados al acreedor privado y al fisco, debe este ser privilegiado como de mejor condicion, no debiendo mirarse el órden de la convencion tácita ó expresa, sino el de la adquisicion; (*f*) bien que cada uno debe probar como fundamento de su intencion la anterioridad ó posterioridad de la adquisicion, pues ningun privilegio tiene el fisco para eximirse de esto. (*g*) Pero si á la anterioridad de tiempo que tiene el acreedor privado, se agrega algun privilegio ó qualidad como la menor edad, tutela, dote, &c. se preferirá el fisco por razon de la anterioridad y por la del privilegio no solo en los bienes adquiridos ántes de contratar con él sino tambien en los que adquirió despues, (*b*) como se expuso en el núm. 94. Y la quarta regla es, que por competir privilegio al fisco en la

(*a*) Rodrig. de Concurs. part. 1 art. 2. Boler. tit. 5 cit. q. 17 n. 15. (*b*) Ley 33 tit. 13 P. 5. Gutier. lib. 3 Pract. q. 99 n. 17. Castill. lib. 3 Controv. cap. 4 n. 14. (*c*) Flores de Mesa lib. 1. Var. cap. 16 § 3 n. 28. Boler. q. 17 cit. n. 17. (*d*) Covarr. lib. 1 Var. cap. 16 n. 2. (*e*) Covar. cap. 16 cit. y n. 2 vers. Et his sufragatur. Gutierr. q 99 cit. n. 11. (*f*) Peregrin. de jure fisci lib. y tit. 6 n. 15. (*g*) Rodrig. de Concurs. part. 1 art. 2 n. 10. (*b*) Rodrig. lug. cit. n. 8 vers. Quod quidem jus. Noguerol. allegat. 17 n. 51.

accion hipotecaria y juntamente en la personal tiene mayor derecho que otros acreedores, y por él es preferido á los que solo tienen privilegio en la personal, ó son personales privilegiados, como los menores; por lo que si estos concurren y no tienen hipoteca expresa, obtendrá el fisco la preferencia, aunque sea posterior en tiempo, al modo que la dote, y lo mismo procede en los demas privilegiados en la hipoteca. (*a*)

97 Tambien es preferido á los acredores anteriores de hipoteca expresa en los frutos de los bienes hipotecados ántes de contratar con él, de qualquier clase que sean, habiendo nacido despues del contrato fiscal, estando en poder del deudor, (no en el de otro á quien hubiese enagenado los mencionados bienes, porque pasaron al domino de este que no es deudor, ni está obligado) y justificando como fundamento de su intencion su produccion posterior en poder del deudor, pues si no lo justifica, no gozará de prelacion, por carecer de privilegio expreso. (*b*) Sobre si la muger gozará ó no por su dote de igual privilegio que el fisco en los bienes adquiridos por su marido despues de su contrato dotal, y se preferirá ó no á los acreedores hipotecarios anteriores, veanse los AA. pues estan discordes; (*c*) pero la iglesia y causa pia son preferidas. (*d*)

98 Como por el delito que alguno comete, y daño que causa á otro, se originan dos acciones penales, la una tocante á la parte ofendida y la otra á la república; y el fisco adquiere derecho á la pena en que incurre el perpetrado, sea legal, convencional ó arbitraria en el Juez; se duda quándo le adquirirá, y quándo será ó no preferido á los acreedores del delinqüente. En órden al primer punto debo decir que ántes de la condenacion ó sentencia ningun derecho, ni hipoteca le compete en

(*a*) Carlev. tit. 3 disp. 34 nn. 15, &c. y 18. Castill. lib. 4 Controv. cap. 61 nn. 57 y sig. (*b*) Carlev. tit. 3 disp. 34 n. 20. Boler. q. 17 cit. nn. 21 y 22. (*c*) Gutier. lib. 5 Pract. q. 180. Castill. lib. 3. Controv. cap. 4 n. 20. Boler. tit. 5 q. 3. nn. 29. y sig. (*d*) Cur. Philip. lib. 2 Comer. terr. cap. 12 n. 30.

los bienes de aquel; (a) que despues de ella si por el delito se le confiscan, no adquiere hipoteca en ellos, porque se le transfiere su dominio: (b) que si no se le confiscan, y solo se le impone alguna pena pecuniaria, tampoco adquiere derecho ni hipoteca hasta que se da la sentencia, porque ántes de su pronunciamiento no puede llamarse acreedor á causa de ignorarse, si se le impondrá ó no; (c) y que aun despues de la condenacion no adquiere ningun derecho ni hipoteca en perjuicio de otros acreedores, aunque sean chirografarios, y su deuda conste solamente por mera confesion del deudor fiscal ántes de la sentencia, (d) porque trata de adquirir lucro y los acreedores procuran evitar su daño, (e) excepto que estos y el fisco lo sean por una misma causa ó título, oneroso ó lucrativo; pero respecto del delinqüente y de otros que poseen sus bienes sin título, tiene desde el dia de la setencia hipoteca tácita en ellos, la qual no se amplia, cesante todo dolo, á los enagenados ántes de la condenacion. (f)

99 Tocante al segundo punto digo que si el fisco concurre únicamente por el cóbro de la pena y condenacion, sea legal ó arbitraria, impuesta al delinqüente, le preferirán indistintamente todos los acrreedores de este (g) sin excepcion, seanlo por contrato celebrado ántes de la imposicion, ó por el daño recibido, por el que es condenado. Si concurren ámbos con un mismo título, oneroso ó lucrativo, será preferido el fisco, sin embargo de que el acreedor privado se halle en posesion de los bienes del deudor delinqüente; por lo que si este perjudicó á alguno y al fisco en la cosa ó administracion fiscal, obtendrá la prelacion, aunque al acreedor privado lo sea por depósito singular que no existe; pues desde la comision del daño quedaron obligados sus bienes á

(a) Ley 29 ff. de Jure fisci, y cap. 19 vers. fin. de Hæretic. in 6. (b) Ley 14 ff. de Publican. & vectigal. (c) Leyes 131 §. 1 y 244 ff. de Verbor. signific. (d) Greg. Lop. ley 9 tit. 3 glos. 9 y en la 25 tit. 13 P. 5. (e) Boler. tit. 5 q. 23 nn. 11 y 12. (f) Leyes 11 tit. 6 lib. 3 y 12 al fin tit. 26 lib. 8 R. Noguerol alleg. 1 n. 46. Rodrig. de Concurs. part. 1. art. 2 n. 11. (g) Boler. nn. 9 y 10. Cur. Philip. lib. 2 cap. 13 cit. n. 56.

resarcirle, y el fisco adquirió hipoteca en ellos que es preferida á la accion de depósito, y esta no existiendo la cosa depositada, ó siendo irregular é impropio el depósito, cede á la hipotecaria quedándose en la clase de personal, (a) como se dirá en los nn. 168 y 169: lo qual no sucede siendo privados ámbos acreedores con un mismo título, porque entónces será preferido el que tenga la posesion de los bienes del deudor. (b) Pero si se dudáre, si el fisco y el acreedor privado concurren por una misma causa ó título, ó si las de ámbos son onerosas ó lucrativas, se preferirá el fisco, y no habrá prorrateo en quanto al importe de la pena, pues en la cantidad consignada al acreedor por compensacion del daño ó interes obtendrá este la preferencia. (c)

100 Aunque quando el reo incurre ipsojure en la pena de confiscacion ordinaria y pérdida de todos sus bienes, adquiere inmediatamente el fisco su dominio, no se le transfiere siendo extraordinaria la confiscacion, hasta que se publica la sentencia, y su adquisicion se circunscribe solamente á ciertos bienes que se expresan en la sentencia y proceso, y no á todos. (d) Pero aun quando la confiscacion sea ordinaria, no se extiende á todos los que posee el delinqüente, y ántes bien se límita á los que quedan líquidos despues de satisfechos los acreedores que tiene al tiempo de la perpetracion del delito, pues los restantes no son suyos: en cuya atencion, y en la de que hace veces de heredero anómalo y sucesor extraño del delinqüente, está obligado como tal á pagar sus deudas en quanto lo permitan sus bienes, y si sobra algo, lo hace suyo. (e) Si el fisco es acreedor del mismo delinqüente por contrato, tiene en su poder algunos años los bienes de este que producen para reintegrarse y pagar á los demas, y luego se los devuelve, no puede repetir su crédito des-

(a) Covar. lib. 1. Var. cap. 16 n. 2. Olea de Ces. jur. tit. 8 q. 3 n. 18. (b) Ley 9 tit. 3 P. 5. Boler. tit. 5 q. 15 nn. 11 y 12. (c) Leyes 102 del Estilo y en ella Paz, 13 cap. 16 tit. 14 lib. 2 y únic. cap. 10 tit. 19 lib. 3 R. Boler. tit. 5 q. 28 nn. 5, 6, 7 y 8. (d) Ley 2 tit. 4 P. 5. (e) Ley 10 tit. 2 P. 3. Boler. tit. 5 q. 24 nn. 4 y 5.

pues de la devolucion, porque con el producto debió hacerse pago de él: lo qual he visto executoriado por la Real Junta de Obras y Bosques contra el fisco en causa de confiscacion de los estados de un Grande que al tiempo de ella era deudor suyo por contrato de venta de una porcion de tierras incorporadas en unos de sus estados, y no tenia satisfecho su total valor: porque ni las acciones se confunden, ni la una excluye á la otra, ni le quita la hipoteca y antelacion que por su naturaleza le compete, al modo que tampoco se confunde la del heredero que es acreedor del deudor, segun se ha sentado en el cap. 2 de este lib. n. 319, lo que no sucede, quando en un acto ó persona concurren dos obligaciones ó qualidades diversas, como en el fiador que sucede al deudor, ó al contrario; pues no se confunden, sino que se extingue la accesoria, y permanece la principal, si es útil y eficaz, y no en otros términos. (*a*)

101 Se prefiere igualmente el fisco á otros acreedores, aunque sean de contrato, por los gastos útiles y necesarios que hizo en la prision del reo, y en buscar y reparar sus bienes; (*b*) pero como quiera que la hipoteca no se adquiere hasta despues de la sentencia, (*c*) no será preferido á ellos en caso que sean anteriores á esta. (*d*)

102 No obstante que en la cosa dada ó vendida á dos sugetos en diversos tiempos es preferido el que tomó posesion de ella, aunque sea posterior; (*e*) si uno celebra contrato sin hipoteca con el fisco y con otro privado, obtendrá aquel la preferencia, aunque se haya hecho posteriormente la entrega á este, porque como tiene á su favor el privilegio de hipoteca tácita en sus contratos, debe ser preferido al particular que carece de él, sin embargo de que se le haya entregado la cosa ven-

(*a*) Gom. lib. 2. Var. cap. 13 n. 20 vers. Quinto modo. (*b*) Sesé decis. 169 n. 3. Avendañ. de Exequend. mandat. part. 2. cap. 16 nn. 14, 15 y 16. (*c*) Gom. lib. 3. Var. cap. 14. n. 4. Rodrig. de Privileg. credit. art. 2 n. 11. (*d*) Leyes única Cod. de Pœnis fiscalib. y 37 ff. de Jure fisci. Boler. t. 5. cit. q. 29 refiere las opiniones que hay acerca de este punto. (*e*) Ley 50 cerca del fin tit. 5 P. 5.

dida despues de la celebracion del suyo. (*a*) Y si un predio fiscal se vende al fiado, no solo queda obligado tácitamante el comprador á la solucion de su precio, aunque no se obligue, sino tambien los demas bienes suyos, (*b*) excepto que la venta sea á pupilo ó menor, pues entónces solo tiene hipoteca tácita en el predio vendido y no en los demas bienes de este. (*c*)

103 Habiendo explicado varios privilegios que competen al fisco acerca de la hipoteca y prelacion, no dañará referir de paso algunos de los que goza en los juicios á mas del expresado en el n. 18. Aunque en la via executiva se admiten oposiciones y tercerías para eludirla, y no tienen lugar contra terceros poseedores, regularmente hablando, (*d*) en la que sigue el fisco por alcabalas ú otros derechos Reales, no deben admitirse á ménos que los terceros justifiquen con instrumentos públicos el dominio de los bienes en que se trabó la execucion. (*e*)

104 Todas las excepciones directas y útiles que el executado pueda probar en el término de los diez dias de la ley, son admisibles en el juicio executivo, segun se expuso latamente en el § 4 cap. 2 de este lib. pero en la execucion que intenta el fisco sobre exâccion de sus derechos Reales, únicamente se admite á los arrendadores de estos la excepcion de paga ó quita. (*f*)

105 Para poder dirigir su accion el acreedor privado personal contra el deudor de su deudor se requiere que este le ceda sus acciones, ó le dé en pago su crédito, excepto que el deudor principal sea condenado, y no tenga con que pagar, ó que confiese su débito, ó que el acreedor le acredite con instrumento público; (*g*) pero el fisco por especial prerogativa no solo puede executar al deu-

(*a*) Gutier. de Juram. confirm. part. 1 c. 30 n. 2. Gom. lib. 2. Var. c. 2 n. 20 vers. Secundo deducitur; y ley 40 de Toro n. 16 vers. Ex quo primo deducitur. (*b*) Ley 2 Cod. in quibus caus. Fign. vel hipot. tacite contrahitur. (*c*) Ley 2 vers. Quod à Fisco ff. de Reb. eor. Mantic. de tacit. conject. lib. 11 tit. 18 n. 5. (*d*) Ley 16 tit. 7 lib. 9 R. (*e*) Bolet. tit. 5 q. 18 nn. 14, &c. y 20. (*f*) Ley 15 tit. 7 lib. 9 R. (*g*) Surd. consil. 4 n. 27 y dec. 206 n. 15. Nogueroh. alleg. 35 nn. 17 y sig.

dor de su deudor en los casos referidos sino tambien en otros tres: el primero, aunque el deudor principal no esté condenado, si se halla insolvente: (a) el segundo, quando aparece que se contraxo el débito por razon del fisco; y el tercero, quando por el contrato fiscal son demandados los deudores verdaderos. (b) Tambien pueden el fisco, república y universidad executar á los socios, á quienes los arrendadores de sus rentas dieron parte en el arrendamiento, en esta forma: si se asociaron simplemente con estos, les pueden reconvenir insolidum como á los principales; y si solamente en cierta quota de las rentas como tercera, quarta ú otra, por el importe de la participacion y de su obligacion. (c)

106 Está mandado que en las executiones se haga primero la traba en bienes muebles que han de pregonarse en 9 dias, y en su defecto en raices que se han de subastar en 27; (d) pero quando el fisco executa á los arrendadores de sus rentas y á sus fiadores, no se observa este órden, y ántes sí debe hacerse en los mejores, sean muebles ó raices, subastándose y vendiéndose los muebles en 3 dias y los raices en 9; (e) y para reintegrar á la Real hacienda se deben vender todos los que se hallen en poder de los mismos arrendadores, sin que impida su venta otra excepcion que la de acreditar con escrituras públicas que éstos tienen arrendados ó alquilados los bienes del que se opone á su venta, protestando ser suyos. (f)

107 Aunque en los arrendamientos de bienes de personas privadas si el arrendatario los subarrienda, no está obligado regularmente el subarrendatario al dueño de ellos, á ménos que así se pacte en el subarriendo; (g) en los de alcabalas y otros derechos Reales si los arrendata-

(a) Leyes 3 § 8 ff. de Jure fisci, 4 Cod. Quando Fiscus, vel privatus, y 1 Cod. de Condition. ex leg. (b) Gutier. de Gabell. q. 164 n. 26. Alfar. de Offic. Fiscal. glos. 16 privileg. 4 n. 31. Olea de Ces. jur. tit. 4 q. 4. n. fin. in addition. (c) Vease á Carlev. de Judic. tit. 3 disp. 10 (d) Leyes 3 tit. 27 P. 3 y 19 tit. 21 lib. 4 R. (e) Leyes 18 y 19 tit. 7 lib. 9 R. (f) Ley 16 tit. 7 lib. 9 R. Boler. tit. 5 y q. 18 n. 22 hasta el fin. (g) Ley 24 § 1 ff. Locati. Olea q. 4 cit. nn. 2 y sig.

rios las subarriendan en todo ó parte, (fuera de que no quedan libres, ni sus fiadores, excepto que afiancen á satisfaccion de los Contadores mayores ó de sus Lugar-Tenientes, y en las rentas menores á la de los arrendadores mayores y Recaudadores, segun lo ordena la ley 18 tit. 11 lib. 9 Recop.) estan obligados al fisco los subarrendatarios igualmente que los primeros, páctese ó no, y así puede executarlos por lo que le deban, al ménos despues que á estos. (a)

108 En los contratos en que hay lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, es innegable que dentro de los quatro años siguientes á su celebracion puede intentar el leso que se recinda ó se le supla su justo valor; (b) pero en las ventas forzadas ó que se celebran contra la voluntad de los compradores para pagar al fisco, no ha lugar á este remedio; (c) y en los casos en que los ministros de la Real hacienda ó sus delegados las hacen, y aposesionan de las fincas vendidas á los compradores, si se suscita controversia sobre lesion, eviccion ú otra qualquiera cosa, ha de conocer de ella, y determinarla el que otorgó la venta, y no el Ordinario del pueblo ni otro alguno, aunque uno de los litigantes goce fuero. (d)

109 En órden á la dote, si concurren esta y el fisco solos, obtendrá la apelacion el que sea anterior en tiempo, (e) á ménos que en algun caso particular les competa especial privilegio, pues entónces se dará al que le tenga; pero en los no privilegiados si se dudáre qual es primero en tiempo, será preferida la dote legitima, con tal que el fisco no se halle en posesion de los bienes del deudor, porque hallándose será pospuesta. (f)

110 Tocante á los demas acreedores se han de suponer dos casos ó puntos: el primero, quando la dote ha sido verdadera y entregada al marido ante Escribano y

(a) Alfar. de Offi. Fiscal. glos. 16 privil. 3. Boler. q. 18 cit. n. 21. (b) Ley 1 tit. 11 lib. 5 R. (c) Leyes 6 tit. 11 lib. 5 y 20 al fin. tit. 7 lib. 9 R. (d) Guzm. de Eviction. q. 8 n. 19. Boler. q. 18 cit. n. 12. (e) Ley 33 tit. 13 P. 5 y en ella Greg. Lop. glos. 2. Boler. q. 18 cit. nn. 10 y 11. Vease la I. P. cap. 13 n. 45 (f) Boler. tit. 5 q. 15 nn. 8 y 9.

testigos sin fraude ni simulacion ; y el segundo quando fue confesada , y no consta su entrega ó fe de ella. En el primer caso la muger será preferida por la hipoteca tácita á todos los anteriores que la tengan , y á los posteriores , aunque la suya sea general expresa , contándose el tiempo desde el dia en que se celebró el matrimonio y no ántes , porque la dote se da para ayudar á sostener sus cargas , y así hasta que la haya , no hay dote ni por consiguiente puede haber privilegio : (*a*) lo qual procede , aun quando los bienes prometidos al marido en dote se le entreguen posteriormente , como por lo regular se hace , quando preceden capitulaciones á la boda , ó está pendiente la particion en que es interesada la novia ; y del mismo privilegio gozará , aunque no conste la entrega ante Escribano , ni en juicio contradictorio con los demas acreedores justifica en forma legal por otro medio haberla llevado al matrimonio y entregado á su marido. (*b*) Tambien será preferida á los acreedores posteriores que tengan hipoteca especial expresa sin qualidad de prelacion , como se expuso en la I. P. lug. cit. Pero es de advertir en primer lugar , que si la muger no expresa formalmente que lleva sus bienes al matrimonio por dote , aunque los entregue realmente á su marido, no obtendrá el privilegio de prelacion , por no ser dote : (*c*) en segundo lugar , que en la promesa de contraer matrimonio si es rica , se entiende prometer tácitamente sus bienes en dote á su futuro marido , y así le competirá el privilegio de prelacion , excepto que el marido tenga con que alimentarla , pues entónces no se presume sino se expresa ; (*d*) y en tercer lugar , que el privilegio de la dote verdadera no se extiende á la putativa. (*e*)

111 Pero no será preferida á los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca expresa especial ó

(*a*) Faria en Covar. lib. 1 Var. cap. 7 n. 15. (*b*) Ley 33 tit. 5 P. 5. Covar. lug. cit. nn. 4 y sig. Gom. ley 53 de Toro n. 52. Cur. Philip. lib. 2. Comer. terr. cap. 12 nn. 38 y 42. (*c*) Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 15. Vela dis. 21 n. 68. Covar. de Sponsal. part. 1 cap. 5 nn. 5 y 6. (*d*) Covar. dich. cap. 5. Cur. Philip. lug. cit. nn. 35 y 36. (*e*) Cur. n. 37. Acev. ley 1 tit. 7 lib. 4 R. n. 4.

general en sus bienes, (a) como en quanto al fisco se dixo al fin del n. 61; por lo que teniéndolos hipotecados generalmente el marido á la responsabilidad de alguna administracion, casándose despues, y obligándolos á la de la dote de su muger, si al tiempo de casarse no acredita estar solvente en la administracion, continúa con ella algunos años, sale alcanzado, y faltan bienes con que reintegrar la dote y el alcance; no obtendrá preferencia la muger sino el dueño del alcance por su anterioridad en la hipoteca general ó especial; pues se mira al tiempo de la hipoteca que es anterior al en que se descubre el alcance, porque se presume que quando se casó, ya era deudor; lo qual no sucederá, si la muger acredita que entónces se hallaba solvente, porque aunque la obligacion á la administracion estaba otorgada ántes, no eran responsables á ella sus bienes, porque nada debia, y así no empezaron á serlo hasta despues de casado, en cuyo tiempo ya estaban afectos á la satisfaccion de la dote, y es lo mismo que si despues de otorgada esta se le hubiera encargado aquella.

112 Tampoco será preferida la muger por su dote legítima al acreedor posterior que prestó graciosamente dinero á su marido para emplearle en alguna finca ó cosa determinada, construir ó reedificar alguna casa ú otro edificio, si la compró ó hizo con él, la hipotecó especialmente á su responsabilidad, y al tiempo del préstamo se pactó expresamente que le entregaba el dinero para ello; pues para la hipoteca especial y expresa, y por razon del destino del dinero le preferirá en la finca comprada, porque quando principió esta á ser responsable á la dote, ya lo era al precio con que se adquirió, por dimanar del acto la hipoteca y no ser simple sino calificada; pero no, si faltó el pacto, aunque con el mismo dinero hiciese la compra, porque en este caso es mutuo simple sin privilegio ni motivo para tener-

(a) Ley 23 tit. 13 P. 5 verb. Otrosí la muger Cur. n. 42 Boler. tit. 5. q. 3. n. 5.

le, (a) por haber hecho el empleo de propia voluntad y no obligado por convenio con el que se le prestó.

113 Si el dinero prestado fué para reparar nave, casa ú otro edificio, ó pagar su alquiler, ó el del almacen en que está la cosa, ó conducirla de una parte á otra, ó para satisfacer su trabajo á los oficiales que le emplearon en ella, ó alimentar á los sirvientes, ó al ganado, ó para otro beneficio de la misma cosa, y le prestó simplemente sin pacto ni convencion, serán preferidos al prestador la dote y fisco, excepto que sean posteriores en tiempo. (b)

114 En el segundo caso ó punto, esto es, quando la dote fué confesada por el marido en contrato ó última voluntad ántes de casarse, ó durante su matrimonio, del que se tocó algo en el lib. 1 cap. 3 nn. 26, 27 y 28 de esta II. P. donde remití al lector á este lugar como mas propio; estan discordes los AA. por falta de decision legal, y mediante á no hallarse explicado en castellano segun corresponde, precediendo con la claridad posible distingo dos casos. El primero es, quando la muger litiga sobre su restitucion con los herederos de su marido, ó los de ella contra este, y si los podrá reconvenir insolidum á prorata, en cuyo caso como expone un docto Jurisconsulto, (c) no son precisas pruebas rigorosas de su solucion y bastan las leves; y el segundo, quando en concurrencia de otros acreedores de su marido pretende ser preferida á estos, en el qual es indispensable que las pruebas sean concluyentes. (d)

115 En quanto al caso de restitucion digo que la confesion del marido hecha en contrato ántes de casarse le perjudica debiendo echarse á sí mismo la culpa de haber confesado por recibido lo que no se le entregó, como tambien á sus herederos legítimos y extraños, porque no gozan de mas privilegio que él, y como

(a) Leyes 26 y 34 tit. 13 P. 5. Faria ad Covar. lib. 1 Var. cap. 7 nn. 46, &c. y 52. (b) Leyes 28 y 29 tit. 13 P. 5. (c) Card. de Luc. de Dote, disc. 72. (d) Bersan. de Viduis cap. 2 q. 26 nn. 3 y 4.

sus representantes y sucesores en sus acciones activas y pasivas deben estar y pasar por sus contratos. (a)

116 Pero asi el marido como sus herederos pueden oponer contra la muger la excepcion de dote no entregada que les compete, si aquel no la renunció, pues lo que constituye verdadera la dote, es su entrega y no la escritura, (b) por lo que nada aprovechará á la muger la confesion, y de consiguiente necesitará probar su entrega; y para ser oido el marido contra los herederos de su muger y los de él contra esta deben oponer la excepcion disuelto el matrimonio, dentro del año siguiente, si duró dos, y si mas hasta diez, dentro de tres meses, porque pasados no se les oirá, á ménos que les competa el beneficio de la restitucion por entero, (c) ó que tomen en sí el cargo de probar no haberla recibido: de lo qual se infiere que si los herederos del marido restituyeren la dote á su viuda con error é ignorancia del derecho que les compete, dentro del término de oponer la excepcion, podrán usar de ella como por cosa pagada indebidamente; mas no, si lo saben y sin embargo se la entregan. (d)

117 Si el marido renunció, como puede hacerlo, la excepcion del dinero no entregado, aunque sea en el mismo instrumento, no le sufragará á él ni á sus herederos la de no haberse dado la dote, (e) porque respecto de ellos obra en dicho caso su confesion lo propio que si la dote fuera real y verdaderamente pagada. (f) Lo mismo procede, quando el Escribano da fé de haber visto entregar la dote, y que fué en ciertas monedas que individualiza; (g) y por si en esta entrega aunque cierta, hubiere simulacion y fraude, pues á veces suele un tercero prestar el dinero á la muger para que le manifieste ante los testigos y el Escri-

(a) Faber in Cod. lib. 5 tit. 3 defin. 15 nn. 1, 2 y 3. (b) Ley 1 Cod. de Dote cauta non numerata. (c) Velasc. consult. 5 n. 7 vol. 1. Rodrig. de Concurs. part. 1 art. 1 n. 220. (d) Ley 52 ff. Solut. matrim. (e) Covar. lib. 1. Var. cap. 7. n. 5. Rodrig. de Concurs. part. 1 art. 2 n. 206. (f) Faria en Covar. lib. 1 cap. 7 n. 93. (g) Gom. ley 53 de Toro n. 52. Bersan. de Viduis cap. 2 q. 26 nn. 14 y 15.

bano, á fin de que este pueda dar fé de que ha parecido de presente, y luego que se retira, y el acto se concluye, se devuelve el dinero al que le prestó; podrá defenderse el marido con la excepcion de confesion simulada, para cuya justificacion bastan pruebas leves y conjeturas, porque la simulacion es de difícil probanza á causa de hacerse con mucha premeditacion y cautela. (a)

118 Prueba tambien contra el marido la confesion geminada ó duplicada, á ménos que sus herederos quieran recibir en sí el cargo de justificar que sin embargo de ella no recibió la dote; (b) pero no podrán aquellos usar de la excepcion del dinero no entregado contra dicha confesion; (c) bien que algunos afirman que sí, fundados en que esta no surte el efecto de que la dote meramente confesada se tenga por entregada. (d) Mas de qualquiera suerte que sea, no goza de los privilegios dotales, porque no es propiamente dote. (e)

119 Haciendo el marido la confesion con juramento no les servirá ni á él ni á sus herederos el alegar que no recibió la dote, porque no goza de la excepcion del dinero no entregado; (f) si bien no se les impide probar que no hubo tal entrega ni recibo. (g) Pero ni á sus acreedores ni á otro tercero que no traiga causa del marido, dañará, aunque la haga próximo á la muerte para descargo de su conciencia. (h) Y si se obligó con juramento no solo á restituir la dote sino tambien á no oponer la referida excepcion, no será oido, porque el juramento debe observarse en este caso á causa de no ser contra las buenas costumbres, ni ceder en detrimento de tercero ni en dispendio de la salud eterna. (i)

120 Procediendo al matrimonio promesa de la dote por escritura pública distinta de aquella en que el

(a) Ciriac. Controv. 547 n. 10. Mascard. de Probat. conclus. 438 n. 11. (b) Mantic. de tac. conject. lib. 11 cap. 26 n. 11. (c) Bersan. lug. cit. nn. 27 y 28. (d) Faria lug. cit. n. 203 y otros que cita. (e) Faria nn. 75 y 76. (f) Gom. lib. 2. Var. cap. 6 n. 2. Hermos. ley 9 tit. 1 P. 5 glos. 7 n. 3. Faria nn. 96 y 97. (g) Faria n. 98. (h) Lara Comp. vitæ hom. cap. fin. n. 3. (i) Faria nn. 99 y 100.

marido hace la confesion, como por la brevedad del tiempo y celeridad de los actos se presume simulacion, (*a*) y en un mismo instrumento no se da primero ni postrero, (*b*) ni basta que en él testifique el Escribano haber precedido la promesa; en este caso hágase la confesion de su recibo ántes del matrimonio ó durante este, prueba su entrega, de tal suerte que el marido, sus herederos y acreedores no solo no pueden oponer despues la excepcion de no habérseles entregado, ni se les debe admitir, aunque no esté pasado el tiempo prefinido por la ley para su admision, sino que la confesion se tiene por hecha y la hipoteca por contraida en el dia de la promesa en perjuicio de todos los acreedores que en el tiempo medio de esta y de la recepcion contraxeron con el marido, una vez que se efectuó su matrimonio; si bien algunos lo limitan al dia de la celebracion de este. Pero no se excluye la prueba en contrario, porque no es presuncion de derecho y por derecho sino una vehemente conjetura, y así no justificándose debe estimarse por dote legítima y verdadera. (*c*)

121 Confesando en testamento ó en otra disposicion última el marido haber recibido la dote, no valdrá como tal ni como crédito sino como legado, á ménos que por otro medio se acredite su solucion; (*d*) bien que es menester se confirme con su muerte, porque hasta entónces puede revocarle. Y si en el testamento jurare haberla recibido, se tendrá por dote y no por legado, y le perjudicará en el todo, como tambien á sus herederos legítimos y extraños, aunque por otro medio no conste su entrega. (*e*)

122 Si el marido hace en contrato constante su matrimonio la confesion de haber recibido la dote, se es-

(*a*) Farinac. de Simulat. q. 182 n. 146. (*b*) Bersan. de Viduis cap. 2 q. 26 n. 52. (*c*) Covar. lib. 1 Var. cap. 7 n. 6 vers. Cæterum. Gom. ley 53 de Toro n. 52 vers. Quod extende, limit. 4. Faria nn. 101 y 102. Rodrig. de Concurs. part. 1 art. 1 n. 215. (*d*) Surd. decis. 265 nn. 4 y sig. Bersan. de Viduis cap. 2 q. 43. n. 8. (*e*) Bersan. lug. cit. q. 26 nn. 21, 22, 23 y 24.

timará por donacion entre marido y muger, necesitará tambien confirmarse con su muerte para que sea válida, y en perjuicio de sus herederos legítimos y extraños tendrá el mismo vigor que la hecha en última voluntad; y lo mismo procede, aunque lo sea con título de remuneracion ó recompensa por la desigualdad que media entre los dos, como de ser el marido anciano y plebeyo, y la muger noble y jóven, &c. si bien en este caso no podrá revocarla como en el anterior, porque por el pacto onoroso se presume quiso obligar su patrimonio á la constitucion de la dote y su restitucion. (*a*)

123 En ninguno de los casos en que se ha expuesto perjudica al marido y á sus herederos la confesion de haber recibido la dote, quando se trata de su restitucion, se les priva de la accion de reputarla del prometedor, si con efecto no la entregó. (*b*)

124 Siempre que por error confiesa el marido en instrumento ó de otra suerte haber recibido por dote mayor cantidad que la que efectivamente recibió, aunque prometa restituirla toda á su muger disuelto el matrimonio, ningun perjuicio le causará á él ni á sus herederos dicha confesion, y así verificado el error podrá revocarla en qualquier tiempo, (*c*) por no ser justo que la muger se lucre indebidamente en su detrimento contra su voluntad.

125 Aunque cada heredero del marido es responsable únicamente á los acreedores de este á proporcion de la parte que percibe de la herencia, puede repetir la viuda contra uno de los herederos insólidum, no como tal sino como poseedor de la finca ó fincas hipotecadas especialmente á la seguridad de la dote, (*d*) porque el derecho de prenda é hipoteca no sigue á la persona sino á la cosa: (*e*) en cuya atencion si son muchos los obligados y la hipoteca se halla en poder de uno de ellos, podrá el acreedor á su eleccion reconve-

(*a*) Bersan. lug. cit. n. 61. (*b*) Bersan. n. 29. (*c*) Bersan. n. 26. (*d*) Bersan. de Viduis cap. 2 q. 20 n. 12. (*e*) Ley 17 ff. de Pignor.

nir á todos á prorata ó insólidum al que posee la finca hipotecada. (*a*) Ademas, aunque los bienes hipotecados esten divididos entre los herederos, podrá la viuda dirigir su accion insólidum contra el uno por toda su dote, porque el derecho de hipoteca es individuo, y así no puede juzgarse dividido entre ellos. (*b*) Y es de notar que la viuda ha de reconvenir á los herederos de su marido en el fuero del domicilio de este. (*c*)

126 A la madre que fué tutora de sus hijos y pretende la restitucion de su dote, no se debe denegar ni retardar su entrega ó solucion, miéntras no dé la cuenta de la tutela, aunque haya alguna verosimilitud de que resultará alcanzada, ni por consiguiente ha de admitirse á sus hijos la excepcion de compensacion que le opongan, porque esta no tiene lugar en lo que no está líquido con lo que lo es: (*d*) lo qual se entiende, aunque haya renunciado el auxílio de las leyes que la protegen, porque se constituiria de peor condicion la dote que los créditos de otros acreedores, contra los quales no se debe excepcionar ni deferir á la retencion por el crédito no líquido. (*e*) No obsta alegar que pudo haberse reintegrado, y se presume que lo estará, porque sin embargo de que un Administrador puede hacerse pago por sí de los bienes de su deudor que administra, (*f*) esto no prueba que la madre lo esté de su dote hasta que por la cuenta que presente, se vea su alcance, y si las rentas de los bienes de sus hijos fueron tan quantiosas que bastaron para cubrirse de ella y alimentarlos, mayormente debiendo creerse que por su natural afecto á ellos se conduxo fielmente en la administracion de sus bienes. (*g*)

127 Tocante al segundo caso propuesto, esto es, á la pretension de preferencia ó prelacion en concurren-

(*a*) Parlad. lib. 2 Rer. part. 4 § 1 n. 15. (*b*) Parlad. lug. cit. Bersan. n. 13. (*c*) Fontanel. de Pact. nupcial. claus. 7 glos. 3 part. 15. n. 47. Surd. decis. 106 n. 22. (*d*) Surd. consil. 246 n. 5 lib. 2. Bersan. de Vbduis, cap. 2 q. 29 nn. 2 y 3. (*e*) Escobar de Ratiociniis cap. 21 nn. 27, 28 y 29. (*f*) Ley 9 § 5 ff. de Administrat. tutor. (*g*) Bersan. q. 29 cit.

cia de otros acreedores de su marido, mediante haber varias clases de ellos con diversos privilegios, sentaré para la debida claridad varias conclusiones; pero ántes debo advertir que si la hipoteca que tiene por su dote la muger en los bienes del marido es general, puede dirigir su accion contra los que mas bien le parezcan; (a) y que si es especial, debe intentarla contra los afectos especialmente, haciendo excusion en ellos ántes de proceder contra los restantes, al modo que estan obligados á hacerlo los demas acreedores, pues la ley no ha concedido en este punto ningun privilegio á la muger, y en ella milita la misma razon de equidad que en otros qualesquiera. (b)

128 Conclusion primera. Si la muger contiende con el fisco que ha seqüestrado y confiscado los bienes de su marido por algun delito ó motivo, sobre que se la prefiera en el pago de su dote confesada por este, no debe ser oida, miéntras no acredite su verdadera entrega, á ménos que haya precedido promesa dotal á la confesion. (c)

129 Conclusion segunda. En todos los casos en que la muger prueba la verdadera entrega de su dote sin la mas leve sospecha de fraude, sea miéntras está casada, ó despues que enviuda, perjudica la confesion de su marido á sus acreedores, por lo que en concurrencia de estos debe obtener, generalmente hablando, la prelacion en el pago. (d)

130 Conclusion tercera. Si el marido confiesa en contrato la recepcion de la dote ántes de casarse, perjudica tambien á los demas acreedores suyos, porque como regularmente no se efectuan los matrimonios sin dote, excepto que los contrayentes sean pobres, es verosimil que se haya entregado, segun expresa el marido, y asi carece de la sospecha de fraude, especialmente si con-

(a) Surd. consil. 495 n. 9 vers. Non obstat. (b) Covar. lib. 3. Var. cap. 18 n. 3. Castill. lib. 4 Controv. cap. 26 nn. 27 y 47. (c) Ley 9 Cod. de bonis proscript. (d) Mantic. de tac. conject. lib. 11. tit. 20 n. 40.

tiene renuncia de la excepcion del dinero no entregado, mientras no se pruebe lo contrario. (a)

131 Conclusion quarta. Si á la confesion de haber recibido la dote precedió promesa por escritura pública distinta de aquella en que el marido confiesa su recibo, prueba su entrega, haga este la confesion ántes de casarse, ó estando casado, y perjudica no solo á sus herederos sino tambien á sus acreedores, como se ha sentado en el n. 120.

132 Conclusion quinta. Habiendo hecho el marido la confesion de la dote constante su matrimonio sin haber precedido promesa dotal, y siendo los acreedores simples chirografarios, los excluirá la muger, (aunque tengan la prioridad de tiempo, porque en igual caso es mejor la condicion de la dote, á causa de que le compete el privilegio de prelacion. (b) Pero si los acreedores anteriores fundan su intencion en la confesion, v. gr. de depósito, venta, ú otra cosa fuera de mutuo, no hecha constante el matrimonio, se preferirán á la muger, porque en este caso es igual su condicion á la de la dote, mediante no poder oponérseles la excepcion del dinero no entregado, y por la regla general de que el que es primero en tiempo, lo es en derecho, deberán ser graduados ántes que la dote confesada; pues en estos casos el derecho comun y general es mas poderoso que el especial, y por lo mismo si la confesion dotal que precede al matrimonio es anterior á la de los créditos referidos, será preferida la dote; mas no, habiendose hecho despues de casada, porque en este caso se presume que el marido la hizo con ánimo de beneficiar á su muger y perjudicar á sus acreedores chirografarios anteriores. (c)

133 Conclusion sexta. A los acreedores hipotecarios anteriores no daña la confesion de haber recibido la dote hecha por el marido constante el matrimo-

(a) Rodrig. de Conc. part. 1 art. 1 n. 207. Bersán. de Vidais cap. 9. 26 n. 68. (b) Bersan. lug. cit. nn. 32 y 33. (c) Bersan. nn. 34, &c. y 37.

nio sin haber precedido promesa, porque tiene contra sí la presuncion de haberla hecho por defraudarlos; y si son posteriores, les compete la excepcion de dote no entregada dentro de los tiempos prefinidos para oponerla, á fin de impedir que su vida obtenga la prelacion. (*a*) Pero hay dos opiniones acerca de si pasados estos les perjudicará ó no al modo que á los herederos; y para no dar lugar á la objecion de morosidad que se quiera hacer á los acreedores que contraxeron con el marido antes de espirar el de poner la excepcion de dote no entregada (pues á los posteriores á este tiempo no aprovecha, porque ya adquirió derecho perfecto la muger) y la de si sabian ó no que la dote era confesada; conviene que pidan restitucion del lapso del tiempo por la cláusula general: *si pareciere haber alguna causa justa*, con cuya concesion será inútil la objeccion: (*b*) lo qual se entiende, aunque el marido haya renunciado la excepcion del dinero no entregado, porque no pende de su arbitrio, ni tiene facultad para causar perjuicio á sus acreedores y privarles de su derecho. (*c*)

134 Conclusion séptima. Quando por la calidad de los cónyuges y otras circunstancias es verosímil la confesion del marido, prueba concluyentemente la entrega de la dote á efecto de repetirla en perjuicio de sus acreedores, á quienes no compete en este caso la excepcion del dinero no entregado. (*d*) Son conjeturas á favor de la confesion de la dote la promesa que precedió á ella: (*e*) la prueba de la solucion de algunas partidas expresadas en la misma confesion, aunque no se diga que se hizo por causa de la dote, pues debe presumirse, una vez que no se especifica otra: (*f*) el constar haberse pagado parte de la dote confesada, pues se presume que lo

(*a*) Rodrig. de Concurs. part. y art. 1 n. 203. Velasc. consult. 6 n. 11 lib. 1. Bersan. n. 39. (*b*) Rodrig. n. 219 vers. Quam tamen. Velasc. consult. 6 n. 8 al fin. Bersan. nn. 40, &c. y 45. (*c*) Covar. lib. 1. Var. cap. 7 n. 6 vers. Quod si. Rodrig. n. 205. (*d*) Bersan. nn. 53 y 54. (*e*) Marescot. lib. 1 Var. cap. 8 n. 13. (*f*) Marescot. n. 14.

está en el todo: (a) el ser la dote correspondiente á las personas, caudal, &c. (b) y otras que traen los AA.

135 Conclusion octava. Hallándose en la herencia del marido algunos bienes raices dotales, no pueden los acreedores impugnar la confesion en quanto á ellos, aun quando en esta se hallen apreciados, porque no obstante su aprecio tiene lugar la presuncion de verdadera entrega, á causa de que en los bienes inmuebles no es tan fácil cometer fraude como en los muebles; por lo que su viuda gozará de todos los privilegios dotales acerca de su restitucion contra los acreedores de su difunto marido. (c)

136 Conclusion novena. Quando el marido hace la confesion constante el matrimonio con ánimo de donar á su muger lo contenido en el instrumento, sea graciosamente, sea por remunerar la disparidad que media entre los dos, aunque en estos casos perjudica á sus herederos, si la donacion se confirma con su muerte, como se expuso en el n. 122; no á sus acreedores, porque como no recibe vigor hasta que fallece, estaban obligados á ellos los bienes de su marido ántes que se constituyese irrevocable, y así es lo mismo que si la hiciera en disposicion última. (d)

137 Conclusion décima. La confesion de haber recibido la dote que el marido hace á favor del padre, ó pariente de su muger, tampoco daña á sus acreedores, á menos que por conjeturas pueda reputarse verdadera; (e) pero si se hizo á favor del prometedor extraño, les perjudicará, porque no hay para sospechar fraude el motivo que en el caso anterior. (f)

138 Conclusion undécima. Si el marido tenia compañía con algunos, y habiendo fallecido intenta su viuda repetir de ellos su dote que aquel confesó durante la sociedad haber recibido, no les perjudicará esta confe-

(a) Covar. lib. 1 Var. cap. 7 n. 6 al fin. (b) Bersan. nn. 55, &c. y 59. (c) Covar. lib. 1 Var. cap. 8 n. 7. Rodrig. de Concurs. part. y art. 1. n. 223. (d) Bersan. q. 46 cit. n. 63. (e) Covar. cap. 7 cit. n. 6. Bersan. nn. 64 y 65. (f) Covar. lug. cit. Bersan. nn. 66 y 67.

sion, aunque si se trátase de colocar y hacer dotacion á una hija del difunto, estuviesen obligados los socios á dotarla del fondo comun de la saciedad. (*a*)

139. Habiendo vivido la muger con su marido en compañía de su suegro, se duda, quándo podrá usar de su accion por la restitucion de su dote contra los bienes de este, ó los de aquel solamente, ó á un tiempo contra los de ámbos; y para su inteligencia se distinguen ocho casos. El primero es, quando el marido recibió la dote por mandato y con voluntad expresa de su padre, y entónces los bienes de este son responsables á su restitucion, (*b*) lo qual no podrá decirse, si aunque el padre hubiese consentido en el matrimonio, no se mezcló en la recepcion de la dote. (*c*) El segundo es, quando el padre no solo asintió al matrimonio, sino tambien á que su hijo recibiese la dote, pues es indubitado que sus bienes estan obligados á su nuera por la restitucion de aquella, porque se presume que la dote llegó á manos del padre y este la administró, excepto que por su edad, enfermedad, ú de otro motivo estuviese imposibilitado de administrarla, y cuidase de todos los negocios su hijo. (*d*) El tercero es, quando el padre y su hijo recibieron la dote obligándose á su devolucion, en cuyo caso ámbos deberán responder á prorata de lo que cada uno percibió. (*e*) El quarto es, quando sin embargo de no haber precedido mandato ni consentimiento del padre para que su hijo recibiese la dote, se prueba que se convirtió en utilidad del mismo padre; pues entónces debe repetir contra este y no contra los bienes de su marido. (*f*) El quinto es, quando la dote se entregó al padre estando presente su hijo, en cuyo caso tienen accion contra aquel, porque la presencia de este no induce consentimiento en lo perjudicial, (*g*) excep-

(*a*) Bersan. lug. cit. n. 30. (*b*) Ley 25 § 12 ff. Solut. matrim. Hodiern. en Surd. decis. 47 n. 1. (*c*) Ley 25 ff. Solut. matrim. (*d*) Bersan. de Viduis cap. 2 q. 19 nn. 13, &c. y 22. (*e*) Bersan. nn. 14, &c. y 23. (*f*) Rodrig. de Concurs. part. 1 art. 1 n. 8. Hodiern. en Surd. decis. 46 n. 1. (*g*) Rodrig. n. 11. Hodiern. decis. 47 n. 13.

to que hubiese heredado á su padre, (a) ó que se obligase ántes de contraer con los acreedores á responder de ella á su muger. (b) El sexto es, quando el suegro recibió la dote en nombre de su hijo, y entónces no podrá reconvenirle su nuera, especialmente si protestó que no queria quedar obligado, y así deberá dirigir su accion contra su marido; mas si la recibió en su propio nombre y en el de su hijo, son responsables ámbos por mitad. (c) El séptimo, quando el padre despues de haber recibido la dote la entregó á su hijo que se separó de su compañía y se fue á vivir con su muger; en cuyo caso, aunque parece que por su entrega solo queda obligado el hijo, lo quedará tambien el padre, á menos que conste que su nuera se conformó con que la entregase á su marido, y diese por libre de su solucion al suegro, porque como este por el recibo se constituyó deudor de ella, no le puede dañar lo que sin su expresa anuencia practicaron los dos. (d) Y el octavo caso es, quando la dote no consiste en dinero sino en bienes raices ó muebles que existen al tiempo de disolverse el matrimonio; y entónces, hayase entregado al padre ó á su hijo, puede exigirla de qualquiera de los dos á su arbitrio; pues contra el suegro que se conduxo dolosamente con la dote de su nuera, compete á esta la accion de pedir insolidum su restitucion. (e)

140 Sobre quándo podrá ó no la viuda reivindicar de los terceros poseedores las fincas dotales que su marido enagenó, se debe distinguir. Si se entregaron á este sin apreciarse, es constante que puede reivindicarlas de ellos, como tambien los bienes muebles no estimados, siempre que existan, (f) porque el dominio permanece en ella; bien que la viuda si quiere, puede repetir el precio de la venta de sus bienes raices de los herederos de su marido, y no meterse con el comprador ó tercero poseedor, porque el precio sucede en el lugar de la

(a) Dicha ley 22 ff. Soluto matrimonio. (b) Bersan. nn. 25, 26 y 27. (c) Bersan. nn. 28 y 29. (d) Bersan. n. 30. (e) Bersan. n. 32. (f) Fontanel. de Pact. claus. 7 glos. y part. 1. n. 14.

cosa. (a) Mas por los muebles debe hacer excusion en los de su marido ántes de reconvenir á los terceros poseedores, porque contra estos se le concede subsidiariamente la accion y no la eleccion como en los inmuebles. (b)

141 Si la dote fue estimada con estimacion que causó venta, como su dominio se transfirió al marido habiéndose obligado solamente á la restitucion del precio, no podrá la viuda revocar la enagenacion, por ser hecha legítimamente, á menos que al tiempo de la constitucion de la dote se pactase que su marido habia de restituir los bienes, en cuyo caso así como este debe hacer la restitucion, sin que pueda exîmirse de ello por ofrecer su valor, así tambien su viuda podrá perseguir directamente los bienes, tengalos el marido, ú otro qualquiera; y lo mismo podrá hacer quando la estimacion no causó venta entre ella y su marido. (c)

142 Y si al tiempo de la disolucion del matrimonio no hubiere bienes del marido con que reintegrar á su muger de su dote, le compete la accion de reivindicacion útil y subsidiaria para recuperar las cosas dotales que exîstan, aunque hubiesen sido estimadas, y las tenga un tercero por contrato oneroso ó lucrativo celebrado con su marido; (d) mas para que sea oida en este caso, debe repetir primero contra los herederos de su marido, y hacer excusion en los bienes de este, porque esta accion no es hipotecaria sino meramente subsidiaria, introducida especialmente á favor de la dote para que la muger no quede indotada; (e) bien que en dicho caso el tercero poseedor de las cosas dotales puede á su eleccion devolver estas ó entregar su estimacion, (f) cuyo derecho tenia su autor. (g) Y si en el contrato dotal se concediere al marido la eleccion de volver los bienes dotales ó su estimacion, volverá lo que mas le aco-

(a) Fontanel. de Pact. part. y glos. 2 claus. 6 n. 32 y claus. 7 part. 4 glos. 2 n. 25. (b) Bersan. de Viduis cap. 2 q. 14 nn. 1, &c. y 5. (c) Bersan, nn. 6 y 7. (d) Covar. Pract. q. 28 n. 8. Olea de Ces. jur. tit. 5 q. 12. n. 11. (e) Medic, decis. 42. n. 39. (f) Olea lug. cit. (g) Covar. n. 8 cit. al fin.

mode, con lo que deberá contentarse su muger, (a) Y es de advertir que la solemnidad que se requiere en la enagenacion de los bienes raices de menor para que valga, es precisa en la entrega que se hace al marido de los dotales estimados para que cause venta su estimacion, y por consiguiente siendo raices debe intervenir no solo la autoridad de su tutor ó curador sino tambien decreto del Juez. (b)

143 Pero si la muger interviniere y consintiere en la enagenacion de sus fincas dotales estimadas que hizo su marido, no podrá reivindicarlas de los terceros poseedores, excepto que aquel no tenga caudal con que reintegrarla de su valor: ni tampoco podrá, quando ella misma consintió en que su marido las enagenase como suyas, aunque este nada tenga con que reintegrarla, porque en pena del dolo que cometió en coadyubar á engañar al comprador, ninguna accion reivindicatoria le compete, ni puede usar del auxilio legal. (c)

144 Así como para poder repetir qualquiera acreedor contra el tercero poseedor de los bienes enagenados de su deudor, debe hacer previa excusion en los de este, así tambien la muger debe hacerla en los de su marido para demandar por su dote al poseedor de los que este tenia suyos, y enagenó en perjuicio de ella, por estar obligados generalmente á la responsabilidad de la dote, pues no está exceptuada ni goza de privilegio en este caso: (d) lo qual tiene lugar, aunque en la enagenacion haya obligado el marido á la restitucion de la dote las fincas que vendió y posee el tercero. (e) Pero se limita, lo primero, quando por favor de ella ó de otro acreedor se puso en enagenacion la cláusula de constituto, porque el efecto de esta es hacer que el poseedor los tenga en nombre del acreedor, y así no se le transfiere su dominio, (f) y lo segundo, quando es noto-

(a) Bersan. nn. 8, &c. y 14. (b) Covar. n. 10. (c) Bersan. nn. 17, 18 y 19. (d) Negus. de Pignor. part. 8 memb. n. 25. (e) Bersan. de Viduis cap. 2 q. 24 n. 9. (f) Ley 18 ff. de Adquir. rer. posses.

rio que está insolvente el marido, pues entonces es inútil hacer excusion. (a)

145 Contra la muger no corre el término ni prescripcion constante su matrimonio, aunque dure 30, 40, ó mas años, para repetir de los terceros poseedores las fincas dotales que enagenó su marido, porque mientras permanece casada, está impedida de usar de su derecho; (b) mas si quando el marido empieza á decaer de fortuna, no procura asegurar su dote, le perjudicará su omision. (c) Ademas, quando la prescripcion empezó ántes de contraerse el matrimonio en el tercero poseedor de las cosas dotales, se completa constante este y perjudica á la muger, aunque el peligro de la prescripcion toca en este caso al marido, porque con su negligencia dió lugar á ella. (d)

146 Como en los bienes parafernales milita diversa razon, no tendrá lugar lo que se ha dicho de los dotales, y así por no estar impedida la muger de usar de su derecho durante su matrimonio, es justo sufra la prescripcion desde el dia en que su marido los enagenó; (e) pues aunque para intentar la recuperacion necesita la licencia de este, si no quiere darsela, puede acudir al Juez de su domicilio á que se le conceda. (f)

147 Quando la dote que prometió al marido el padre de su muger ú otro, no se le paga enteramente, y el marido la ofreció por via de aumento ó en arras cierta cantidad, no tendrá aquella siendo viuda, generalmente hablando, derecho para exigir el aumento ofrecido de los herederos de su marido sino á prorata de la dote entregada; (g) pero podrá repetir del prometedor el exceso que por su culpa ó negligencia en no habersela pagado enteramente dexe de percibir. (h)

148 Si el marido le hizo simplemente la promesa

(a) Bersan. nn. 14, 15 y 16. (b) Faria en Covar. lib. 1 cap. 8 n. 47. Fontanel. de pact. part. 2 claus. 6 glos. 1 n. 53. (c) Bersan. de Viduis cap. 1 q. 15 nn. 1, &c. y 6. (d) Bersan. nn. 7 y 8 (e) Covar. lib. 1. Var. cap. 8 n. 8. (f) Bersan. lug. cit. n. ñn. (g) Surd. de Alim. tit. 1 q. 42 n. 56. (h) Bersan. de Viduis cap. 2 q. 33 n. 6. Vease el n. 17 cap. 6 lib. 1 de esta II. P.

paguésele ó no la dote, ó aunque ninguna traxese, no deben sus herederos denegarle la solucion del aumento. (a) Si le ofreció el aumento no con atencion á la dote sino á su virginidad, nobleza, juventud y hermosura, ó por otras causas remuneratorias que expresó, como regularmente suele hacerse, tiene derecho á él, aunque la dote no se le pagase. (b)

149 Si la falta de paga de la dote dependió del marido por haber concedido término al prometedor y fallecido ántes que este cumpliese con su entrega, tiene derecho su muger al aumento ofrecido; (c) mas si sobrevivió al término concedido y practicó quantas diligencias estuvieron de su parte para exigir la dote, no se le debe compeler á dicha satisfaccion. (d) Si el matrimonio no se consumó por impotencia de la muger, no tiene derecho al aumento, y si fué por la del marido y no estaba pagada la dote, tampoco se le debe; pero si lo estaba, sí. (e)

150 En los casos en que segun se ha dicho, surte la mera confesion del marido de haber recibido la dote el efecto de que se tenga por verdadera su solucion, tendrá derecho la muger al aumento afrecido, del mismo modo que si efectivamente constara su entrega. (f)

151 Por las cosas que el novio da á su futura esposa ántes de casarse, si esta las incorpora en el contrato dotal, en cuyo caso como se confunden con los demas bienes suyos, se hacen dotales, al modo que las que le da otra qualquiera persona; goza del privilegio de prelacion desde el dia de su matrimonio, por ser todas verdadera dote; y por aquello en que promete aumentar la dote de lo que miéntras está casada, herede, ó le donen solo por sus respetos, si el esposo se obliga en la escritura nupcial á tenerlo por dote, y luego constáre su recibo durante su matrimonio; gozará tambien

(a) Cancer. part. 1. Var. cap. 9 n. 150. Bersan. lug. cit. n. 19. (b) Bersan. nn. 18, 22 y 23. (c) Surd. de Alim. tit. 1 q. 42 n. 57. Bersan. nn. 10, &c. y 14. (d) Bersan. n. 15. (e) Bersan. n. 24. (f) Bersan. nn. 8 y 9.

del mismo privilegio desde el dia en que entre en su poder, y no desde el tiempo de la dote principal, como se expuso en el n. 45. La razon de diferencia consiste en que esta es dote verdadera y efectiva al tiempo de su constitucion, y aunque solo se prometa, se sabe quanta es, y el prometedor puede ser compelido á su entrega, por lo que desde el dia del casamiento debe gozar del privilegio de prelacion; mas la aumentada pende de la condicion de que haya herencia, donacion, ó legado, y como hasta que llega este caso, no consta el quánto, ni si se verificará, ó no, ni de consiguiente puede ser apremiado ninguno á su entrega, no debe gozar de dicho privilegio, no obstante que la obligacion de responder de ello y tenerlo por aumento de dote, se constituya en los pactos nupciales, porque aquella sigue la naturaleza del contrato en que se hace, y por ser condicional, no debe empezar á tener vigor ni efecto hasta que la condicion se purifica. Y por la simple donacion por casamiento que antiguamente se hacia, en cuyo lugar se han subrogado hoy en España las arras que el esposo ofrece á la esposa por sus recomendables prendas, y por lo que el marido le ofrece por aumento de dote, aun que le compete hipoteca tácita, no el privilegio de prelacion, porque en los dos casos anteriores trata de evitar el daño que se le causa en perder y no cobrar lo que es de su patrimonio, y en estos de adquirir el lucro que por la oferta puede tener. (*a*) Tampoco obtendrá el privilegio de prelacion por los alimentos que se le deban por retardacion de la entrega ó restitucion de su dote, ni por los bienes parafernales que su marido administró, ni por lo que se le debe, por haberla desflorado, (que llaman precio de sangre) y solo le competirá hipoteca tácita contra los del corruptor; y así, concurriendo con otro acreedor de él ó de su marido que la tenga, será preferido el primero en tiempo. (*b*) Mas por las usuras

(*a*) Ley 29 tit. 13 P. 5 verb. Fueras ende, y su glos. 2. Boler. tit. 5 q. 4 nn. 1, &c. y 5. Faria en Covar. lib. 1. Var. cap. 7 nn. 23, &c. y 27. (*b*) Boler. nn. 6, &c. y 9, y 17 hasta el fin Faria nn. 18 y 20.

ó intereses de la dote prometida y no pagada le competirá la prelacion contra el prometedor, si se han pactado, porque son connexôs á ella, y se le deben por la naturaleza del contrato. Si no se han pactado, aunque discuerdan los AA. los mas siguen la afirmativa fundados en que la dote y sus usuras tienen tal conexion entre sí que constituyen un débito, y en que estas aumentan la suerte principal que es la misma dote. (*a*)

152 Dúdase si ocultando la muger algunos bienes de su dote ó de su marido concursante, ó que va empobreciendo, y pretendiendo que de los manifestados se le haga pago de ella con preferencia á los demas acreedores, perderá el privilegio de prelacion que el derecho le concede, y podrá ó no ser encarcelada. Quando la muger no se obligó en los contratos de su marido, parece que debe ser preso y perder el privilegio: lo primero, porque está obligada á manifestar los bienes de su marido difunto, (*b*) y si oculta algunos de la herencia, comete delito, por el que se la puede encarcelar hasta que exhiba los que se pruebe haber substraido, á fin de que se valúen y apliquen en parte de pago de su dote, ó para los demas acreedores; como tambien castigar con pena extraordinaria á arbitrio del Juez, atendidas su calidad y la de la causa, pues el noble pierde igualmente el privilegio y puede ser preso; (*c*) y lo segundo, porque el hijo que oculta dolosamente algo de la herencia, pierde el beneficio de su repudiacion, y se estima haberla aceptado; (*d*) y el concursante que oculta los que tiene, pierde el de la cesion, (*e*) segun se ha dicho en el n. 5 de este capítulo. Mas sin embargo de estas razones debe decirse lo contrario, y así será preferida la muger á los demas acreedores por el residuo de su dote que no haya

(*a*) Sôbre esto véase á Bolero t. 5 q. 4 nn. 11, &c. y 16. (*b*) Casaneo ad Consuetudin. Burgund. § 12 n. 9 al fin. (*c*) Cancer. lib. 3 Var. cap. 17 n. 516. Baez de Inope debitore, cap. 15 nn. 7, 8 y 16, cap. 16 nn. 19 y 24, y cap. 17 n. 13. (*d*) Ley 71 §§ 3, 4 y 5 ff. de Adquir. hæredit. (*e*) Ley 4 tit. 15 P. 5 y su glos. 4. Gom. lib. 2 Var. cap. 11 n. 52 vers. Quod limita, y ley 79 de Toro n. 2.

substraido ni tomado: (*a*) ya porque de que la muger comete delito que es puramente personal, y se la castigue por él, no se deduce que debe perder el privilegio de prelacion que es real, y está concedido á la dote por el bien público, ni influye nada en esto; y ya porque aunque el hijo se haga indigno del auxílio de la repudiacion, no se priva á aquel de la herencia; (*b*) ni el que el noble pierda el privilegio (1) de no poder ser preso, es adaptable al presente caso, porque es deudor y no se le puede castigar con otra pena; pero la muger nada debe á los acreedores de su marido, ni sus bienes dotales estan obligados á ellos, por lo que ninguna otra pena merece que la personal, hasta que manifieste los bienes substraidos, ni las leyes se la imponen, ni privan del privilegio de prelacion. (*c*) Así lo decidió en el año de 1780 la Real Junta de Comercio en el pleyto que siguió Doña Catalina Xaviera de Aguilar, viuda de Don Blas Caballero, con los acreedores de la compañía de la Zarza y con el Señor Fiscal sobre preferencia de su dote; y Bolero expresa haberlo determinado tambien el Supremo Consejo de Castilla juntas dos salas. Pero si la muger estuviere obligada en el contrato, deberá estar presa hasta que pague, y no gozará del privilegio (2) de no poder serlo por deuda civil. (*d*)

(*a*) Gutier. de Juram. confirm. part. 1 cap. 16 nn. 33 y 34. Boler. tit. 5 q. 9 n. 7. (*b*) Ley 9 tit. 6. P. 6 y su glos. 1, y ley 6 del mismo tit. y P. glos. 6. Gutier. cap. 16 cit. n. 17.

(1) Ya no es privilegio en el noble el no poder ser preso por deuda civil, puesto que segun la pragmática de 27 de Mayo de 1786 inserta en el n. 8 tampoco pueden serlo quantos profesen algun arte ú oficio.

(*c*) Gutier. nn. 33 y sig. cit.

(2) Téngase aqui por repetida la nota anterior.

(*d*) Gutier. num. 35. Boler. q. 9 cit. n. 11. Sobre si la muger que con su luxo y desordenada profusion dió causa á que su marido se gravase de deudas é hiciese concurso, deberá ó no perder el privilegio de prelacion, puede verse á Bolero tit. 5 q. 10 que se inclina á la opinion afirmativa, aunque yo nunca he visto seguirla, no obstante acaecer con mucha frequencia dicho caso, porque se entiende que se lo permite su marido, y de consiguiente que este es el disipador, puesto que no refrena su locura y profusion.

153 En concurrencia de dos dotes legítimas, verdaderas y entregadas debe ser preferida la primera como anterior en tiempo; pero esto se limita en los bienes dotales de la segunda que existen y son conocidos; pues aunque se hayan entregado apreciados al marido, como ámbas dotes gozan de igual privilegio, y son de una misma naturaleza, y los de la muger segunda no perdieron la de dotales por el aprecio ó valuacion, ni esta trata de adquirir de nuevo su dominio sino de recuperarle; es preferida en ellos á la primera. (*a*)

154 Por los bienes extradotales de qualquier clase provenientes de la madre y entregados al padre compete á los hijos hipoteca tácita contra los de este; mas no el privilegio de prelacion, por lo que no serán preferidos á la dote segunda; (*b*) y para que lo sean y no se les perjudique en el importe de dichos bienes, conviene que el padre ántes que reciba la dote de la segunda muger y se case, formalice escritura de inventario con especificacion de ellos á presencia de Escribano y testigos, obligándose con su persona, y los suyos presentes y futuros á restituírselos, ó su valor, y darles cuenta con pago, quando salgan de su poder, como se dixo en el lib. y cap. 1 de esta II. P. n. 98, é hipotecando especialmente á su seguridad bienes raices equivalentes y saneados. De esta suerte se les preferirá á la dote segunda por la hipoteca general ó especial expresa, la qual es preferida siendo anterior á la posterior con privilegio de prelacion. (*c*) Lo mismo procede por la propia razon por la mitad de gananciales que le tocaron, y el padre debe entregar á sus hijos, y por los bienes reservables.

155 En quanto á la graduacion de los demas acreedores fuera de la iglesia, dote y fisco se limita la regla general sentada en el n. 86 en los casos siguientes. El primero es, quando el acreedor posterior en-

(*a*) Dicha ley 33 tit. 13. P. 5 verb. Pero si un ome. Véase la I. P. cap. 13 § 2. (*b*) Leyes 23, 24 y 33 tit. 13 P. 5. (*c*) Cur. Philip. lib. 2. Comer. resr. cap. 12 n. 33. Salg. Labyr. part. 2 cap. 21 n. 5. Valenz. consil. 86.

trega algunos bienes suyos al deudor en comodato, ó en otra qualquiera manera en que no se le transfiere el señorío de ellos, pues como son suyos y no del deudor, le compete la accion de dominio para la reivindicacion, y así será preferido á todos los demas anteriores, por privilegiados que sean. (*a*) Lo mismo será en su precio, si el deudor los enagena y quiere pasar por la enagenacion que este hizo. (*b*)

156 El segundo caso es respectivo á la cosa vendida y no pagada, pues si el vendedor no la fió, ni el comprador le dió prenda ni fiador, ni tomó plazo para satisfacerla, y solo por accidente se suspendió el pago, aunque le haya dado su posesion el vendedor, será preferido en ella por el precio no satisfecho á todos los acreedores del comprador, á causa de que con el apoderamiento y tradicion no se le transfirió su dominio, por no haberla pagado ni convenídose el vendedor en esperarle ó fiarle; pero si se la dió fiada y entregó, no lo será, porque con la entrega se le traspasó: lo qual se entiende, aunque sea de menor, porque solo al fisco está concedido este privilegio, como se ha expuesto. (*c*)

157 Y para que el comprador no adquiera su dominio, aunque sea despues de la tradicion ó posesion, debe prevenirse en la venta: "Que hasta que pague el precio, no se le ha de transferir el de la cosa vendida, sino ántes bien ser visto que la tiene en arrendamiento por tanto precio anual que le satisfaga, ó que es poseedor precario de ella: "hipotecándola especialmente á su responsabilidad, pues no basta la obligacion general de sus bienes. De esta suerte como el dominio queda en el vendedor, será preferido á todos los acreedores hipotecarios anteriores á él, aunque sean la dote y fisco, (*d*) porque el dominio y posesion se pueden transferir condicionalmente, y el pacto de que satisfaga en el interin cierto precio justo por via de arrendamiento, no es usurario, y así se puede po-

(*a*) Leyes 3 tit. 27 P. 3 y 11 al fin tit. 14 P. 5. (*b*) Ley 7 tit. 10 P. 3. (*c*) Ley 46 tit. 28 P. 3. (*d*) Ley 30 tit. 13 P. 5 verb. Otrosí decimos. Parlad. lib. 1 Rer. quot. cap. 8. Bersan. de Pupillis cap. 1 q. fin. nn. 9 y sig.

ner en la venta, sin que por ello incurran en pena los contrayentes ni el Escribano. (*a*)

158 En quanto á la iglesia, fisco, menores, comunidades y república, como tienen la prelacion de dominio, aunque sea despues de la tradicion ó posesion, porque no pueden vender al fiado; de ningun modo ni en caso alguno se transfiere en el comprador hasta que les satisface el precio de la cosa que le vendieron. (*b*) Pero respecto ser opinable esta prelacion excepto en el fisco lo mas seguro es hacer la venta con el pacto expuesto en el núm. anterior, con el que cesan las dudas y disputas.

159 El tercer caso es, quando el acreedor prestó dinero sin interes al deudor para comprar alguna cosa que compró en efecto, y al tiempo del préstamo y en la escritura de este se pactó expresamente que la misma cosa habia de quedar y quedaba hipotecada especialmente á la responsabilidad del dinero prestado; pues entónces será preferido igualmente en ella á los demas hipotecarios anteriores, y sino se hizo el pacto, tendrá solamente accion personal privilegiada. (*c*) Lo propio milita en el que dió el dinero para comprar algun oficio, si se hizo el mismo pacto, (*d*) porque hay la misma razon.

160 El quarto caso es, quando prestó graciosamente el deudor alguna cantidad para reedificar nave, casa ú otro edificio, pagar el alquiler de aquella en que se halla la cosa hipotecada, transportala, ó para otro beneficio de los expresados en el n. 113; pues acreditando (porque no basta la mera confesion del deudor) haberla prestado para este efecto sin interes, convertídose en él, y ser necesario, y existiendo la cosa beneficiada, será preferido en ella como refeccionario á los demas acreedores hipotecarios anteriores que no lo sean, excepto al fisco, dote y arras dadas á la muger por aumento de su

(*a*) Cov. lib. 3 Var. cap 4 n. 4. Parlad. cap. 8 cit. n. fin. (*b*) Roler. tit. 5 q. 3 y sig. Rodrig. de Concurs. part. 1 art. 1 y 2. Valenz. consil. 189. Salg. Labyr. part. 2 cap. 24 n. 21. (*c*) Dich. ley 30 tit. 13 P. 5. Carlev. tit. 3. disp. 27 nn. 2 y 3. (*d*) Cur. Philip. § 12 cit. numer. 16 al fin.

dote, (a) como se sentó en dicho núm. Pero se ha de tener presente, que si concurren varios refeccionarios de la finca ó cosa, solicitando cada uno prelacion en ella por su crédito, se han de graduar y pagar por el órden inverso ó contrario á los demas créditos: quiero decir, que el último que la benefició, es el primero que debe ser pagado, porque la conservó, y así retrocediendo á los anteriores por su órden; pues en estas dudas privilegiadas no se considera el tiempo sino la causa, (b) y la de este privilegio es la conservacion, sin la qual no existiera la finca, ó hubiera padecido ruina ó considerable detrimento.

161 El quinto caso es, quando entre los acreedores hay uno que arrendó al deudor alguna finca, pues por lo que el arrendador esté debiendo de su arriendo, será preferido á los demas anteriores, (c) si es heredad, en sus frutos por la hipoteca tácita, y si es casa, en los bienes que estan en ella, en los quales le compete la misma hipoteca, porque la ocuparon, devengaron su alquiler, y allí se conservaron; como tambien porque la habitacion es parte de alimentos, y estos son preferidos, segun se dirá en el n. 173. Mas la hipoteca y prelacion que se adquiere por la reconduccion tácita, no obra sus efectos desde el dia del primer contrato ó arriendo sino desde el de la reconduccion, en que interviene el consentimiento tático de los contrayentes, y la perseverancia del contrato primero en la cosa arrendada, por lo que concurriendo el arrendatario con los acreedores que contraxeron con el arrendador despues del arrendamiento primero y ántes del tácito, ha de ser postergado ó pospuesto á ellos por su reconduccion, (d) excepto que la escritura de arriendo contenga la cláusula extendida al fin del número. 37 del cap. 2 de este lib. pues conteniéndola no habrá diferencia entre el arrendamiento y tácita reconduccion.

(a) Leyes 26 al fin, 28 y 29 tit. 13 P. 5. (b) Greg. Lop. ley 26 tit. 13 cit. glos. fin. (c) Ley 25 cap. 3 tit. 21 lib. 4 R. Cariev. tit. 3 disp. 29 n. 19 Salg. Labyr. part. 3 cap. 9 nn. 10 y 16. (d) Noguerol. allegat. y n. 21. Salg. Labyr. part. 2 cap. 27 n. 67.

162 El sexto caso es, quando con los acreedores hipotecarios concurre el que ha dado finca en enfitéusis al deudor; pues como al tiempo de su constitucion se reservó su dominio directo, tendrá preferencia en ella á los demas por el capital, laudemio y réditos. (a) Lo propio milita en el que da alguna cosa á censo reservativo al quitar, porque en la práctica se estima tenerla; bien que Carleval es de contrario sentir por varias razones que expone. (b)

163 Quando el censuario de censo vitalicio personal forma concurso de acreedores, y el censualista ó alimentario ocurre á él pretendiendo su pension anual, puede el Juez hacerle pago así de la vencida hasta entonces como de las que corran en lo sucesivo, valiendose de alguno de tres medios. El primero es mandar se entreguen á otros acreedores de grado inferior bienes raices suficientes tasados con la obligacion de pagar al censualista miéntras viva los réditos anuales estipulados, y que despues queden libres del gravámen los bienes para los acreedores de mejor grado despues del censualista, por cuyo medio estos solamente padecen el retraso en el pago de sus créditos, y no los pierden. El segundo es, que precedida audiencia formal de los acreedores que comparecieron en el concurso, se pague al censualista lo que se estime por el valor del censo, atendiéndose el tiempo corrido desde su constitucion, el estado de su salud, y qué podrá vivir, lo qual se dexa al prudente árbitrio del Juez, quien si las partes se convinieren y no de otra suerte, en el precio y estimacion cierta, debe aprobar su convenio. Y el tercer medio que me parece mejor, es que se consigne al censualista cosa cierta fructífera tasada en lo justo por via de prenda y no en pago de su censo, para que durante su vida perciba sus frutos por réditos de este, vuelva despues de esta al caudal de concurso, y se aplique ella ó su valor al acreedor del mejor grado; (c) siendo de advertir que respecto ser regular

(a) Castill. lib. 4 Controv. cap. 86. n. 27 vers. Quinto. Salg. Labyr. part. 3 cap. 1 n. 47 y cap 3. (b) Tit. 3 disp. 28 nn. 22 y 23. (c) Salg. Labyr. part. 1 cap. 20 nn. 25 y sig.

que al tiempo de la constitucion del censo hubiese hipotecado especialmente el censuario bienes ó fincas determinadas, cuyo producto líquido cubra la pension anual y que con ellas se haya contentado el censualista, se le pueden consignar para el pago de esta con obligacion de volver el sobrante, lo qual se entiende no hallandose en peor estado que quando se hipotecaron.

164 El séptimo caso es, quando el deudor huye con sus bienes, y el acreedor le sigue y prende, sea por sí solo, sino encuentran Juez, ó con autoridad de este, habiéndole; pues en los aprendidos es preferido á los demas iguales en la hipoteca y privilegio, aun quando nada les quede que percibir, porque á no ser por su vigilancia no habria para nadie; pero no debe hacerse pago de propia autoridad sino poner los bienes á disposicion del Juez para que de su valor se le haga. (a)

165 El octavo caso es, quando el acreedor dió en fiado al deudor algunas mercaderías ó efectos, y este las recibió con ánimo de huir y quebrar; pues por este dolo son habidas por no fiadas, queda su dominio en el vendedor, y como dueño de ellas ninguno de los otros acreedores le debe disputar la prelacion. Para que se tenga por hecha esta compra con intencion de ausentarse y quebrar, debe probarlo el vendedor por algunos á quienes el comprador lo haya dicho, ó ha de hacerse la fuga ó quiebra tres dias despues de la compra, y si pasaren mas, estará en el prudente arbitrio del Juez el estimarla ó no por tal. (b) Pero si el acreedor fuere iglesia, fisco, república, comunidad ó menor, tendrá preferencia en ellas, si existen, aunque hayan pasado mas que los tres dias desde su recibo hasta la fuga ó quiebra, por no haberse transferido el dominio, (c) como se expuso en el n. 159.

166 El nono caso es, quando su crédito proviene de depósito, y por instrumento ante Escribano y testi-

(a) Ley 10 tit. 15 P. 5. Greg. Lop. en ella glos. 2. Cur. Philip. cap. 12 tit. n. fin. (b) Gom. lib. 2 Var. cap. 2 n. 3. Bolero tit. 5 q. 3 n. 23. (c) Salgad. Labyr. part. 2 cap. 24 n. 21. Vela diss. 30.

gos acredita haberle hecho en el deudor, pues no basta la mera confesion de este para perjudicar á los demas que son acreedores suyos por otra causa, ni el depósito confesado goza del privilegio del entregado: (a) para cuya inteligencia deben suponerse dos casos. El primero es, quando concurren muchos acreedores por razon de varios depósitos verdaderos de dinero hechos en el deudor á presencia de Escribanos y testigos en diversos tiempos, y convienen entre sí acerca de la prelacion; y entónces todos deben ser satisfechos á prorata, no obstante que unos sean mas antiguos que otros: (b) porque todos son personales igualmente privilegiados, en los quales y en los chirografarios que son mere personales, no se atiende á la antigüedad y órden del tiempo, ni por razon de este se prefiere uno á otro en su respectiva clase, sino que todos concurren en un grado al percibo á proporcion de su crédito por la igualdad en el privilegio: (c) pues el privilegiado no goza de este, regularmente hablando, contra el que igualmente lo es; lo qual milita, aunque el dinero esté depositado en banco público. (d)

167. El caso segundo es, quando entre acreedores de diversas clases y por distintas causas concurren uno ó mas, pretendiendo sus depósitos verdaderos que hicieron en el deudor particular ó en banco público; y entónces si el depósito es regular y existe la cosa depositada, debe ser preferido en ella el acreedor como dueño á todos los personales privilegiados é hipotecarios anteriores, de qualquier clase que sean; (e) pero si la cosa no existe, será preferido solamente á los personales privilegiados y no á los hipotecarios, porque no le corresponde la accion de reivindicacion ó dominio sino la de depósito que como personal siempre es ménos atendible

(a) Cur. Philip. cap. 12 cit. n. 56. (b) Leyes 7 §§ 2 y 3, y 8 ff. Depositi. (c) Ley 11 tit. 14 P. 5 verb. Pero si entre. Boler. tit. 5 q. 21 n. 9. (d) Gutier. lib. 3 Pract. q. 101 n. 15. Carlev. tit. 3 disp. 31. num. 3. (e) Ley 9 al fin. tit. 3 P. 5.

que la hipotecaria. (a) Llamase depósito regular el de alguna cosa que no consiste en número, peso, ni medida, ó si es dinero, está metido en bolsa, saco, ó en otra cosa cerrada ó sellada que se entrega al depositario, no para que le use, sino para que le custodie; por lo que tiene obligacion de restituir la misma cosa y no otra, el mismo dinero y las propias monedas, y no otras por ellas, aunque sean de igual valor, calidad y bondad; (b) y así no debe faltar á la confianza, ni por consiguiente usar de la cosa ni del dinero pena de incurrir en la de hurto, (c) y en otras expresadas en el cap. 17 P. I. porque no se le transfieren su dominio ni uso, y antes bien los retiene su dueño. (d) Y es de notar que este debe pagar al depositario las expensas que hizo en utilidad de la cosa depositada, aunque no se debe retener con dicho motivo. (e)

168 Y si el depósito es *irregular*, será preferido el acreedor á todos los chirografarios del deudor y tambien á los privilegiados anteriores, excepto á la iglesia, fisco, dote, república, refaccionario, al que procede por accion funeraria, y á los hipotecarios especiales ó generales posteriores; y así se graduará despues de estos siete, (f) porque le compete solamente la accion de depósito que aunque privilegiada es personal. (g) Se llama depósito *irregular*, ó impropio el que se hace de dinero, ó de cosas que consisten en número, peso ó medida, como trigo, vino, aceyte, &c. y no se entregan al depositario cerradas, selladas, ni con otras señales que acreditan ser las mismas, pues no se le prohibe su uso, y solo constituye obligacion de restituirlas, ú otras de igual especie, calidad y bondad en peso, medida y

(a) Ley 9 cit. Rodrig. de Concurs. part. 1 art. 6 nn. 46 y 53. Carlev. disp. 31 cit. n. 10. (b) Leyes 24 y 29 ff. Depositi, y 19 Cod. de Usur. Boler. tit. 5 q. 21 n. 2. (c) Ley 12 tit. 10 P. 7. (d) Ley 17 § 1 ff. Depositi. (e) Ley final tit. 3 P. 5 y sus glos. 11 Véase la 1. P. cap. 17 cit. n. 8. (f) Leyes 9 tit. 3, y 11 al fin y 12 tit. 14 P. 3. Carlev. disp. 32 cit. nn. 4, 7 y 8, &c. y 13. Boler. tit. 5 q. 21 n. 11 y 12. (g) Ley 9 tit. 3 P. 5. Boler. nn. 11, &c. y 16.

número, por lo que el dueño no conserva su dominio, y ántes bien pasa al depositario, quien puede negociar con ellas, y utilizarse del lucro que reditúen; (a) y si perecen por caso fortuito, es de su cuenta y no de la del depositador, aunque lo contrario sucede en el depósito regular no cometiendo dolo el depositario. (b) Pero es de advertir, que si el exáctor ó administrador de la Real hacienda depositare en su nombre y no en el del fisco el dinero tocante á este en persona privada ó banco público, y estos quebraren, será preferido el fisco por especial privilegio á los demas acreedores chirografarios, aunque sean anteriores en tiempo. (c)

169 No gozará del privilegio de prelacion que por la accion de depósito le concede el derecho, ni por consiguiente será preferido á los demos acreedores personales el de depósito irregular, si recibió intereses del depositario, porque por este hecho es visto haberle renunciado, (d) excepto que sea pupilo, ú otra persona que no tenga la libre administracion de sus bienes, pues á esta se permite llevarlos por razon de alimentos. (e)

170 El décimo caso es, quando el acreedor hizo gastos en beneficio de los bienes del deudor comun para su conservacion, exáccion, recuperacion, ó recoleccion de ellos ó de sus frutos; y así dichos gastos deben deducirse antes que todo, y de consiguiente preferido el que los hizo á todos los demas acreedores, porque solo el sobrante se reputa hacienda ó patrimonio del deudor, con el qual ha de satisfacerse á sus acreedores. (f)

171 El undécimo caso es, quando el acreedor es Juez, Magistrado, Abogado, Escribano, ú otro de los que emplean su estudio, trabajo ó oficiosidad en la defensa de los bienes del deudor comun, ó enseñan públicamente alguna ciencia, pues gozan de la misma hipoteca privile-

(a) Carlev. n. 6. Boler. nn. 3, &c. y 7. Castill. lib. 3 Controv. cap. 16 nn. 24 y 38. (b) Boler. q. 21 cit. nn. 2, 3 y 4. (c) Boler. n. 21 hasta el fin. (d) Rodrig. part. 1 y art. 6 cit. n. 52. Castill. lib. 3 Controv. cap. 16 n. 78. (e) Castill. cap. 16 cit. n. 67. Ceball. de Cognition. per viam violentiæ, part. 2 q. 1 n. 32. (f) Carlev. tit. 3 disp. 29 p. 5 y disp. 32 n. 1. Avendañ. de Exequend. mandat. part. 1 cap. 17 n. 11.

giada en consideracion á que del estudio y enseñanza depende el buen gobierno del estado, y asi serán preferidos á los hipotecarios anteriores; (a) bien que con la distincion de que en la cosa que motivó su estudio y trabajo, tienen prelacion á los de hipoteca tácita y expresa, y en los demas bienes del deudor la tienen solamente á los de tácita. (b)

172 El duodécimo caso es, quando el acreedor suministró al deudor comun los alimentos necesarios para su conservacion, en los quales se incluyen los de los criados precisos para su honesta y moderada servidumbre, sus salarios y los alquileres de la casa en que vive, pues todos son preferidos á los demas hipotecarios del deudor, aunque tengan hipoteca especial y sean anteriores. (c) Y si los criados litigan entre sí sobre prelacion, se han de prorratear sus créditos como de personas que forman un cuerpo ó comunidad, sin atender á la antigüedad de su servicio ni á sus qualidades, sino á lo que se debe á cada uno, al caudal de su amo, y á que les compete igual privilegio. (d)

173 El décimotercio es, quando se deben por derecho los alimentos al acreedor, por habérseles legado el testador, en cuyo caso compete al alimentario accion personal é hipotecaria por los consignados sobre el fundo ó finca que el deudor posee con este gravámen; y lo propio milita en el alimentario del ganado; (e) pero si un tercero, á quien estaban señalados en los bienes del deudor, comparece en el concurso solicitando se le prefiera á los demas acreedores, no obtendrá la prelacion, porque es acreedor mere personal. (f)

174 El décimoquarto es, quando concurren acreedores privados por causa onerosa y lucrativa con hipoteca y constituto, ó sin ella; pues sin embargo de que

(a) Carlev. disp. 32 cit. n. fin. (b) Roler. tit. 5 q. 2 nn. 29, &c. y 45. (c) Rodrig. de Concurs. part. 1 art. 3 desde el n. 19. Carlev. disp. 29 cit. (d) Solórz. de Jure Indiar. tom. 2 lib. 2 cap. 31 n. 29 y lib. 3. Polit. cap. 33. (e) Surd. de Alim. tit. 8 privileg. 51 n. 3. Gutier. quæst. Canon. lib. 2 q. 8 n. 57. (f) Castill. de Alim. cap. 66. Surd. privileg. 52. Salg. Labyr. part. 2 cap. 24 n. 90.

varios AA. afirman absolutamente que aun en este caso quien es primero, tiene mejor derecho, los hipotecarios posteriores de la causa onerosa han de preferirse á los anteriores de la lucrativa, porque el derecho antepone los que tratan de evitar su daño, á los que intentan adquirir lucro, y nunca es igual su condicion, por lo que el personal posterior por causa onerosa debe preferirse tambien al anterior por la lucrativa, excepto que este tenga hipoteca ó constituto, porque entónces gozará de la prerogativa del tiempo. (*a*)

175 El décimoquinto caso es, quando concurren dos acreedores cesionarios, pretendiendo el uno en virtud de cesion del deudor los réditos, tercios ó pensiones del primer año, y el otro con cesion anterior en la fecha los del año segundo; pues se ha de preferir aquel á este como primero en la hipoteca, porque aunque la cesion sea anterior, no se atiende á la antigüedad de la fecha para la concesion de prelacion sino á la de la hipoteca ó del contrato hipotecario, y el que es primero en esta lo es en derecho. (*b*) Pero si una propia accion ó derecho se cediere á dos en diversos tiempos, será preferido el primer cesionario, (*c*) y si un mismo débito ó cantidad se cediere parcialmente á dos á un tiempo, y el deudor no pudiese satisfacerla á entrambos, concurrirán á su percibo á prorata de sus créditos. (*d*) Y es de tener presente, en primer lugar que el cedente no está obligado á resarcir ni satisfacer al cesionario los gastos que hizo en el pleyto sobre la exáccion del crédito cedido, no obstante el pacto en contrario, quando aquel se originó sin culpa del cedente y por mera negligencia del cesionario; (*e*) y en segundo lugar, que para que el cesionario de algun crédito pueda repetir contra quien se le cedió, no basta que haga ver que es de dificil exáccion, pues es menester acredite la execucion en los bienes del deu-

(*a*) Vease sobre este punto á Carlev. tit. 3 disp. 30, y á Boler. tit. 5 q. 17 n. 7 que refiriendo ámbas opiniones defiende la segunda como arreglada. (*b*) Carlev. tit. 3 disp. 33 nn. 2, 3 y 4. (*c*) Carlev. n. 5. (*d*) Carlev. lug. cit. n. fin. Felician. de Censib. tom. 1 lib. 3 cap. n. 2. (*e*) Olea de ces. jur. tit. 3 q. 4 n. 7.

dor hecha con la mayor diligencia, para que su autor no experimente perjuicio. (a)

176 El décimosexto caso es, quando la deuda hipotecaria posterior consta por instrumento ante Escribano y testigos, en el que da fé de la cantidad ó cosa que se pide, porque á su presencia se efectuó su entrega; ó se califica por otra prueba real y verdadera; y la anterior en fecha aunque tambien otorgada por Escribano, se acredita solamente por mera confesion del deudor; pues en este caso el acreedor posterior en tiempo por la qualidad de su instrumento será graduado primero que el anterior de deuda confesada. (b)

177 El décimoséptimo caso es, quando el fiador pagó por el principal en virtud de la obligacion que contraxo por él; pues no obstante que la paga sea posterior, debe ser preferido con el lasto del acreedor á los que despues de constituida la fianza contraxeron con el deudor, porque al modo que el fiador se obligó al principio al acreedor baxo la condicion de, *sino pagáre el deudor principal*, del mismo modo se halla este obligado al fiador desde entónces baxo la de *si págare por él*: de suerte que el fiador es un acreedor condicional respecto de su deudor, la condicion es casual y no potestativa, y así el fiador aunque posterior en el desembolso y satisfaccion debe obtener la preferencia á los acreedores que en el intermedio de la constitucion de la fianza y paga contraxeron con el deudor comun, si tiene lasto del acreedor. (c)

178 El décimo octavo caso es, quando el acreedor hipotecario posterior hace constar su crédito por instrumento público, y el anterior tambien hipotecario acredita igualmente el suyo por confesion del deudor en instrumento privado escrito, ó á lo ménos firmado por este, aunque otro le haya extendido de su órden; y en caso de faltar el deudor por haber fallacido ó por otro

(a) Olea tit. 7 q. 3 n. 37. (b) Rodrig. de Concurs. part. 1 y 2 art. 2. Vela diss. 21. Cur. Philip. cap. 12 cit. n. 54. (c) Salg. Labyr. part. 2 cap. 21 n. 82. Feliciau. de Censib. tom. 1 lib. 3 cap. 5 n. 20.

motivo, y de consiguiente su reconocimiento, le justifica con declaracion jurada de dos testigos varones presenciales que testifican de su certidumbre é hipoteca, y le han subscrito y visto firmar al mismo deudor; pues no obstante que estos lo declaren, será preferido al acreedor de instrumento público, aunque posterior: (*a*) porque una cosa es que haga fé y pruebe en juicio contra el mismo deudor, aunque no se efectue el cotejo ó comparacion de su letra mediante la deposicion de los dos testigos; y otra que prefiera al acreedor de instrumento público y le perjudique, lo qual no dice ninguna ley.

179 Sin embargo afirman varios AA. que si los dos testigos depusieren de la verdad del delito é hipoteca, debe ser preferido el acreedor de instrumento privado al segundo del público; y que esto procede, aunque los testigos no esten escritos en aquel, ni le hayan firmado, si depusieren haberle visto hacer, (*b*) porque la hipoteca expresa se puede constituir y probar con testigos, sin que de necesidad se requiera escritura. (*c*) Pero tales AA. parece no han tenido presente la ley 31 tit. 13 P. 5 que dice: "Escriviendo algun ome carta de su mano misma, en que dixesse que conocia que avia recibido maravedis prestados de otro alguno, é que obligaba alguna cosa por ellos: ó faciendo tal pleyto (*pacto*) como este ante dos testigos: aquel á quien fuesse obligada la cosa en alguna destas dos maneras, bien la podrá demandar á aquel que gela oviesse empeñada, ó á otro qualquier á quien la fallase: fueras ende si este que la tenia, dixesse que le era obligada por carta que fuesse fecha de mano de Escrivano público. Cá entónces este postrimero si tal carta mostrasse, avria mayor derecho en la cosa empeñada, que el otro primero que oviesse carta escrita de mano de su debdor, ó prueba de dos testigos, así como sobre dicho es." Por tanto, conste la deuda é hipoteca por instrumento privado con dos testigos ó sin ellos, no perju-

(*a*) Ley 11 Cod. Qui potiores in pign. habeant. y 31 tit. 13 P. 5. (*b*) Ley 12 ff. de Testibus Cur. Philip. cap. 12 cit. n. 53 y otros que cita. (*c*) Ley 4 ff. de Pignorib.

dica el acreedor posterior de instrumento público.

180 No procederá lo expuesto en el número inmediato en tres casos. El primero es, quando el crédito hipotecario consta por instrumento privado hecho y firmado por el deudor, ó firmado solamente por este, aunque esté escrito de otra mano, y firmado tambien por tres testigos varones fidedignos, si el deudor reconoce en juicio la deuda é hipoteca, y estos sus firmas, y deponen en la forma expresada en el n. 34; pues concurriendo todo esto no solo será preferido el acreedor mencionado en él á los chirografarios sino tambien á los escriturarios posteriores no privilegiados, como se prueba de la misma ley que continua diciendo: "pero si tal carta de la debda del empeñamiento fuesse fecha por mano del debdor, é firmada con tres testigos, que escribiessen sus nomes en ella con sus manos mismas, entónce mayor derecho avria en la cosa empeñada el primero, que el segundo que mostrasse la carta pública." (*a*) El caso segundo es, quando el acreedor de instrumento público confiesa ser verdadero el privado, y que fue hecho en el dia que se expresa en él, pues su confesion desvanece toda duda. Y el tercero es, quando ántes de otorgarse el público fue leido, entendido y reconocido judicialmente el privado por los referidos tres testigos, aunque no le hayan subscripto, pues se preferirá al público. (*b*)

181 El décimonono caso es, quando el deudor contraxo obligacion hipotecaria de pagar á uno cantidad cierta, y ántes que se le entregase, formalizó otra á favor de otro y la recibió de este; en cuyo caso el segundo acreedor no obstante ser posterior la fecha de su contrato, respecto haber tenido efecto y perfeccionádose con la entrega del dinero, será antepuesto al primero, por faltarle esta circunstancia. (*c*)

182 El vigésimo caso es, quando el deudor compra alguna finca ó cosa, y el vendedor pacta con él al tiem-

(*a*) Greg. Lop. ley 31 inserta glos. fin. Covar. Pract. cap. 22 n. 5 vers. Hoc vero, vers. Secundo, vers. Tertio y vers. Hic sané. (*b*) Covar. lug. cit. vers. Poterit tamen. (*c*) Ley 27 tit. 13 P. 5. verb. Pero casos y ha.

po de la venta que ha de quedar hipotecada especialmente á cierto acreedor del comprador; pues entónces expresándose así en la escritura de venta, aunque este acreedor sea posterior, será preferido en la cosa á los hipotecarios anteriores del deudor que la compró con dicho pacto: (*a*) porque quando la adquirió y los demas acreedores llegaron á tener hipoteca en ella, ya estaba afecta al gravámen y responsabilidad del crédito de aquel.

183 El vigésimoprimo caso es, quando dos acreedores contraxeron con el deudor comun sobre cosa ó territorio feudal, y el uno obtuvo para ello la competente facultad y el otro no; pues el que contraxo á consequëncia de ella, aunque sea posterior en tiempo, será preferido al que contrató con él sin que hubiese intervenido, (*b*) por haber sido nulo el contrato; pero sobre esto vease á Carleval en el lugar que se cita. Lo mismo sucederá, si dos prestasen dinero al poseedor de bienes vinculados, y este los obligase á entrámbos, al uno baxo la condicion de impetrar facultad Real, y al otro despues de impetrada; pues este obtendrá la preferencia, porque el primer contrato sin ella es nulo, y así necesita ratificarse luego que la impetre, para que perjudique á los sucesores y queden gravados los bienes despues de la muerte del deudor. (*c*)

184 El vigésimosecundo caso es, quando un Procurador ó Apoderado sin poder especial ni bastante hipotecó á favor de un sugeto alguna cosa de su principal, quien la obligó despues expresamente á otro, y hecho esto ratificó la obligacion que en nombre suyo contraxo su Procurador; pues aunque es válida esta ratificacion y perjudica al que la hizo, no al acreedor posterior, á quien el verdadero deudor ántes de hacerla hipotecó la cosa, y así será preferido el primero, por haber adquirido derecho irrevocable en ella. (*d*)

185 El vigésimotercio caso es, quando la deuda

(*a*) Salg. Labyr. part. 3 cap. 3. Parlad. diff. 57 n. 9. (*b*) Salg. Labyr. part. 2 cap. 4 n. 40 Carlev. tit. 3 disp. 23. (*c*) Salg. Labyr. p. 2 cap. 21 n. 31. (*d*) Salg. Labyr. part. 3 cap. 13 n. 8.

hipotecaria procede de tutela, curaduría ó administracion pública, ó de iglesia, comunidad, y rentas Reales, pues tiene la preferencia desde que los Administradores empezaron á serlo, aunque reciban despues los efectos. Lo mismo procede en las hipotecarias que provienen de cambio, banco, ó depositario público, pero no en las que dimanan de administracion ó depositario privado hasta que empieza á causarla, porque aquellos oficiales pueden ser compelidos á serlo, y admitir la administracion y depósito, y este no, bien que despues de aceptados no los puede renunciar. (*a*)

186 El vigésimo quarto y último caso es, quando al tiempo de conferir ó hacer gracia á un Clérigo de un beneficio se le impuso alguna pension sobre las rentas de él en favor de otro; pues este debe ser preferido en ellas á todos, y qualesquiera acreedores anteriores y privilegiados del deudor, aunque sean hipotecarios con obligacion general de sus bienes presentes y futuros; porque quando estos empezaron á tener hipoteca en los frutos ó rentas del beneficio, ya le tenia el pensionista por haber pasado el deudor con este gravámen, y los demas acreedores no pueden tener ni pretender mas derecho en la cosa y en sus frutos que el que el mismo deudor tiene. (*b*) Pero si concurren dos pensionistas á los frutos del beneficio gravado, como ámbos tienen igual título, hipoteca y causa, se debe preferir el anterior en título y tiempo; y si para entrámbos no son suficientes, percibirá el posterior en tiempo el residuo que quede despues de satisfecho enteramente el anterior, porque en este caso se debe observar la regla general de que el que es primero en tiempo, lo es igualmente en derecho. (*c*) Con este motivo se advertirá que los beneficios curados de estos reynos no deben pensionarse sino á favor del resignante en caso de ser útil

(*a*) Otero de Officialib. part. 2 cap. 15 Gutier. lib. 2. Pract. q. 178. Boler. tit. 5 q. 35 nn. 1, &c. y 5. Cur. Philip. com. terrest. lib. 2 c. 12 n. 43. (*b*) Nogueról alleg. 9 n. 39 Salg. Labyr. part. 1 cap. 42 n. 23, y part. 2. cap. 14 n. 208. Cur. Philip. ilustr. cap. 12 cit. n. 76. (*c*) Leyes 27 y 29 tit. 13 P. 5.

y conveniente la renuncia, y quando se celebra transaccion entre los opositores sobre el mismo curato ó parroquia, segun lo pactado en el concordato celebrado entre esta corte y la de Roma en 14 de Noviembre de 1737. Tampoco se deben pensionar unas parroquias para reedificar ni reparar las iglesias de otras, y ántes bien ha de observarse lo que ordena el santo concilio de Trento, (*a*) y es que en primer lugar deben costear los gastos las rentas de sus fábricas: si estas no alcanzan, los han de pagar los partícipes en sus diezmos; y no bastando ni uno ni otro, baxada la competente cóngrua que debe quedar á aquellos, han de ayudar subsidiariamente los feligreses de la iglesia que necesita ser reparada ó reedificada. Lo mismo disponia ántes del concilio la ley 11 tit. 10 P. 1, y la bula ó concesion contraria á lo referido es opuesta al auto 3 tit. 3 lib. 1 R. y á la constitucion de Inocencio XII citada en él, por lo que se puede impedir su execucion pidiendo su retencion en el tribunal Real competente como lo he visto practicar en el Consejo.

187 Lo expuesto hasta aquí acerca de la hipoteca y prelacion tiene lugar, aunque la cosa hipotecada mude su estado: quiero decir; aunque vaya en aumento, como si es tierra que se plante de viña, arboleda ú olivar, ó venga en disminucion, como si se deteriora, destruye ó arruina; pues en ámbos casos tiene preferencia el acreedor, porque subsiste la hipoteca. (*b*) Lo mismo sucede, si la cosa hipotecada es monte, y se corta leña ó madera en él; mas no, si con la madera se construye nave, casa ú otro edificio ó cosa, porque por haberse mudado la materia en otra forma se extingue la hipoteca, á ménos que se exprese que ha de subsistir. (*c*)

188 Destruyéndose la nave no hay prelacion ni hipoteca, sino es que se especifique, porque mudada la

(*a*) Ses. 21 de Reformat. cap 7. (*b*) Ley 15 tit. 13. P. 5. Covar. lib. 3. Var. cap. 7. n. 5 vers. Quarto. Salg. Labyr. part. 3 cap. 1 nn. 124, 129 y 181. (*c*) Salg. y Covar. lug. cit. Cur. Philip. dich. cap. 12. n. 19.

forma de la cosa se muda la substancia de ella. (a) Lo primero milita en la seda, lana, lino, cáñamo y en otras primeras materias semejantes, si se tiñen y texen, pues se pierde la hipoteca y prelacion: (b) en la nave deshecha con ánimo de no volver á construirla, pues aunque se rehaga con los mismos materiales, cesa la prelacion, por no ser ya ni reputarse la misma, como quando se deshace con la intencion de rehacerla; y en la carne y cueros del ganado hipotecado, (c) porque una vez separados no son ganado como ántes.

189 En el precio de la cosa vendida é hipotecada no hay prelacion por él, si despues se volviere á vender, porque regularmente no sucede el uno en lugar del otro, ni en la que se comprare ó subrogare con su precio, porque ni este ni la cosa estan obligados: (d) ni tampoco en la comprada con dinero ageno la tiene el dueño de él, á ménos que sea el fisco, la iglesia, república, comunidad, dote, soldado ocupado en el Real servicio, ó menor; pues siendo de estos sucede la cosa en lugar del precio, mas no este, si despues se vuelve á vender. (e)

190 Dúdase si queriendo el acreedor posterior y ménos privilegiado que al mismo tiempo es deudor por otra causa de su deudor, compensar su deuda con la que debe á este, se le deberá admitir en perjuicio de los acreedores que tienen derecho y privilegio anterior para exigir su crédito del deudor comun. Algunos AA. dicen que no, porque si esto se permitiera, lograria por este medio cobrar su crédito con mas prontitud y facilidad que los anteriores, por lo que y por estar obligada á ellos anteriormente su deuda baxo la hipoteca general deben ser preferidos y no ha de admitirse la compensacion, y si lo hiciere, podrán revocar el pago

(a) Ley 42 tit. 9 P. 6 Cur. lug. cit. n. 20. (b) Ley 24 tit. 9 P. 6. (c) Salg. Labyr. part. 3 cap. 1 nn. 184 y sig. Covar. lib. 3. Var. cap. 7 n. 5. (d) Leyes 3 Cod. de Reivind. y 16 ff. de In rem verso. (e) Leyes 40 tit. 5 y 25 tit. 13 P. 5, y 10 tit. 19 P. 6 Rodrig. de Concurs. part. 2 art. 7. Cur. lug. cit. n. 23.

los otros acreedores y compelerle á que apronte la cantidad con que se quedó. Pero Carleval (*a*) con otros muchos AA. que cita, exponiendo los fundamentos de ámbas sentencias, sigue la contraria, á la que me inclino.

191 Los acreedores mere personales que son los que no tienen hipoteca tácita ni expresa en los bienes del deudor, consten sus créditos por instrumento público ó privado, ó por testigos, ó solamente por confesion del mismo deudor, y sea verdadera ó confesada la entrega de la cantidad de que proceden, si acuden á un tiempo pretendiendo su pago; y no tienen la qualidad de posesion ni otra privilegiada, deben ser satisfechos á prorata, sin embargo de que unos créditos sean mas antiguos que otros, pues no hay prelacion entre ellos por razon de su antigüedad; y así se han de guardar, regularmente hablando, despues de los escriturarios con hipoteca especial ó general, aunque en estos no conste la fé de entrega, y aquellos sean anteriores. (*b*) Lo mismo sucede á los personales privilegiados iguales en el privilegio concurriendo entre sí sobre la prelacion, por ser tambien de una naturaleza, y militar la propia causa y razon. (*c*)

192 Pero esta regla se limita en seis casos. El primero es, quando un acreedor ántes de la formacion del concurso y de pretender los demas la satisfaccion de sus créditos pidió execucion y obtuvo sentencia favorable; pues aunque sea posterior en tiempo, debe ser preferido á los otros chirografarios, por haber acreditado ántes que ellos la legitimidad de su crédito, y sin embargo de que no alcancen para estos los bienes del concursante, no pueden inquietarle ni pedirle cosa alguna de aquellos de que se le aposesionó por sentencia. (*d*) El segundo, quando su vale, aunque no se halle corroborado con las firmas ni presencia de testigos sino

(*a*) De judic. t. 3 disp. 27. (*b*) Ley 11 tit. 14 P. 5 verb. Mas si todos los otros. Cur. Philip. cap. 12 cit. n. 58. (*c*) Leyes 19 y 61 ff. de Re judicat. (*d*) Dich. ley 11 verb. E por ende decimos.

solamente con la del deudor, está hecho en papel sellado correspondiente al año de su formacion, y á la calidad y cantidad del contrato, pues entónces debe ser graduado despues de las escrituras, y ántes que los que estan escritos en papel comun con dos testigos ó sin ellos. (*a*) El tercero, quando el acreedor chirografario hace constar su crédito por reconocimiento judicial hecho por el deudor ántes que este se obligue en escritura pública á otro; pues el reconocimiento puro hecho en juicio con la solemnidad legal tiene fuerza de escritura y es executivo. (*b*) El quarto, quando su escritura privada está firmada por el deudor y tres testigos, y todos reconocen sus firmas y deponen de su certeza en los términos explicados en el núm. 181, porque en este caso se estima como escritura pública que es preferida á la privada. El quinto, quando el acreedor posterior de instrumento público confiesa ser ciertos el crédito chirografario y su fecha; pues aunque no haya testigos con quienes se pueda acreditar, si es anterior, será preferido no solo á otros chirografarios sino tambien al del público que le confiesa. (*c*) Y el sexto, quando el deudor contraxo la deuda hipotecaria en fraude de los acreedores personales, como si fué despues de haber huido ó quebrado; pues aunque sea verdadera, no tiene prelacion á los de estos, y ántes bien el acreedor ha de concurrir con ellos, porque el deudor careció de facultad para perjudicarlos. (*d*)

193 Teniendo el deudor varias negociaciones y por ellas acreedores personales, no debe ser de mayor condicion el que primero le executó, que los demas de aquella negociacion, y así debe concurrir á prorata con ellos, de suerte que si cobra ántes, ha de dar seguridad de entregar á los demas sus partes: (*e*) ni los de la una

(*a*) Ley 48 tit. 25 lib. 4 R. (*b*) Leyes 5 y 6 tit. 21 lib. 4 R. y allí Acev. n. 3. (*c*) Covar. Pract. cap. 22 n. 5 vers. Potcrit tamen. Acev. ley 5 tit. 21 lib. 4 R. n. 24. (*d*) Vela diss. 38. Salg. Labyr. part. 2 cap. 26 n. 29 y cap. 8. (*e*) Greg. Lop. ley 11 tit. 14 P. 5 glos. 4. Rodrig. de Concurs. part. 2 art. 2, 3 y 4. Salg. Labyr. part. 1 cap. 16.

tienen accion á pedir contra los bienes de la otra, hasta que los de esta sean satisfechos, porque cada uno se conceptúa mas acreedor en aquella que en la persona del deudor. (*a*)

194 Para que un tercero que prestó dinero al deudor para pagar á cierto acreedor suyo, quede subrogado en el lugar y grado de este, como si tuviera lasto, se requieren quatro cosas: la primera, que pacte con el deudor que los bienes obligados al acreedor lo han de quedar á él: la segunda, que igualmente pacte con el deudor que se ha de subrogar en el propio lugar é hipoteca del acreedor sin diferencia alguna: la tercera, que el dinero que presta al deudor, sea determinadamente para pagar al acreedor primero; y la quarta, que el mismo dinero pase al acreedor, y se pague con él su deuda. (*b*) Omito extenderme mas sobre prelacion de créditos, porque con lo expuesto podrá tinturarse qualquiera mas que medianamente, y conocer el privilegio que compete á cada acreedor, sin importunar á Letrado alguno con preguntas, ni tener que registrar ni comprar muchos libros.

§. III.

De la espera de acreedores, á quiénes, por qué personas, y por quánto tiempo se puede conceder.

195 De los quatro géneros de concurso propuestos en el n. 1 de este capítulo el tercero en el órden es el de *espera* ó moratoria que el deudor pide al Rey, ó á su Consejo que le representa, ó á sus acreedores, y de cada caso se tratará con separacion. El Rey ó su Consejo pueden concedérsela graciosamente en perjuicio de sus acreedores por tiempo determinado, para que durante

(*a*) Greg. Lop. lug. cit. Salg. y Rodrig. lug. cit. Castill. lib. 4 Controv. cap. 61. (*b*) Carleval de judic. tit. 3 disp. 35 trata latísimamente de esto proponiendo ocho casos.

este les proporcione cómodamente las cantidades que les debe, quando la pide, pues no se amplia á los débitos que contrae despues; (a) pero las chancillerías, audiencias y jueces inferiores carecen de semejante facultad. (b) Esta moratoria es un privilegio mere personal que protege al deudor, no á sus sucesores ni fiadores, excepto que se mencionen en ella, ó que el no protegerlos ceda en perjuicio del mismo deudor; (c) aunque al contrario es en la que le conceden sus acreedores; pues aprovecha á todos, y en los correos de deber ó mancomunados. (d)

196 Para que aproveche al deudor la moratoria y pueda usar de ella, es preciso en primer lugar, que afiance á satisfaccion de sus acreedores, si lo piden, de pagarles luego que espire el término prefinido; pues sino da fiador, no le sirve la moratoria, (e) aunque en ella no se le mande, excepto que contenga la cláusula, *de que aun sin dicha fianza sea válida*; (f) y en segundo lugar, que especifique la qualidad del débito; á saber: si es jurado, ó toca al Rey, al fisco, iglesia ó pupilo: si proviene de delito, arrendamiento, compra de alguna cosa, salario, administracion de pan, alimentos, dote, depósito, ó de otra cosa: si sobre su exâccion hay pleyto pendiente, y si impetró ó no otra moratoria sobre pago del mismo débito, pues faltando esta individualidad no vale la moratoria general, porque es visto haberse concedido sin conocimiento. (g) Y es de advertir que miéntras dura la moratoria, corren los réditos de censos é intereses como ántes de concederse, pues solamente impide su exâccion en su intermedio, y no suspende su curso, ni hace novacion, ni toca á la suerte principal. (h)

197 Las moratorias de gracia se conceden por la Sala primera de Gobierno del Consejo, y las de justicia

(a) Ley 33 tit. 18 P. 3. Salg. Labyr. part. 2 cap. 30 n. 25. (b) Ley 15 tit. 5 lib. 2 R. (c) Salg. nn. 26, 27 y 28. (d) Salg. cap. cit. n. 74. (e) Ley 33 cit. y su glos. 2. Salg. lug. cit. nn. 6, 9, 10, 11 y 12. (f) Salg. nn. 7 y 8. (g) Salg. cap. 30 cit. nn. 13, &c., y 24. (h) Salg. n. 49.

por la de esta, adonde se remiten desde aquella; (a) pero no se deben conceder sin dar traslado al acreedor ó acreedores, y vista la respuesta de estos, en caso de concederse ha de ser con calidad de afianzar á su satisfaccion el pago de la deuda pasado el término y no de otra suerte, pues así lo manda el auto acordado con justa razon, (b) porque los malos pagadores siempre mienten y ponderan; bien que en las que se conceden provisionalmente y por poco tiempo, no se da traslado, ni es preciso oir al acreedor, porque se conceptúa no causársele otro detrimento que el de la corta retardacion en el cobro de su crédito.

198 Mas por falta de ley y declaracion se ofrecen tres dudas de que no hablaron los AA. primera, si quando el Consejo concede la moratoria con calidad de afianzar sin mas expresion, se debe entender la fianza á satisfaccion del acreedor precisamente, ó á la del Juez: segunda, desde quando empieza á correr el término de la moratoria, si en el decreto del Consejo no se especifica; y tercera, si quando el Consejo en Sala primera dice: *Traslado al acreedor: pase á justicia, y no se moleste á esta parte por un mes ó dos, ó mas*; empezará á correr este término desde el dia de la concesion, y concluido podrá el Juez proseguir en el negocio á instancia del acreedor. Y en órden á la primera debo decir que en todos casos debe ser la fianza á satisfaccion del acreedor, de cuyo interes se trata, porque el Consejo no intenta perjudicarle, y ántes sí, ya que le retarda el cobro de su crédito, quiere asegurársele, y para ello decreta la fianza; si bien en el caso propuesto tiene mucho arbitrio el Juez, porque siendo segura y qual debe ser, y no conformándose con ella el acreedor, puede admitirla y aprobarla por su cuenta y riesgo, y no de este; pues muchas veces no quieren confesion los acreedores, por frustrar la gracia y molestar al deudor, lo qual no debe permitirse. Así lo he visto executoriado en esta corte, y con tal que sea idoneo el fiador al

(a) Auto 49 tit. 4 lib. 2 R. (b) Auto 79 dich. tit. y lib.

tiempo que le recibe, aunque despues llegue á ser insolvente, no será responsable el Juez, por la razon que hablando del de los tutores se expuso en el lib. 1. cap. 1. núm. 74 de esta segunda parte.

199 En quanto á la segunda duda se ha de distinguir. Si el deudor se halla executado por deuda pura de plazo cumplido, ofrece satisfacerla dentro de cierto término, ó en tantas pagas iguales, cada tantos meses una, y el Consejo defiere á su solicitud lisa y llanamente sin dar traslado al acreedor, se debe empezar á contar desde el dia de la concesion exclusive: porque el Consejo en virtud de su oferta y en la inteligencia de que la cumplirá sin causar mas perjuicios ni dilaciones al acreedor, asiente á su proposicion obligando á este á que se conforme con ella; y así mediante haberse impuesto la ley el mismo deudor no debe pretender mas término, ni el Juez inferior tiene facultad para prorogársele directa ni indirectamente, y si dentro de él no paga, puede aquel, haciéndole constar el acreedor haber espirado y pidiéndolo, continuar en el negocio, porque nada hay pendiente en el Consejo que se lo impida, ni se contraviene á su mandato, puesto que no se ha innovado durante el término que le concedió. Y si temiendo ser executado se escuda con la moratoria para evitarlo, debe contarse tambien el término desde el dia de su fecha y no de su presentacion, (*a*) como se dixo de las donaciones Reales, y prebendas ó dignidades en el lib. 2 cap. 3 n. 55 al fin, porque la intencion del Consejo es que no le moleste el acreedor hasta que espire el término prefinido en la moratoria, alargándole durante él el plazo de la deuda y no mas; pero debe hacérsela saber ántes que pida en juicio contra él, porque el Consejo no quiere que tenga mas término que el que le concede, ni que á pretexto de ella y abusando de su benignidad dé lugar á que el acreedor despues de haberle esperado experimente el perjuicio de hacer gastos judiciales inútiles, sino que en el término concedido

(*a*) Antunez de Donat. reg. lib. 1 cap. 4 n. 21.

busque dinero y le pague sin hacerlos. Ademas, supongamos este caso. En virtud de executoria se despacha execucion contra alguno; v. gr. en Agosto de este año por los réditos de 20 cumplidos en fin de Diciembre próximo anterior, y noticioso ó zeloso de la execucion pretende moratoria por ellos ofreciendo pagar á cuenta cierta cantidad cada año y los reditos del corriente, y el Consejo se la concede mandando suspender las diligencias executivas. En este intermedio y sin manifestarla acude á S. M. quejándose de la executoria. S. M. pide informe, y miéntras se le da, se resuelve la consulta, manda que se vuelva á ver el pleyto con mas Ministros, y se determina confirmándose la executoria, pasan dos ó mas años. Despues pide el acreedor se continúe la execucion y amplie por estos años de suspension ó intermision, á lo qual defiere el Juez; y en tal estado presenta el deudor la moratoria obtenida ántes del recúrso, solicitando se suspendan las diligencias y declare que desde el dia de su presentacion debe empezar á contarse, y de consiguiente que nada debe pagar por entónces. En el presente caso debe ser condenado á la satisfaccion de los réditos atrasados y corrientes, vencidos desde fin de Diciembre, sin que le aproveche la intermision de tiempo causada por su recurso malicioso, porque de lo contrario sucederia que el Juez le concedia término que ni pidió al Consejo, ni este le concedió, que le ampliaba á débito que no habia quando impetró la moratoria, y que se arrogaba facultades que solo tocan al Monarca y á su Consejo. Así se declaró á mi instancia en el año de 1776 en pleyto que á nombre de un Grande, de cuya casa soy Agente, seguí contra otro. Y lo mismo se ha de decir, si por otros motivos se tarda algunos años en ver el pleyto y en executoriarse segunda vez la sentencia.

200 Tocante á la tercera duda digo que el término porque el Consejo manda no se moleste al deudor, empieza desde el decreto, y así en él ha de hacerlo saber á su acreedor y al Juez para que ni aquel pida, ni este prosiga en las diligencias; pero mediante dar traslado

al acreedor y mandar pasar á Sala de Justicia el conocimiento de si se ha de conceder ó no la espera, debe el acreedor acudir allí á exponer las razones porque se debe denegar, y hasta tanto que el Consejo resuelva, no puede el Juez inferior continuar en la causa, porque se lo impide la interpelacion del superior por el hecho de haber tomado conocimiento y dado traslado al acreedor, lo qual procede, hágase saber ó no á este el decreto del Consejo, y esté ó no pasado el término en que mandó no se le molestase, con tal que se haga constar al propio Juez; como tambien aunque el decreto no contenga mas que el traslado solo.

201 No tiene facultades el Consejo de Hacienda para conceder esperas ó moratorias á los deudores fiscales sin consultarlo primero con S. M. (*a*) y lo mismo milita en el tribunal de la Contaduría Mayor, si la deuda pasa de 300 maravedís, hasta cuya cantidad puede concedérsela por tiempo moderado habiendo causa justa. (*b*)

202 La otra clase de moratorias es, quando los acreedores á ruegos del deudor le conceden algun tiempo para que en su intermedio proporcione el pagamento de lo que les debe; y esta se llama vulgarmente *espera de acreedores*. Para que sea válida, se requieren quatro circunstancias: la primera, que todos los créditos sean verdaderos y no simulados: la segunda, que consten por instrumentos legítimos, pues no basta la confesion del deudor, ni el reconocimiento de su vale ó escritura privada, porque estos acreedores no pueden perjudicar á los que por medios irrefragables acreditan la legitimidad de los suyos: (*c*) la tercera, que el deudor la pida ántes de hacer cesion de bienes y no despues; (*d*) y la quarta, que los cite y convoque á todos en un lugar, que se junten pudiendo, y les pida allí la espera. Y aunque esta congregacion ó junta parece necesaria, porque lo que toca á todos y á cada uno en particular, todos

(*a*) Ley 2 cap. 8 tit. 2 lib. 9 R. (*b*) Ley 36 cap. 16 tit. 5 lib. 9 R. (*c*) Salg. Labyr. part. 2 c. 30 n. 77. (*d*) Ley 5 tit. 15 P. 5.

lo han de tratar y aprobar; (a) se estará no obstante á la costumbre, pues regularmente no se juntan, y ántes bien el deudor suele obtenerla de cada uno con separacion, especialmente quando algunos resisten su concesion, en cuyo caso la presenta al Juez para que compela á los renuentes, y si por derecho pueden ser compelidos, los obliga á ello, como lo he visto practicar. Si alguno no comparece en virtud de la convocatoria, debe pasar por lo que resuelvan los demas, pues basta convocarlos á la junta. (b)

203 Juntos todos los acreedores ó la mayor parte valdrá lo que esta resuelva y perjudicará á los ausentes, aunque el fisco, sino tiene hipoteca, sea uno de ellos: (c) y qual ha de ser esta mayor parte, si en deudas, ó en personas, lo dice la ley 5 tit. 15 P. 5 que trata de ello. "Debdor seyendo un ome de muchos, si ante que desamparasse sus bienes, los juntasse en uno, é les pidiesse que le diessen un plazo señalado á que les pagasse: si todos non se acordassen en uno á otorgárselo, aquel plazo deve aver que otorgare la mayor parte dellos, maguer los otros non gelo quisiessen otorgar. E aquellos decimos que se deve entender que son mayor parte, que han mayor quantía en los debdos. E si fuesse desacuerdo entre los unos queriendo otorgarle el plazo, é los otros diciendo que gelo non otorgarian, mas que pagasse, ó desamparasse los bienes: estonce si fueren eguales en los debdos, é en quantidad de personas, deve valer lo que quieren aquellos quel otorgan el plazo, porque semeja que se mueven á facerlo por piedad que han dél. E si por aventura fuessen eguales en debdos, é deseguales en las personas, aquello que quisiere la parte dó fueren mas personas, esso deve valer." (d) Por lo tanto, si el crédito de un solo acreedor supera á los de todos los demas juntos, se ha de pasar por lo que este quiera, sea la concesion de espera, ó de que haga cesion: conviniéndose en una de las dos cosas la mayor parte en

(a) Surd. consil. 390 nn. 12 y sig. Greg. Lop. dicha ley 5 glos. 1. (b) Ley 19 ff. de Pact. (c) Dicha ley 10. (d) Véase el cap. 21 P. I.

cantidades aunque menor en número de personas, se efectuará su voluntad: siendo iguales en el número de débitos, quiero decir, en su total, y desiguales en el de personas; v. gr. diez personas componen tanto crédito como veinte, prevalecerá y se hará lo que estas, como mas en número, resuelvan; y si en el todo fueren iguales, se ha deferir á la espera como mas equitativa y humana que la cesion sin observar la mas leve diferencia entre los acreedores hipotecarios ni personales verdaderos. (*a*) Lo mismo debe practicarse, quando el deudor viendo que sus acreedores no asienten á la espera, hace la cesion tal vez con ánimo de precisarlos por este medio á su concesion, como lo he visto hacer una vez, y discuerdan, queriendo unos que continue esta, y adhiriéndose otros á aquella. Y es de advertir que aunque muchos acreedores tengan una accion, ó uno muchas contra el deudor, no se reputarán por muchas personas sino por una sola, porque es un débito. (*b*)

204 Como la ley de partida inserta no prefine qué término han de conceder los acreedores á su deudor, para que les pague sus débitos, podrán concederle el que quieran, (*c*) y durante este término corren los réditos de censos y los intereses por daño emergente, mas no por lucro cesante, excepto que se pacte otra cosa entre deudor y acreedores: (*d*) siendo de tener presente que durante la moratoria no está obligado aquel á afianzarles sus créditos, si al tiempo de su concesion no se lo pidieron; (*e*) bien que como es personal, podrá renunciar el beneficio que se le sigue de ella.

205 Para que tenga efecto la espera que conceden los verdaderos acreedores al deudor, y este no sea molestado por los que no accedieron á su concesion, la ha de presentar con los documentos calificativos de los créditos de aquellos, y haciendo mencion individual de todos, y puntual narracion de lo acaecido con los demas, como tambien de que los anuentes son la mayor parte

(*a*) Ley fin. Cod. Qui bonis cedere possunt. (*b*) Ley 9 ff. de pactis. (*c*) Greg. Lop. ley cit. glos. 3. (*d*) Salg. cap. 30 cit. nn. 50, 51 y 52. (*e*) Paz tom. 1 part. 4 cap. 6 n. 5. Greg. Lop. dich. ley 5 glos. fin.

en número de créditos, ha de concluir con la pretension de que se apruebe y confirme, compela á los negantes á que pasen por ella, y no le molesten en juicio ni fuera de él, miéntras dure. Esta pretension se debe comunicar á estos, entre los quales y el deudor se sigue el juicio en via ordinaria lisa y llana por sus trámites regulares, recibiéndose á prueba, si fuere necesario, y de la sentencia que se pronuncie en él, puede apelar el agraviado. Si nada responden, se sigue en rebeldía, segun queda sentado en el cap. del Juicio ordinario, y por no contener especialidad omitiré la extension de las diligencias. Y si el deudor no practica este, aunque la mayor parte de sus acreedores haga la concesion, no perjudica á los otros para impedirles que le molesten, ni tampoco está seguro. (*a*)

206 No aprovecha la moratoria á los herederos del deudor que estando pendiente falleció, si aceptan su herencia con beneficio de inventario, aunque el Juez la haya aprobado, porque como por esta aceptacion es visto no querer obligarse á mas de lo que alcance la herencia, no hay materia sobre que recaiga, y así pueden los acreedores proceder contra la herencia, sin aguardar á que espire el término concedido.

207 Si el deudor, sea porque cree no poder pagar á sus acreedores en el término limitado que le puedan conceder, ó porque no quiere pedirles espera y exponerse á que se la denieguen, ó por libertarse de una vez de ser molestado por lo que les debe, quisiere hacer cesion de bienes; no han de ser oidos sus acreedores, si porque no haga la cesion, quieren todos concederle la espera, y por lo tanto se admitirá aquella. (*b*)

(*a*) Salg. cap. 30. cit. n. 73. (*b*) Greg. Lop. dich. ley 5 glos. 2.

§. IV.

Cómo y á qué deudores pueden los acreedores remitir sus deudas.

208 El quarto y último género de concurso es, quando los acreedores viendo la imposibilidad que tiene su deudor de satisfacerles enteramente sus créditos, se juntan y convienen en remitirle ó perdonarle cada uno parte del suyo; (*a*) y esto se llama vulgarmente *remision* ó *quita de acreedores*, como se ha dicho en el n. 1.

209 El Rey no puede remitir deudas ni parte de ellas, y aun quando por importunidad del deudor lo haga, no vale el rescripto, ni debe creerle el Juez, ante quien le presente, segun lo dice la ley 32 tit. 18 P. 3. "Cá tales y há que le piden cartas en que les otorgue que el debdo que deben á otro, nunca sean tenudos de gelo dar, nin de les responder por ello; é porque tal carta como esta es contra el derecho natural, tenemos por bien, é mandamos que el Juzgador, ante quien paresciere, non consienta que sea creida, nin vala." Así pues, los rescriptos, cédulas y provisiones que son contra derecho, no se deben cumplimentar sino antes bien suspender su execucion, representando acerca de su contenido la verdad del hecho y el motivo de la suspension. (*b*)

210 Pidiendo el deudor á sus acreedores ántes de hacer cesion de bienes que le remitan parte de lo que les debe, pueden concederle la remision, y valdrá lo que la mayor parte resuelva, con tal que hayan sido citados, esten juntos, y no sean sospechosos ó parientes suyos los que componen la mayor parte. (*c*) Si discordaren, se ha de observar lo que se ha sentado en órden á la concesion de espera, y perjudicará su resolucion al que fué convocado y no compareció; y si resolvieren la remision, le

(*a*) Salg. Labyr. part. 1 cap. 1 n. 4. (*b*) Leyes 30 y 34 tit. 18 P. 3, y 1, 2 y tit. 14 lib. 4 R. (*c*) Greg. Lop. ley 6 tit. 15 P. 5 glos. 2. Salg. cap. 30 cit. n. 70.

perjudicará tambien excepto en dos casos: el primero, quando su crédito supera á todos los demas juntos, y el segundo, quando aunque esté presente, tiene hipoteca especial ó general en los bienes del deudor, y los demas acreedores son personales. (a)

211 Lo expuesto en órden al beneficio de la cesion de bienes, espera y remision de acreedores no tiene lugar en los mercaderes, cambiantes, comerciantes, ni factores suyos que alzan sus bienes, libros y personas, y se refugian á la iglesia, ó huyen ó no alzan mas que sus bienes, ó quiebran solamente, y acerca de ellos se halla dispuesto con sabio y maduro acuerdo en las siete leyes del tit. 19 lib. 5 R. lo que se debe practicar, cómo se les ha de tratar, y quánto valdrá ó no la remision y espera en los casos propuestos. De este punto se tocó algo en el n. 6 de este capítulo, y en las citadas leyes y en sus expositores hallará el lector lo que apetezca, segun sea el caso.

§. FINAL.

Del modo de ordenar las diligencias del concurso de acreedores y de la cesion de bienes.

Pedimento del concursante.

212 Francisco de tal vecino de esta villa ante V. como mas haya lugar = digo: que á instancia de Pedro de tal estoy preso ha tanto tiempo en esta Real cárcel, á causa de no haberle satisfecho tantos mil reales que le estoy debiendo; y respecto hallarme con otros varios acreedores que constan de la relacion jurada que presento, á quienes no puedo pagar tampoco lo que les debo por las calamidades y contratiempos que me han sobrevenido: para que sin que se me moleste, sean todos satisfechos de sus créditos segun su privilegio y antelacion hasta en lo que alcancen los bienes y efectos que tengo, y resultan de otra memoria ó relacion jura-

(a) Ley 6 tit. 15 P. 5 y su glos. 6 y 7.

da que igualmente presento; desde luego usando del beneficio que el derecho me concede, hago cesion y dimision en manos de V. de todos los que poseo y me pertenecen actualmente: en cuya atencion = A V. suplico se sirva haber por presentadas las dos memorias ó relaciones juradas de bienes y acreedores, y por hecha la referida dimision de aquellos, y admitiéndomela en forma legal mandar que se haga saber á los expresados acreedores, para que acudan á usar de su derecho y reintegrarse de sus créditos; que se me suelte de la prision en que me hallo, y que se me dé el correspondiente mandamiento de amparo para mi resguardo: á cuyo fin juro no hacer con malicia esta dimision, y que las expresadas relaciones estan hechas sin fraude ni ocultacion; y protesto manifestar mas bienes, si llegaren á mi noticia: todo lo qual es justicia que pido.

Otrosí: atento á que algunos de mis acreedores me estan molestando judicialmente por tales escribanías sobre pago de sus créditos = A V. suplico se sirva mandar se acumulen á estos autos los que se siguen por ellas, y que á este efecto hagan relacion de ellos los Escribanos, ante quienes penden: pido como arriba.

Auto.

213 Hanse por presentados los memoriales que se refieren: admitese quanto ha lugar en derecho la dimision de bienes que hace esta parte, y comuniquese traslado de ella á sus acreedores, notificandoles que dentro de tercero dia presenten en el oficio del presente Escribano los documentos justificativos de sus créditos: fixense edictos en los parages acostumbrados, llamando á los ignorados, y para citar á los ausentes conocidos librense requisitorias á las Justicias de sus domicilios. El Señor Don F. lo mandó, &c. (*Este auto se hace saber á los acreedores presentes.*)

Edicto llamando á los acreedores ausentes.

214 Don F. Alcalde mayor de esta villa de tal, &c.

Por el presente cito á todos los acreedores de F. vecino de ella, para que dentro de tres dias que les prefixo por primer término, comparezcan ante mí y en el oficio del presente Escribano por sí ó por su Procurador con poder bastante á deducir su derecho en el juicio de concurso y dimision de bienes que el referido F. tiene hecho, para satisfacerles sus créditos, pues les oiré y guardaré justicia, con apercibimiento de que pasado el referido término, sin citarle ni emplazarle mas declararé por bien formado el concurso, y los autos concernientes á él se substanciarán por su rebeldia en los estrados de mi audiencia, les parará todo perjuicio como si se hicieran en sus personas, y procederé á lo demas á que haya lugar en derecho. Fecha en tal parte, &c. = Don F. = Por su mandado = F.

215 Este edicto debe quedar original en los autos y de él se sacan las copias necesarias, autorizadas por el Escribano, las quales se fixan á las puertas del oficio de este y de la audiencia, y en los parages públicos, y á continuacion del mismo edicto original se pone fé de su fixacion con expresion del dia y parage en que se fixaron. Los otros dos edictos se extienden del mismo modo, mudando solamente la palabra de segundo ó tercer término.

Fé de fixacion.

216 Yo el infrascripto Escribano doy fé que en este dia fixé tantos edictos como el anterior, uno á las puertas de mi oficio, otro á la de la audiencia del Señor Juez que conoce de estos autos, otro en tal parage y otro en tal, y para que conste, la pongo por diligencia que firmo en esta villa de tal á tantos de tal mes y año. = F. de tal. (*Con arreglo á esta fé de fixacion se extienden las otras dos.*)

Pedimento para que se declare por bien formado el concurso.

217 F. vecino de esta villa y preso en su Real cárcel ante V. como mas haya lugar = digo: que con mo-

tivo de hallarme molestado de varios acreedores, destituido por varias calamidades y desgracias de medios para satisfacer todos sus créditos, y preso á instancia de F. uno de ellos; para redimir sus molestias, y lograr mi libertad me vi precisado á hacer, como hice tal dia en manos de V. cesion y dimision de todos mis bienes, concluyendo con la solicitud de que me la admitiese, se les hiciera saber, á fin de que acudiesen á usar de su derecho para el pago de sus créditos, se me pusiese en libertad, dándome el correspondiente mandamiento de amparo para mi resguardo, y que tales Escribanos, en cuyos oficios estaban pendientes autos á instancia de algunos de mis acreedores, viniesen á hacer relacion de ellos, y se acumulasen á los de este juicio universal: á cuya conseqüencia V. fue servido comunicarles traslado, mandar fixar edictos y librar requisitorias emplazando á los ausentes é ignorados, como todo se practicó, y por no haber expuesto cosa alguna, les acusé dos rebeldías, se volvió á hacerseles saber por segundo y tercer término, y á fixar edictos, y sin embargo no han comparecido hasta ahora, por lo que les acuso de nuevo la rebeldía: en cuya atencion = A V. suplico se sirva haberla por acusada, declarar por formados legítimamente el concurso y cesion de bienes que hice, y consiguientemente deferir á todo lo que solicité en tal dia; pues así es justicia que pido.

Auto.

218 Hase por acusada la rebeldía: traiganse los autos citadas las partes. El Señor Don F. lo mandó, &c. (*Este auto se hace saber á los acreedores presentes, y pasados tres dias sin responder cosa alguna se provee el siguiente.*)

Auto en que se declara por bien formado el concurso.

219 Mediante haberse hecho saber por los términos del derecho á los acreedores de F. la cesion de bienes y concurso que hizo en tal dia, y no haber dicho ni ex-

puesto cosa alguna contra ella, se declara por hecha y por bien formado, y en su conseqüencia sueltesele de la prision en que se halla á instancia de F. uno de ellos, y desele el correspondiente mandamiento de amparo para que ninguno le moleste por las deudas contenidas en el memorial que presentó, y antes bien usen de su derecho en este juicio, como les convenga. Nombrase por defensor de los bienes concursados á F. Procurador de este juzgado, á quien se notifique, le acepte, jure, se obligue y afiance, despues de lo quál traigase para discernirle el cargo, y discernido que sea, comuniquenseles estos autos para que pida lo que convenga. Igualmente notifiquese á él y á los acreedores que dentro de tercero dia elijan por su cuenta y riesgo administrador (*ó depositario, si no hubiese raices ni otros efectos redituables*) de los bienes concursados con apercibimiento de que pasado se nombrará de oficio. Requierase á F. y F. Escribanos de este juzgado, ante quienes penden autos contra el concursante, vengan á hacer relacion de ellos, y al mismo tiempo hagala de estos el presente, para proveer en vista de unos y otros lo conveniente. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Mandamiento de amparo para el concursante.

220 Don F. &c. hago saber á los alguaciles de esta villa, Jueces de comision, (*si los hubiere*) y otros ministros de Justicia que ante mí y en el oficio del presente Escribano de su número está pendiente el concurso y juicio universal de acreedores, formado á los bienes de F. el qual tuvo principio en tal dia por pedimento que dió, expresando que por los infortunios y contratiempos que habia experimentado, se veia imposibilitado de satisfacer las muchas deudas que tenia contraidas, por las que le estaban molestando sus acreedores, y se hallaba preso; y para obtener su libertad y evitar las vexaciones que padecia, hizo cesion de sus bienes presentando dos memoriales, uno con la expresion de sus acreedores y cantidades que les estaba debiendo, y otro con la de los bienes que poseia, y concluyó con la

pretension de que se le admitiese la dimision, pusiera en libertad, y diese el correspondiente mandamiento de amparo para su resguardo: á cuya conseqüencia habiendosela admitido y comunicado traslado á sus acreedores, por no haber expuesto cosa alguna sin embargo de haberseles hecho saber por tres términos y acusadoles las rebeldias competentes, deferí á su solicitud en tal dia, declarando por bien formado el concurso, como resulta del auto que proveí, cuyo tenor, y el del pedimento y memoriales presentados por él es el siguiente. (*Aquí se han de insertar los memoriales, pedimento primero y auto último por su órden, y despues proseguirá diciendo:*) Y en atencion á lo proveido en el auto inserto expido el presente, por el que mando á los referidos alguaciles y otros ministros no prendan ni molesten al mencionado F. á pedimento de sus acreedores por las deudas contenidas en el memorial incluso, y que si alguno tuviese que pedir por ella contra él, lo haga ante mí y en el oficio del presente Escribano, lo qual han de cumplir unos y otros pena de prision, y de tantos mil maravedis para la Cámara de S. M. baxo de la que mando igualmente á qualquiera Escribano que siendo requerido con este mandamiento, le notifique sin sacarle de poder del dicho F. Fecho en tal villa á tantos, &c. = Don F. = Por su mandado = Fulano.

Pedimento para que se nombre administrador de los bienes del concurso.

221 F. Procurador del Número de esta villa y defensor de los bienes del concurso formado por F. = digo: que en tal dia le declaró V. por bien hecho mandando que sus acreedores nombrasen dentro de tercero dia administrador, lo que hasta ahora no se ha hecho; y mediante á que entre los bienes dimitidos hay algunos raices, y varios censos y créditos para cuya administracion y cobranza es preciso nombrar persona de satisfaccion y abono, y que de permanecer en dicho estado se puede causar perjuicio á los acreedores, propongo desde luego por administrador de los referidos

bienes á F. mano, persona lega, llana y abonada: en cuya atencion = A V. suplico, se sirva haberle por nombrado y mandar que haciendo y dando la obligacion y fianza correspondientes se expida el título de tal administrador en forma, y se depositen en él todos los bienes muebles y papeles: pido justicia.

Auto.

222 Traslado á los acreedores del concurso formado por F. El Señor Don F. lo mandó, &c.

223 Este auto se notifica á los acreedores, y si no responden dentro de tercero dia, insiste el defensor en que se apruebe el nombramiento de administrador, acusandoles la rebeldia; el Juez la ha por acusada, y manda llevar los autos para proveer, y pasados tres dias, ó conformandose con el administrador propuesto, se provee el siguiente

Auto nombrando administrador de los bienes del concurso.

224 En atencion á lo que ha pretendido F. defensor del concurso formado por F. y á no haber expuesto cosa alguna sus acreedores sin embargo de haberseles notificado, (*si ellos se conformaren, se omitirá esta expresion, y se dirá: mediante el consentimiento dado por los acreedores*) se ha por hecho, y aprueba por cuenta y riesgo de los mismos acreedores el nombramiento de administrador de los bienes del mismo concurso en F. á quien se notifique que para la seguridad de su administracion afiance hasta en tanta cantidad; y practicado, se le confiere facultad para que administre, cuide y beneficie los bienes raices, y los arriende, perciba sus frutos y rentas, y los réditos de los censos, créditos y efectos concursados, dando á favor de los pagadores los recibos, cartas de pago y demas resguardos necesarios, á cuya consequencia entreguenle por inventario los bienes muebles y papeles pertenecientes al concurso, de los quales constituya depósito en forma á disposicion

de este juzgado; y para que se le tenga por tal administrador y no le pongan el menor óbice ni reparo de inquilinos, colonos, ni demas deudores, expidasele el competente título. El Señor Don F. lo mandó, &c.

225 En virtud de este auto debe dar la fianza el administrador, como tambien de haberse otorgado poner nota el Escribano en los autos del concurso, ó copia de ella; y lo mismo se ha de practicar en el caso de que por ser persona de notorio abono se le mande otorgar obligacion con hipoteca especial de bienes propios ademas de la general; y formalizada una ú otra se les despacha en su virtud el título de administrador en la forma siguiente.

Título de Administrador.

226 Don F. &c. Hago saber á todos los Señores Jueces así de esta villa de tal como de las demas ciudades, villas y lugares de estos reynos y señoríos, y á otras personas de qualquier estado, calidad y condicion, que ante mí y en el oficio del presente Escribano de su Número está pendiente el concurso de acreedores formado á los bienes de F. y que á proposicion de F. defensor de ellos (*ó de F. acreedor*) nombré por su administrador á F. mandando se le despache el título de tal precediendo fianza hasta de tanta cantidad, la que dió con efecto; y á fin de que pueda evacuar este encargo, expido á su favor el presente, por el qual le confiero todas las facultades que se requieren por derecho: para que administre, cuide, beneficie y gobierne todos los bienes del expresado concurso, arriende los raices á las personas que tenga á bien, por los tiempos y precios que convengan, y acabados unos arrendamientos haga otros de nuevo, despojando con causa legal á los inquilinos y colonos, ó conservandolos y prorogandoles sus arrendamientos, y otorgando sobre ello las escrituras competentes: para que tome cuentas á los que hayan sido administradores de dichos bienes, y á las demas personas que deban darlas, nombrando contadores, haciendo que los contrarios nombren por su parte, ó se conformen con los que propon-

ga, pidiendo que se elija tercero en discordia, ó de oficio en rebeldía, aprobandolas si estan arregladas y corrientes, ó exponiendo en su defecto los agravios que contengan, y liquidandolos hasta que queden sin el mas leve: para que perciba y cobre todos los frutos y rentas que estan vencidas y produzcan en lo sucesivo los bienes concursados, y los réditos de censos, juros y otros efectos, como tambien lo que se esté debiendo y debiere por vales, cuentas, escrituras, cesiones, lastos, fianzas, letras de cambio; ventas de frutos y otros bienes, atrasos, consignaciones, y por otra qualquiera causa, motivo ó razon, aunque aquí no se exprese, formalizando de lo que percibiese á favor de los pagadores los recibos, cartas de pago, finiquitos, y demas resguardos competentes con fé de entrega ó renuncia de sus leyes, y con las demas fianzas congruentes, y lastos á favor asimismo de los que pagaren por otros, sea como sus fiadores, ó mancomunados: para que venda en los tiempos oportunos y mas útiles al concurso los mencionados frutos, y haga en los edificios y casas los reparos menores que necesiten y no excedan de cien reales, recogiendo de los maestros ú oficiales que los hicieren, los recibos de su importe, y para que si sobre la cobranza fuere necesario comparecer en juicio, pueda practicarlo y hacer quantos pedimentos; execuciones, apremios, actos, autos y diligencias judiciales y extrajudiciales se requieran hasta conseguirla, pues para todo lo referido confiero amplio poder, con libre, franca y general administracion, y facultad de substituirle por su cuenta y riesgo en quanto á lo judicial solamente, y de revocar unos substitutos y elegir otros. Ademas, todo lo que produzcan los expresados bienes, háyalo y cóbrelo sin embargo de los que estuvieren hechos, y se hicieren en ellos á instancia de los acreedores; pues como único Juez legítimo para conocer de sus pretensiones contra el concursante, los doy por de ningun valor ni efecto, como si jamas se hubieran hecho; y mando que entre todo en poder de dicho administrador, y que solo pague á quien y lo que por mí ú otro Señor Juez del concurso se libre y mande satisfa-

cer, lo qual se le abonará en sus cuentas, y no de otra forma; y para darlas con pago siempre que se le pidan, tendrá el libro correspondiente con cargo y data, dia, mes y año, y procederá en todo como buen administrador judicial pena de los daños que por su culpa, morosidad ó negligencia se causen á los bienes y acreedores del concurso. Igualmente mando á todos los inquilinos, colonos y deudores de él, tengan al citado F. por administrador legítimo de los expresados bienes, y le entreguen todas las cantidades que estan debiendo y debieren en adelante, aun quando se les hubiese requerido que las retengan en su poder á ley de depósito, pues les doy por libres del que hayan otorgado, como si no le hubieran hecho, y para que les conste, les hará con este título los requerimientos competentes qualquiera Escribano de S. M. poniéndoles á su continuacion y dándoles para su resguardo los testimonios conducentes. Por tanto, de parte de S. M. en cuyo Real nombre administro justicia, exhorto y requiero, y de la mia pido y encargo á todos y á qualesquiera Señores Jueces ante quienes se presentare este título, le manden cumplir y executar en todo y por todo, y para que no se retarde su cumplimiento, den las providencias mas oportunas y eficaces; pues en hacerlo así administrarán justicia, y yo corresponderé en observancia de ella, siempre que los suyos vea. Fecho en, &c. = Don F. = Por su mandado = F.

227 Con este título se requiere á los deudores, y se devuelve con los requerimientos al administrador, quien habiendo arrendadores fuera de la jurisdiccion, debe pedir se expida requisitoria para requerirles. Omito extender la defensoría, por ser lo mismo que la curaduría de pleyto que extendí en el lib. 2 de esta I. P. cap. 10, y solo se mudan las voces. Igualmente omito extender los pedimentos y autos de acusacion de rebeldía y el de acumulacion, por ser muy fáciles y enseñarlos la misma práctica; como tambien las diligencias de substanciacion de este juicio, respecto tener extendidas las principales en el §. fin. del cap. 1 de este libro, y explicado el modo y órden de substanciarle en los nn. 27, 28 y 29 de este.

Sentencia de graduacion.

228 En tal parte á tantos de tal mes y año el Señor D. F. Alcalde Mayor de ella habiendo visto los autos del concurso y cesion de bienes que ha hecho F. vecino de ella, seguidos y substanciados entre F. &c. sus acreedores que han comparecido en este juicio por medio de sus Procuradores, y el defensor de los bienes del concurso y los estrados de la audiencia de dicho Señor Juez, donde se han notificado los autos por rebeldía de los demas acreedores que no han comparecido ni dado su poder = dixo: que debia mandar y mandó se vendan en pública subasta los bienes cedidos por el expresado F. concursante y demas pertenecientes á él, y que de su valor se haga pago á los referidos acreedores dando cada uno fianza de acreedor de mejor derecho, en la forma y por el órden siguiente. En primer lugar y grado sea pagada Fulana muger del citado concursante, de tantos mil reales, importe de la dote que llevó al matrimonio que contraxo con el mencionado F. segun consta de la escritura que presentó en este juicio. En segundo lugar satisfágase á Antonio tantos mil reales, tantos por el capital de un censo redimible que impuso el concursante sobre tal finca en tal dia, mes y año ante F. Escribano; y tantos por los réditos vencidos desde tal dia hasta el presente. En tercer lugar dese á F. tanta cantidad que resulta haberle prestado, segun escritura que formalizó á su favor en tal dia ante tal Escribano. Y en quarto y último lugar páguese del sobrante que quedare á F. y F. acreedores chirografarios del concursante, y no alcanzando para cubrirles los créditos, mediante ser todos de igual naturaleza sin privilegio alguno, proratéese entre ellos. A los que no han comparecido en este juicio, se reserva su derecho para que justificando sus créditos sean graduados en el lugar que les corresponda. Por esta sentencia juzgando difinitivamente así lo pronunció y lo firma, de que doy fé. = F. = Ante mí = Fulano.

229 Esta sentencia es apelable, y para poderse exe-

cutar, ó se ha de executoriar por tribunal superior, ó declarar por pasada en autoridad de cosa juzgada, y no apelando ninguno ó consintiéndola todos puede pretender el defensor se declare por tal. Si los bienes cedidos estan vendidos, se omitirá en la sentencia la expresion de que se vendan. La fianza de acreedor de mejor derecho se halla extendida en la I. P. cap. 91 n. 46.

Libramiento.

230 Don F. Alcalde Mayor de esta villa de tal, &c. F. Administrador judicial de los bienes concursados á F. dará y pagará de lo que produxeren, ó hubiesen producido, á F. uno de sus acreedores, mediante tener dada la fianza de acreedor de mejor derecho prevenida en la sentencia de graduacion, tantos reales que se le estan debiendo por tal razon, los quales en virtud de este libramiento, y con recibo á su continuacion, ó carta de pago separada se le abonarán en la cuenta que debe presentar de su administracion, quando se le pida y mande. Fecho en tal parte á tantos, &c. = F. = Por su mandado = F.

231 Todos los pedimentos y autos interlocutorios que se den y profieran en el juicio de concurso ú ocurrencia de acreedores, deben escribirse con las diligencias que en su virtud se hagan en papel del sello quarto mayor: la sentencia de graduacion en el del sello segundo, en el que se han de extender tambien las probanzas, poniendo uno al principio y otro al fin, y en el intermedio comun, y los libramientos en el del sello que los mandamientos de execucion, respecto no hablar de ellos la ley.

ÍNDICE GENERAL ALFABÉTICO
de las especies mas notables que contienen la primera y segunda parte del Febrero Reformado.

A

A ante B.

Abogados: qué tiempo tienen para pedir sus honorarios; part. 1 cap. 18 núm. 23.

Abogados: por qué deudas pueden ser presos; lug. cit. núm. 43.

Abogado: en qué penas incurre, si pacta tener parte en el pleyto, ó comete prevaricato; part. 1 capít. 23 núm. 21.

Abogado: no puede serlo el padre, hijo, yerno, hermano, ni cuñado del Escribano en la causa que pende ante este; part. 1 cap. 31 núm. 34.

Abogados: no deben usar en los escritos palabras superfluas ni citas de leyes y autores; part. 2 cap. 1 núm. 80 y nota 1.

Abogados, no deben hacer preguntas ni prueba sobre lo confesado clara y expresamente; lug. cit. num. 253.

Abogados: incurren en pena, si ponen en unas instancias artículos puestos en las anteriores ú otros directamente contrarios; lug. cit. número 292.

Abuelos, pueden mejorar en el tercio y quinto de sus bienes á sus nietos, viviendo sus hijos padres de estos, y aun no teniendo mas que un hijo, y de él un nieto ó mas; part. lib. y cap. 2 número. 5.

Abuelos maternos: si podrán privar á los padres disipadores de la administracion y usufructo de los bienes de la mejora que hacen á sus nietos;

part. 1 cap. 1 núm. 111.
Abuelos maternos: si podrán ser excluidos de la herencia del pupilo en virtud de la substitucion pupilar; part. 1 cap. 1 núm. 90.
Abuelos paternos: á qué nietos pueden dar tutor y quando; part. 2 lib. y cap. 1 núm. 52 y su nota.
Abuelo: está obligado á dotar á su nieta natural; part. 2 lib. 1 cap. 4 número. 88.
Abuelos: pueden dexar todos sus bienes á los nietos naturales aun teniendo ascendientes; part. y lib. 2 cap. 1 núm. 39.
Abuelo paterno: quando tiene obligacion de dotar á sus nietas, y podrá mejorarlas por razon de dote; lug. cit. cap. 2 núm. 76 y su nota.
Abuelos y demas ascendientes suceden á falta de descendientes legítimos; part. y lib. 2 cap. 7 núm. 17.

A ante C.

Acciones: quales y quando le competen al comprador contra el vendedor que oculta los vicios ó defectos de lo vendido; y en qué mas contratos pueden intentarse; part. 1 cap. 9 núm. 50 y 51.
Accion por lesion enormísima, por qué tiempo prescribe, y quando tiene lugar; lug. cit. núm. 36 nota.
Accion á repetir la dote y bienes parafernales, quando prescribe; part. 1 cap. 13 núm. 34.
Acciones pignoraticias, quantas nacen de la obligacion con prenda, para qué son y á quien competen; part. 1 cap. 18 núm. 12.
Accion hipotecaria, quando competirá contra tercero poseedor y qué debe hacer el que la intente; lug. cit. núm. 13.
Accion, qué es: divídese en executiva, ordinaria y criminal, como tambien en real, personal y mixta; lug. cit. núm. 14 y 15.
Accion: se reprueba por inútil su division en directa, útil, stricti juris, &c.; lug. cit. núm. 15 nota.
Accion para pedir en jui-

cio, por quanto tiempo prescribe, sobre lo qual se inserta la ley 63 de Toro; lug. cit. núm. 16, &c. y 19.

Accion de ocultacion, en quanto á la pena quando se transfiere contra los herederos del encubridor; part. 2 lib. y cap. 1 núm. 143.

Accion para pedir la division de la herencia es mixta de real y personal; part. y lib. cit. cap. 2 núm. 10.

Accion de pedir la particion contra el coheredero que posee la herencia, por quanto tiempo prescribe; lug. cit. núm. 11.

Accion de eviccion, en qué casos competirá ó no al legatario contra los herederos; part. y lib. 2 cap. 9 núm. 22 y 23.

Acciones: se expresan varios casos en que pueden ó no acumularse muchas; part. 2 y lib. 3 cap. 1 número. 55, &c. y 58.

Accion civil y criminal: quando se entienden incoadas expresa y tácitamente; lug. cit. núm. 63, 64 y 65.

Accion: qual se debe seguir primero, si despues que el actor ha deducido su accion civil, intenta el reo principalmente la criminal contra él, y esta ó aquella es perjudicial; ó si ámbas han de seguirse á un tiempo; y si siendo criminales las dos acciones del actor y reo, y la segunda mayor que la primera, se ha de resolver ántes que esta; lug. cit. núm. 66, &c. y 74.

Accion: compitiendo á alguno contra bienes de difunto, qué debe hacer, y qué quando la tenga contra la muger para reconvenirla por su mitad de gananciales; lug. cit. número. 141, 142 y 143.

Accion, compitiendo contra cautivo ó ausente en payses remotos, ó solicitándose su herencia, como se ha de proceder; lug. cit. nn. 144, 145 y 146.

Accion executiva, por qué actos se perpetúa; part. 2 lib. 3 cap. 2 núm. 224.

Acciones: quales competen al menor, si es leso en la enagenacion, y qué debe jurar en ella; part. 2 lib. y cap. 3 núm. 61.

Accion hipotecaria para re-

cuperar la hipoteca del tercero poseedor en virtud del pacto de no enagenar, por quanto tiempo prescribe; lug. cit. número. 85.

Aceptacion de compromiso por los árbitros, como y donde debe extenderse; part. 1 cap. 22 nn. 30 y 31.

Aceptar la herencia quien puede ó no; part. 1 cap. 3 núm. 1.

Aceptacion de herencia extendida; lug. cit. núm. 9.

Acreedores, no pueden prender ni reconvenir á los herederos dentro del novenario; lug. cit. número. 5.

Acreedor, no puede tomar de su propia autoridad los bienes del deudor, y si lo hace, en qué penas incurre; part. 1 cap. 18 núm. 12.

Acreedor, quando podrá hacer uso de la prenda, y tendrá que indemnizar al dueño de su pérdida ó menoscabo; lug. cit. número. 1 nota.

Acreedor, qué término tiene para pedir executiva y ordinariamente contra su deudor; lug. cit. núm. 16, &c. y 19.

Acreedor: si necesita hacer excusion en los bienes hipotecados especialmente; lug. cit. núm. 33.

Acreedor, puede pedir execucion contra el tercero poseedor de la finca hipotecada, si la escritura contiene el pacto de no enagenar; lug. cit. número. 34.

Acreedor á quien se entregaron primero los bienes de su deudor, qué deberá hacer para no perder su deuda, ni el derecho que tenga á los demas de aquel y de su fiador, si se presenta otro de mejor derecho á los bienes que tiene recibidos; lug. cit. núm. 36.

Acreedor, qué debe ceder y entregar al fiador de quien cobró su crédito; part. 1 cap. 19 núm. 10.

Acreedor, quando puede pedir ó no á su deudor nuevo fiador; lug. cit. núm. 13 nota 2.

Acreedor mancomunado, cobrando toda la deuda, si tiene que comunicarla con los demas; lug. cit. núm. 33 nota.

Acreedor, en qué casos no puede pedir la deuda al

fiador de indemnidad ántes que al deudor principal y verdaderos fiadores; lug. cit. núm. 38.

Acreedor, cobrada la deuda debe dar al deudor la escritura de ella y otra pública de la paga; y otras cosas; part. 1 capit. 20 núm. 1 y nota.

Acreedores, quando pueden reconvenir al heredero; part. 2 lib. 1 cap. 1 núm. 36.

Acreedor, quando se entiende remitir la deuda á su deudor; part. 2 lib. 3 cap. 1 núm. 300.

Acreedor, como deberá proceder contra los herederos del deudor siendo muchos; part. 2 y lib. 3 cap. 2 núm. 64.

Acreedor, si habiendo intentado la via ordinaria, podrá dexarla y pasar á la executiva, ó por el contrario; y si la litispendencia ante un Juez le impedirá executar al deudor ante otro; lug. cit. núm. 108, &c. y 111, y nota.

Acreedor que tiene accion contra varios deudores, fiadores ó mancomunados, puede pendiente el pleyto con uno de ellos dexarle y executar á los otros; lug. cit. núm. 112.

Acreedor que calla en los diez años despues de contraida la deuda, quanto tiempo tiene para pedirla; lug. cit. núm. 225.

Acreedor, para que sea compelido á tomar en pago de su crédito bienes del deudor, qué circunstancias se requieren; lug. cit. núm. 299.

Acreedor, si podrá comprar por sí ó por interpósita persona los bienes que se subastan á su instancia, y pretender se le den en pago por la tasa, en caso de no haber comprador; lug. cit. núm. 303, 304 y 305.

Acreedor hipotecario, estando executando á su deudor, y saliendo otro hipotecario ó personal privilegiado oponiéndose á la execucion y pretendiendo ser preferido; si se suspenderá ó no la venta de bienes hasta que se declare la preferencia; lug cit. núm. 320 y 321.

Acreedor anterior en la obligacion y posterior en el plazo, si será preferido

ó no al anterior en el plazo que executa al deudor; lug. cit. núm. 322.

Acreedor, pidiendo execucion por mas de lo que se le debe, en qué pena incurre; lug. cit. número 335.

Acreedor, pidiendo posesion prendaria ó entrega de los bienes del deudor para hacerse pago con sus frutos ó emolumentos, qué se ha de hacer, y diligencias consiguientes; lug. cit. núm. 402, 403 y 404.

Acreedores: siendo la iglesia, el fisco, el Clérigo ú otro exênto, si deberán seguir el fuero del deudor ó acudir cada uno ante su Juez privativo para cobrar sus créditos; part. 2 lib. y cap. 3 núm. 17 y 18.

Acreedores del concurso: si bastará que justifiquen sus créditos con la confesion del concursante; lug. cit. núm. 31 y 32.

Acreedores, quando pueden revocar el pago que el deudor hizo á otro; lug. cit. núm. 34.

Acreedores hipotecarios, chîrografarios y personales privilegiados quales son: de los hipotecarios unos tienen hipoteca expresa y otros tácita; lug cit. núm. 39 y 40.

Acreedores hipotecarios, cocomo deben ser graduados, sean ó no iguales en tiempo y privilegio; lug. cit. núm. 86, &c. y 90.

Acreedor que suplió dinero para el entierro, alimentos y gastos de la última enfermedad de su deudor, ó satisfizo los derechos de su testamento, &c. á qué acreedores será preferido; lug. cit. núm. 92.

Acreedores chîrografarios del marido anteriores ó posteriores á la confesion que este hizo constante el matrimonio de haber recibido la dote sin haber precedido promesa dotal; quando serán ó no preferidos á la muger, y quando los acreedores hipotecarios en el mismo caso; lug. cit. núm. 132 y 133.

Acreedores del marido, no pueden impugnar la confesion que este hizo de haber recibido la dote hallándose en su herencia algunos bienes dotales; lug. cit. núm. 135.

Acreedores del marido, si

les perjudicará la confesion expresada que este hizo constante el matrimonio en contrato con ánimo de donar á su muger lo mencionado en este, ó á favor del padre ó pariente de su muger, ó extraño; lug. cit. números 136 y 137.

Acreedor que entregó sus bienes al deudor en comodato ó de otro modo sin transferirle su dominio, es preferido en ellos y en su precio á todos los demas; lug. cit. número. 155.

Acreedor que vendió al deudor alguna cosa que no le satisfizo, será preferido en ella á todos los demas; y qué cláusula debe ponerse para que no se le traspase su dominio; lug. cit. núm. 56 y 57.

Acreedor que prestó dinero sin interes al deudor para comprar alguna finca ú oficio, con pacto de que habia de quedar hipotecado á su responsabilidad, será preferido en él á los demas hipotecarios anteriores; lug. cit. número. 159.

Acreedor de finca enfitéutica ó dada á censo reservativo y redimible, á quales se preferirá en ella por su principal y réditos; lug. cit. núm. 162.

Acreedor, si prendiendo al deudor que huia con sus bienes, será preferido á los demas; lug. cit. núm. 164.

Acreedores: á quales se preferirá quien dió fiadas al deudor algunas mercaderías, si este las recibió con ánimo de huir y quebrar; y como ha de acreditarse; lug. cit. núm. 165.

Acreedores por varios depósitos de dinero hechos en el deudor, como han de ser graduados; lug. cit. núm. 166.

Acreedores por el depósito regular, qué privilegio tienen contra la cosa depositada que exîste, y contra los bienes del depositario no exîstiendo; lug. cit. núm. 167.

Acreedor por depósito irregular, qué privilegio le compete contra los bienes del depositario, sea el fisco ú otro, y á quienes será preferido, haya recibido ó no intereses del depositario; lug. cit. núm. 168 y 169.

Acreedor que hizo gastos en beneficio de los bienes del deudor comun, debe ser preferido á todos por su importe; lug. cit. número. 170.

Acreedor que dió alimentos al deudor y á sus criados, es preferido á los hipotecarios, aunque sean anteriores; lug. cit. núm. 172.

Acreedor por alimentos que se le dexaron en testamento, ó consignaron en los bienes del deudor, qué prelacion tiene; lug. cit. núm. 173.

Acreedores por causa onerosa, si serán preferidos á los de causa lucrativa; lug. cit. núm. 174.

Acreedores por cesion de los réditos de dos años, ó por una propia accion cedida en diversos tiempos, ó por un mismo débito, como han de ser graduados; lug. cit. número. 175.

Acreedor hipotecario posterior por cosa ó cantidad entregada es preferido al anterior por deuda confesada; lug. cit. núm. 176.

Acreedor hipotecario posterior cuya deuda consta en instrumento público, si será preferido á los acreedores anteriores hipotecarios de instrumento privado reconocido por el deudor y por dos ó tres testigos presenciales que le firmaron; lug. cit. núm. 178, 179 y 180.

Acreedor posterior que prestó y entregó dinero al deudor, es preferido al anterior en fecha que se le entregó despues de aquel; lug. cit. núm. 181.

Acreedor del comprador de una cosa, quando será preferido en ella á otros acreedores anteriores de este; lug. cit. número. 182.

Acreedores: contratando algunos con el deudor comun sobre finca feudal, ó dándole dinero sobre bienes vinculados que poseia sin la competente facultad, y otros acreedores despues con esta, quales serán preferidos; lug. cit. núm. 183.

Acreedor hipotecario: si despues de haber hipotecado á su favor el apoderado sin poder bastante la finca de su principal, la hipoteca este á otro, y luego ratifica la obligacion constituida por su

apoderado, quál de las dos ha de preferirse; lug. cit. núm. 184.

Acreedores: si tendrán ó no preferencia en la cosa hipotecada mudando esta su estado ó forma, ó destruyéndose ó deshaciéndose; lug. cit. nn. 187 y 188.

Acreedor posterior ménos privilegiado, y al mismo tiempo deudor por otra causa de su deudor, si podrá compensar su deuda con lo que debe á este en perjuicio de los de privilegio anterior; lug. cit. núm. 190.

Acreedores mere personales y los personales privilegiados, concurriendo entre sí, como han de ser graduados; lug. cit. número. 191 y 192.

Acreedores personales por varias negociaciones que tiene el deudor, cómo han de ser pagados; lug. cit. núm. 193.

Acreedor que prestó dinero al deudor para pagar á otro acreedor, para ser subrogado en lugar de éste, qué requisitos son necesarios; lug. cit. número. 194.

Acreedores: quáles tendrán ó no prelacion por el precio en la cosa vendida é hipotecada y vuelta á vender; ó en la que se comprare con él, ó en la comprada con dinero ageno; lug. cit. núm. 189.

Acreedores: discordando acerca de la concesion de espera, qué se debe observar; y si muchos tienen una sola accion, ó uno muchas, por quántas personas se reputan; lug. cit. núm. 203.

Acreedores: qué término pueden conceder de espera al deudor: si correrán durante él los réditos é intereses, y si está obligado el deudor á afianzarles sus créditos; lug. cit. número. 204.

Acreedores: queriendo conceder espera al deudor y este hacer cesion de bienes, quál de las dos se admitirá; lug. cit. n. 207.

Acreedores: si pueden conceder remision á su deudor, y qué se ha de observar en caso de discordia, haya ó no algun hipotecario; lug. cit. número. 210.

Actor, puede poner la de-

manda por sí ó por procurador teniendo presentes seis requisitos: quales son estos; part. 2 y lib. 3 cap. 1 nn. 24, &c. y 27, 41, &c. y 48.

Actor, para demandar á otro debe saber á quién ha de demandar, qué es lo que pretende, cómo lo ha de especificar, y á qué Juez ha de acudir; lug. cit. nn. 25, 26 y 27.

Actor, no ha de excederse de lo que debe pedir, lo qual puede suceder de quatro maneras: debe tambien mirar por qué derecho ó razon pretende lo que demanda; lug. cit. nn. 41, &c. y 46.

Actor, cómo ha de formar la demanda; lug. cit. números 47 y 48, y notas 1 y 2.

Actor, qué debe practicar para que el deudor sea compelido á arraygar el juicio siendo fallido y presumiéndose su fuga; lug. cit. núm. 49.

Actor, si puede acumular en una demanda muchas acciones civiles ó criminales contra uno ó mas sugetos, y pretender á un tiempo la propiedad y posesion; lug. cit. nn. 52, 53 y 54.

Actor, si podrá demandar civilmente á muchos por una misma cosa é intentar muchas acciones criminales contra uno por distintos delitos ó por uno; lug. cit. núm. 59.

Actor, si compitiéndole contra el reo accion civil y criminal por un hecho ó delito podrá intentarlas ámbas principalmente en una demanda; lug. cit. nn. 60, 61 y 62.

Actor, puede seguir su derecho contra el reo contumaz por via de asentamiento: qué es esta; lug. cit. núm. 138.

Actor, quándo debe legitimar su persona al principio del pleyto, ó le basta hacerlo en el término de prueba; lug. cit. número. 160 y 161.

Actor, Clérigo ó lego, en qué casos puede excusarse á responder á la reconvencion; lug. cit. números 194, 195 y 196, y nota.

Actor, si podrá apartarse de la demanda despues de la reconvencion sin

permiso del reo ; lug. cit. núm. 201.

Actor no puede ser reconvenido ante el arbitrador, pero sí ante el árbitro de derecho ; lugar cit. número. 204.

Actor que intenta el juicio petitorio, puede cesar en él y volver al posesorio ántes de la conclusion, lug. cit. núm. 232.

Acumulacion de autos, en qué parte del juicio se debe pretender ; part. 2 y lib. 3 cap. 1 núm. 164.

Acumulacion de autos á quienes interesa, por quantas causas ha de hacerse, y en qué casos no se debe hacer ; lug. cit. nn. 165, 167, &c. y 170.

Acumulacion, habiendo autos pendientes ante Escribanos de un mismo fuero ó diverso, ó ante dos Jueces, uno mas condecorado que otro, ante qual se ha de pretender; y teniendo lugar, qué debe hacer el Escribano, quiténsele ó no los autos; lug. cit. nn. 171, 172 y 173.

Adjudicaciones, cómo se han de hacer, y qué declaraciones deben hacerse concluida que sea ; part. y lib. 2 cap. 10 nn. 20, 21 y 22.

Administradores ó sirvientes de oficios públicos no pueden ser removidos sino por ciertas causas, por qué razon, y qué remedios les competen, si se pretende removerlos; part. 1 cap. 25 núm. 1 y nota.

Administradores de bienes de hospitales, iglesias, &c. cómo deben hacer inventario de ellos ; part. 2 lib. y cap. 1 núm. 83.

Administrador de los bienes concursados : qué diligencias se deben practicar para su nombramiento, quáles son sus facultades, y nombrado, qué deben practicar los acreedores ; part. 2 lib. y cap. 3 nn. 24, &c. y 27.

Adopcion qué es, cómo se hace, y qué fuerza tiene; y qué heredará el adoptado del adoptante ; part. 1 cap. 26, nn. 1 y 6.

Adoptado y emancipado por

su ascendiente vuelve al poder del padre natural; lug. y n. 6 cit. nota.
Adopcion, cómo se pide: se extienden el auto y diligencias concernientes á ella; lug. cit. nn. 31, &c. y 34; y qué se ha de hacer teniendo padre el adoptado; n. 36.
Adulterio, cómo se ha de perdonar y acusar; part. 1 cap. 28 núm. 6.

A ante G.

Agentes, qué tiempo tienen para pedir sus derechos ú honorarios; part. 1 cap. 18 núm. 23.
Agregacion de bienes á mayorazgos, por qué reglas debe juzgarse, quántas especies hay de ella, y de quántos modos puede hacerse; part. 1 cap. 7 número. 57 y 58.
Agregacion, debe hacerse baxo las reglas y condiciones de la fundacion; lug. cit. núm. 59.
Agregacion de bienes á mayorazgo, por qué medios se puede probar, y qué efectos causa; lug. cit. nn. 61 y 62.

A ante L.

Alcabala, si se debe de la venta hecha en pública subasta y de la adjudicacion hecha en pago; part. 2 lib. 3 cap. 2 número. 300.
Alcabala, qué es, quién debe pagarla, á quien, de qué y adonde: quienes no la deban, y ante que Escribano se ha de otorgar la escritura que la causa; part. 1 cap. 9 número. 61, &c. y 65.
Alcabala, en qué término prescribe para los arrendadores la accion de pedirla; lug. cit. núm. 66.
Alcabala, si se debe por la recision de la venta en virtud del pacto de adicion ó señalamiento del dia, y del comisorio; lug. cit. núm. 28.
Alcaldes de Corte y Oidores de las Chancillerías no pueden conocer en primera instancia dentro de las cinco leguas de su distrito sino por casos de corte; part. 2 y lib. 3 cap. 1 núm. 36.
Alcaldes de Corte que tienen provincia, con quién deben acompañarse siendo

recusados ; lug. cit. número. 293.

Alegaciones ó informaciones en derecho, quándo se pueden comunicar á las partes ; part. 2 y lib. 3 cap. 1 núm. 383.

Alhaja agena, si podrá ó no ser empeñada sin órden de su dueño ; part. 1 capit. 18 núm. 7.

Alhajas empeñadas : el que las tiene, cómo podrá venderlas sin órden de su dueño, y quando queda en este caso obligado á la eviccion ; lug. cit. n. 10.

Alimentos correspondientes debe dexar el fundador de mayorazgo á sus hijos ó nietos, habiendo vinculado todos los bienes en perjuicio de su legítima; part. 1 cap. 7 núm. 20.

Alimentos que suministra la muger casada á sus padres, ó el marido á los suyos, ó á algun hijo del matrimonio anterior, de donde se deben deducir; part. 2 lib. 1 cap. 3 nn. 53 y 54.

Alimentos anuales, de dónde deben deducirse, quando el padre condenado por sentencia á darlos á un hijo natural dexa hijos legítimos y lega el quinto á uno de estos, ó á extraño, ó por su alma; part. 2 lib. 2 cap. 1 número. 27.

Alimentos legados al mayor ó menor de edad hasta quando han de darse, y qué cosas se entienden por alimentos ; part. 2 lib. 2 cap. 6 núm. 44.

Alimentos de sus propios bienes, quiénes habrán de gozarlos y quando : se deben dar á los Duques, Condes y otros Señores que tienen jurisdiccion, de las rentas de sus estados concursados ; pero no á los meros nobles. A los sucesores inmediatos de mayorazgos se conceden por gracia y no de justicia; y si litigando entre sí dichos privilegiados y sus fiadores gozarán del expresado beneficio ; part. 2 lib. 3 cap. 2 nn. 153, &c. y 156.

Alimentos de los bienes cedidos, á qué personas y cuerpos políticos competen ; part. 2 lib. y cap. 3 núm. 36.

Alquilador de bestia, nave, toneles, ú otras cosas semejantes, á qué está obli-

gado; y á qué lo está tambien quien toma alguna bestia alquilada; part. 1 cap. 10 nn. 33 y 34.

Aluvion qué es; part. 1 capit. 7 núm. 58 nota.

A ante P.

Apartamiento de querella, qué es y cómo se hace; part. 1 cap. 28 número 9.

Apertura del testamento, quién puede pedirla, ante quien, quales diligencias se deben practicar, y qué se ha de hacer, quando no pueden comparecer todos los testigos; part. 1 cap. 1 nn. 221, &c. y 224, y nn. 259, &c. y 268.

Apelacion, si declarada la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, presenta el vencido su mejora, queda sin efecto la declaracion; y qué se debe observar, si se presentó en grado de apelacion ante el superior, sin apelar ante el inferior; part. 2 lib. 3 cap. 1 número. 446 y nota.

Apelacion, qué efectos surte, y qué ha de expresar el Escribano en el testimonio de ella; lug. cit. número. 447 y nota.

Apelacion se puede interponer en el todo ó parte de la sentencia que contiene diversos particulares; lug. cit. núm. 445.

Apelacion, de quántos modos se admite, quando se debe declarar por desierta, y qué debe hacer el apelante; lug. cit. notas 1, 2 y 3 del núm. 444, y nota del núm. 446.

Apelacion de la sentencia del Juez secular ó eclesiástico, ó de los árbitros, dentro de qué término se debe interponer; lug. cit. núm. 443. Si el apelante no presenta la mejora dentro del término competente, qué debe practicar el vencedor para que se declare por desierta la apelacion y la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada; n. 444 cit. y sus notas.

Apoderado para un pleyto, quando podrá substituir el poder, y el substituto substituir tambien, p. 2 y lib. 3 cap. 1 núm. 22.

Apoderado, qué término tiene para hacer y cumplir el testamento, y si

podrá prorogárselo el testador ; part. 1 cap. 1 nn. 214 y 215.

Apoderados , quando no quieren ó no pueden evacuar sus encargos , ó discuerdan, qué se ha de hacer ; lug. cit. n. 216.

Apoderado ó comisario para testar quien puede ser, á que debe ceñirse , y si podrá nombrar heredero no nombrándose en el poder ; part. 1 cap. 1 nn. 207 y 208.

Apoderado , quándo puede delegar su comision , y quando pasa esta al heredero y sucesor en la dignidad ; lug. cit. n. 210.

Apoderado, qué puede ó no hacer, quando el testador le da solo facultad para ordenar su testamento; lug. cit. nn. 211 y 212 ; y qué quando habiendo instituido heredero el testador en su testamento le da poder para concluirle; lug. cit. núm. 213.

Apoderado nombrado para fundar mayorazgo, dentro de que término, y cómo ha de fundarle ; sobre lo qual se proponen seis casos ; part. 1 cap. 7 nn. 23 y 24.

Apoderado ó personero, qual se llama ; part. 1 cap. 23 núm. 1.

Apoderado ó procurador, quándo puede nombrarse uno solo por muchos; lug. cit. núm. 7.

Apoderados , quiénes no pueden ser en juicio ó fuera de él , y quiénes pueden ó no serlo sin permiso; lug. cit. nn. 8 , &c. y 11.

Apoderado , qué facultades tiene, quándo puede nombrar substituto , y éste substituir , y cesan las facultades del substituto; lug. cit. nn. 12 , 13 y 14.

Apoderado, á qué está obligado ; lug. cit. núm. 20.

Apunte , en el comercio quál se llama y quándo tiene lugar en las letras; part. 1 cap. 24 núm. 14.

A ante R.

Arras , gozan del privilegio de hipoteca tácita , y en un caso del de prelacion que la dote ; p. 1 cap. 13 núm. 26.

Arras , quándo puede enagenarlas el marido ; lug. cit. núm. 27.

Arras , para deducirlas se

ha de mirar, si el novio las dió ú ofreció; lug. cit. número. 28.

Arras que el marido ú otro en su nombre ofrece á su futura muger soltera, de qué bienes se han de deducir; part. 2 lib. 1 cap. 6 núm. 2.

Arras, puede ofrecer el esposo á su muger ántes de casarse, y aumentarlas despues de casado; y si podrá enagenarlas el marido; lug. cit. núm. 3.

Arras, hasta qué cantidad pueden ofrecerlas el novio, ó su padre ó madre á la novia; y si podrán consignarlas, y valdrá ó no la oferta en el exceso, renunciando con juramento la ley que trata de ellas; lug. cit. nn. 4 y 5 y nota.

Arras ofrecidas por el novio en cierta cantidad sin hablar de bienes presentes ni futuros hasta en quanto valdran; lug. cit. n. 10

Arras, habiendo hijos de dos ó mas matrimonios, qué llevarán de ellas los de cada uno; lug. cit. número. 12.

Arras del primer matrimonio, cómo se han de deducir, y para hacerlo qué ha de tener presente el partidor; lug. cit. nn. 18 y 19.

Arras, de dónde deben deducirse siendo viudo el marido, tenga ó no descendientes ó ascendientes legítimos; lug. cit. n. 21: se impugna la opinion de Febrero, y prefiere la de Ayora; núm. cit. nota.

Arras, cómo se han de deducir, si el marido que se casa muchas veces, las ofrece á todas sus mugeres; lug. cit. núm. 23.

Arras, no se compensan con el legado; part. y lib. 2 cap. 6 núm. 87.

Arras, qué son, quando se pueden constituir y aumentar; part. 1 cap. 13 nn. 1 y 2.

Arras, quién debe probar su exceso; part. 2 lib. 2 cap. 2 núm. 72.

Arrendatario, á qué acreedores y en qué bienes del arrendador será preferido por el arriendo y reconduccion tácita; part. 2 lib. 3 cap. 1 núm. 261.

Arrendar en pública subasta rentas decimales, voto de Santiago, tercias Reales, rentas dominica-

les, y las pertenecientes á comunidades, y personas eclesiásticas y seculares consistentes en granos está prohibido; circular de 23 de junio de 1798; parte 1 cap. 10 en el apéndice.

Arrendados, como deben ser los ramos arrendables de propios y arbitrios: Real cédula de 1 de mayo de 1793, apéndice cit.

Arrendador no puede prescribir la cosa arrendada; part. 1 cap. 10 núm. 4 y su nota.

Arrendador, quando puede subarrendar, y qué derecho tiene el dueño de la finca subarrendada en sus frutos y cosas que esten en ella; lug. cit. número. 29 y 30.

Arrendamientos de casas de la corte, qué estilo ó costumbre los dirige: del amparo de los 40 dias que tienen los inquilinos de la corte para mudarse de las casas; lug. cit. núm. 31 y 32, y auto acordado de 31 de julio de 1792 en el apéndice.

Arrendando el dueño su heredad por grano y no por dinero, qué deberá hacerse; lug. cit. núm. 17.

Arrendatario, qué debe manifestar al arrendador y cumplir por su parte, y en qué casos no está obligado á remitir á este parte del arrendamiento; lug. cit. núm. 8 y 20.

Arrendar y alquilar, arrendador y arrendatario qué es; cap. 10 cit. núm. 1.

Arrendar, qué cosas no pueden los Corregidores y Prelados Eclesiásticos; lug. cit. núm. 2.

Arrendar, recaudar, ser fiadores, aseguradores y abonadores de rentas Reales y concegiles, á quienes está prohibido; lug. cit. núm. 3.

Arrendarse ó alquilarse, qué cosas se pueden y por quanto tiempo; lug. cit. núm. 4.

Arrendar, queriendo un socio, ó la mayor parte el fundo que muchos poseen en comun, y resistiéndolo los consocios, qué se ha de hacer; lug. cit. número. 9.

Arrendados no pueden ser los oficios públicos de jurisdiccion ni los de Escribanos; y porqué tiempo lo podrán ser los bienes

eclesiásticos; lug. cit. número. 5 y 6.

Arrendamiento ó alquiler, qué obligaciones impone á los contrayentes; lug. cit. núm. 7.

Arrendador, á qué se halla obligado por su parte: qué deberá pagar, si se pierden los frutos, y á qué estará obligado, si la fecundidad de un año alcanza para satisfacer el arrendamiento y expensas de dos, ó si recibe en sí el daño ó renuncia la esterilidad; lug. cit. número. 10, 11, 14 y 15.

Arrendador de rentas Reales no puede pedir descuento de su arrendamiento, ni serlo de ellas el que parezca menor de 25 años excepto en un caso; lug. cit. núm. 19.

Arrendador, reteniendo tres dias ó mas la finca despues de cumplido el arrendamiento, si es tierra, queda á su cargo el de aquel año, y si es edificio, debe pagar el tiempo que le ocupe; y quando puede ser despojado durante el tiempo del arrendamiento; lug. cit. núm. 25, &c. y 28.

Arrogacion, qué es, quales son sus efectos, y qué heredará el prohijado; part. 1 cap. 26, núm. 1 y 5. Véase prohijar.

Artesanos ó menestrales: les corre el interes de un 6 por 100 de lo que se se les deba por razon de sus obras y jornales; parte 1 cap. 18 núm. 22.

Arzobispos y Obispos, de qué bienes pueden testar; part. 1 cap. 1 núm. 26 y nota.

Arzobispos, Obispos y qualesquiera otros que exerzan jurisdiccion eclesiástica, pueden compeler en sus diócesis á los testamentarios y herederos al cumplimiento de las disposiciones pias; lug. cit. núm. 201.

A ante S.

Ascendientes, en qué casos y en qué bienes suceden á sus descendientes; parte 1 cap. 1 núm. 54.

Ascendientes, á falta de descendientes legítimos pueden dexar sus bienes á sus hijos naturales; lug. cit. núm. 70 y nota.

Ascendientes, si pueden se-

ñalar el quinto en cosa determinada; núm. 67 y nota.

Ascendientes, porqué entre ellos no hay derecho de representacion; lug. cit. núm. 60 nota 2.

Ascendiente que solo tiene un descendiente, no puede gravar el tercio; lug. cit. núm. 110.

Ascendientes, porqué causas pueden exheredar á sus descendientes legítimos, y quien debe probarlas, lug. cit. núm. 129, &c. y 136.

Ascendiente, muriendo intestado, quienes le heredan, part. 1 cap. 2 n. 1.

Ascendientes, si pueden dar á sus descendientes licencia para testar libremente, quando será válida, y á quien perjudicará; parte 1 cap. 4 núm. 31 y 37.

Ascendientes, teniendo descendientes legítimos de qué pueden testar en perjuicio de estos; part. y lib. 2 cap. 1 núm. 12.

Ascendientes, como heredan á sus descendientes naturales; lug. cit. número. 40.

Ascendientes, pueden consignar la mejora, aunque no cometer á otro su consignacion, la qual no ha de hacerse en todo lo mejor; part. lib. y cap. 2 núm. 11 y 12.

Ascendientes, en qué términos pueden vincular y gravar el tercio; lug. cit. núm. 16.

Ascendientes son herederos forzosos de sus descendientes: suceden por la proxîmidad de grado sin distincion de bienes adquiridos por línea paterna ó materna, y asimismo sucederán á sus descendientes que tengan otros descendientes, si los exheredan con causa legal; part. y lib. 2 cap. 4 núm. 1, 2 y 3.

Ascendientes, en qué cosas y casos no suceden á sus descendientes; lug. cit. núm 4 y 5.

Ascendientes legítimos; si se prefieren á ellos los legitimados y el substituto pupilar; lug. cit. núm. 8 y nota, y part. 1 cap. 1 núm. 90 y su nota.

Ascendientes: entre ellos no tiene lugar la colacion; lug. cit. núm. 7.

Ascendientes, suceden á sus descendientes en toda cla-

se de bienes libres; part. y lib. 2 cap. 2 núm. 20.

Ascendiente, aunque no concurra mas que uno por una línea y otro por la otra iguales en grado, no se hará separacion de bienes, excepto donde haya esta costumbre; lug. cit. núm. 21.

Ascendientes, si concurriendo dos ó mas á la sucesion abintestato de su descendiente, y teniendo el uno el usufructo de sus bienes, le gozará toda su vida; lug. cit. número. 22 y su nota.

A ante U.

Aumento ó menoscabo de lo que se vende puramente, ó con pacto de retrovendendo, á quien toca; part. 1 cap. 9 núm. 55.

Auto que ha de darse, si el procurador del demandado no presenta poder: autos si se desprecia el artículo de no contestar, ó se forma pasado el término de la ley; part. 2 lib. 3 cap. 1 núm. 478.

Auto de prueba; lug. cit. núm. 485, como se ha de poner, quando el demandado no comparece y el demandante le acusa la rebeldía; núm. 486.

Autos que se remiten en apelacion, en qué papel se han de compulsar; lug. cit. núm. 556.

Auto y mandamiento de execucion; part. 2 lib. 3 cap. 2 núm. 338 y 339.

Auto definitivo declarando no haber lugar á sentenciar la causa de remate y recibiendo el pleyto á prueba; lug. cit. número 360.

Auto en que se aprueba la liquidacion de cargas de una finca, y se manda dar posesion de ella al comprador: tiene fuerza de difinitivo y es apelable: mandamiento para dar dicha posesion y qué se practica con él; lug. cit. núm. 389, &c. y 392.

Auto de adjudicacion en pago de cosa raiz, y advertencia; lug. cit. núm. 399 y 400.

Auto de adjudicacion en pago de bienes muebles; lug. cit. núm. 401.

Auto en que se manda dar posesion prendaria al acreedor y mandamiento de posesion prendaria;

lug. cit. núm. 403 y 404.
Auto de Juez, quando se necesita para que el Escribano autorice y protocolice la memoria testamentaria; part. 1 cap. 1 núm. 166.
Auto para dar posesion judicial; part. 1 cap. 9 número. 156.
Auto de prueba, á quien se debe notificar; part. 2 y lib. 3 cap. 1 núm. 234.
Autos, despues de concluso dentro de qué término se han de recibir á prueba; lug. cit. número. 233.
Autos, á qual de las partes se han de entregar primero, publicadas las pruebas, y dentro de qué término debe cada una alegar de bien probado; lug. cit. núm. 360.
Auto y mandamiento de soltura, á quien y para qué se entrega; part. 2 lib. 3 cap. 2 núm. 344, 345 y 346.
Auto absolviendo al executado, y mandamiento para desembargar los bienes en que se trabó la execucion; lug. cit. número. 357 y 358.

B.

B ante A.

Banido qué es; part. 1 capít. 18 núm. 52 nota.

B ante E.

Beneficio eclesiástico, si se concede á dos, qual de ellos será preferido; part. y lib. 2 cap. 3 núm. 55.

B ante I.

Bienes mostrencos: el primer Secretario de Estado es Superintendente General de ellos, como tambien de los de personas que mueren sin testar ni parientes conocidos dentro del quarto grado; part. 1 cap. 2 núm. 9 nota 1.
Bienes de los peregrinos no son exceptuados ni comprehendidos en las Reales órdenes modernas sobre abintestatos y mostrencos; lug. cit. nota 2.

Bienes gananciales y deudas contrahidas constante el matrimonio se comunican entre los casados; part. 1 cap. 6 núm. 1.

Bienes adquiridos en el matrimonio, quando no se reputan gananciales; lug. cit. núm. 2, &c. y 5.

Bienes gananciales: de ellos se pagan la dote ó arras prometidas á los hijos; lug. cit. núm. 7.

Bienes de mayorazgo no pueden ser hipotecados, gravados, ni enagenados sin Real permiso; part. 1 cap. 7 núm. 56.

Bienes: ningunos pueden ser vinculados ó separados del comercio sin Real facultad á consulta de la Cámara, y para esto se adeuda el 15 por 100; Reales cédulas de 14 de mayo de 789, y 24 de agosto de 95; part. 1 capít. 7 en el apéndice.

Bienes raices de hospitales, hospicios, casas de misericordia, de reclusion y de expósitos, cofradías, memorias, obras pias y patronatos de legos, capellanías colativas y otras fundaciones, quales se han de vender, baxo qué reglas, y en donde debe imponerse el producto de estas ventas; part. 1 capít. 8 en el apéndice, y Real cédula de 21 de octubre de 1800, adicion 2 tom. al fin.

Bienes eclesiásticos, quales pueden venderse, porqué causas, y qué requisitos son necesarios para que valga la enagenacion; part. 1 cap. 9 núm. 90, &c. y 98.

Bienes dotales son ó adventicios ó profecticios: quando se transfiere ó no el dominio de ellos al marido: á quien toca su aumento ó menoscabo; y quando su estimacion ó aprecio causa venta; parte 1 cap. 13 núm. 3, &c. y 6.

Bienes parafernales: quales son; quando corresponden al marido su dominio y frutos, y tiene por ellos la muger hipoteca y prelacion en los bienes del marido; lug. cit. núm. 8.

Bienes, quantas especies hay de ellos; part. 1 cap. 18 núm. 1.

Bienes de los hijos, de quantas clases son; part. 1

cap. 26 núm. 17.
Bienes contenidos en el inventario, de quienes se presume ser, y si este prueba contra tercero; part. 2 lib. 1 cap. 1 número. 11, 12 y 13.
Bienes inventariados, en quien han de depositarse; lug. cit. núm. 26.
Bienes inventariados, quando, como y porqué se han de apreciar, y por quales personas: qué deben jurar estas: como se llama su juramento; y si podrán ser compelidas á admitir su encargo, y recusadas; lug. cit. número. 107, &c. y 114.
Bienes de la herencia, para saber su valor á qué tiempo debe atenderse, quando se intenta ver, si queda á los hijos su legitima, ó dividirlos; lug. cit. número. 118 y su nota.
Bienes gananciales del segundo matrimonio: la mitad de ellos no puede ser responsable á la dote del primero; part. 2 lib. 1 cap. 3 núm. 20 nota.
Bienes parafernales se deben baxar despues de la dote: en qué casos se abonará el importe de ellos á la muger, sino los entregó al marido, pero los llevo á su poder y se consumieron con el uso de ambos y consentimiento de ella: en caso de duda se presume haberlos entregado á su marido, para que los administrase; lugar cit. núm. 31, 32 y nota.
Bienes parafernales que recayeron en la muger por título lucrativo durante el matrimonio, como y con qué órden se han de deducir; y si aquella podrá administrarlos ó no por sí misma; lug. cit. núm. 39 y 40, y nota.
Bienes que llevaron los cónyuges al matrimonio, si han perecido y todos los exîstentes son gananciales, qué cosas se han de deducir primero; lug. cit. núm. 46.
Bienes gananciales, quales se llaman, y como se han de dividir; part. y lib. cit. cap. 4 núm. 1, 2 y 3. No constando qué bienes llevó cada consorte al matrimonio, todos se entienden adquiridos durante este; lug. cit. número. 4.

Bienes gananciales: son de esta clase los que compran ámbos cónyuges ó el uno solo durante su matrimonio con el dinero comun ó del otro excepto en ciertos casos; lug. cit. núm. 6 y 7.

Bienes castrenses y lo que adquiere el marido con los oficios de Juez, Abogado, Escribano y otros semejantes, quando, y si se comunicarán á la muger; lug. cit. núm. 19 y 20, y nota.

Bienes gananciales se comunican en el matrimonio putativo; lug. cit. número. 28.

Bienes gananciales, como se han de dividir entre los hijos de dos matrimonios, no acreditándose suficientemente en qual de ellos los adquirió el padre comun, ni los que lucró en su viudedad; lug. cit. núm. 30 y nota.

Bienes gananciales, quando no se comunican á los casados; lug. cit. núm. 32.

Bienes gananciales, quales se comunican entre los cónyuges, quando se separan con legítima dispensa, ó se declara nulo el matrimonio; y quales les corresponden, quando se separan por motivo grave; lug. cit. núm. 37 y 38.

Bienes gananciales: qué se ha de tener presente para su division, quando los cónyuges no han pactado nada acerca de ellos; lug. cit. núm. 44.

Bienes, quales se llaman patrimoniales y quasi patrimoniales de Clérigo; parte y lib. cit. cap. 5 número. 8 y 9.

Bienes, quales se llaman adventicios, profecticios, castrenses y quasi castrenses; part. y lib. 2 cap. 3 núm. 16, 17 y 18.

Bienes muebles y semovientes, siendo apreciados, como se han de colacionar; lug. cit. núm. 81.

Bienes raices que dexa el descendiente, quales se llaman troncales y deben volver ó no al tronco segun el fuero ó costumbre de suceder en ellos: donde se observa este fuero, á qué bienes y personas no se extiende, y qué censos se incluyen en los bienes troncales; part. y lib. 2 c. 4 n. 19, &c. y 23.

Bienes que los ascendientes deben reservar de sus descendientes, porqué línea han de venir, part. y lib. 2 cap. 5 núm. 8.

Bienes gananciales, no se compensan con el legado, part. y lib. 2 cap. 6 número. 88.

Bienes de la herencia, y los que deban colacionar los herederos, cómo se han de especificar en el inventario, y quándo será necesaria esta especificacion; part. 2 lib. 2 cap. 10 núm. 46.

Bienes, quáles son y se conceptuan muebles, semovientes y raices; part. 2 y lib. 3 cap. 2 núm. 85, &c. y 89.

Bienes executados, cómo se se han de inventariar, y en quien se deben depositar; y si manifestando la muger del deudor su carta de dote se le deberá nombrar depositaria de dichos bienes; lug. cit. núm. 123, 124 y 125.

Bienes executados, cómo deben venderse y en qué dias se han de dar los pregones; lug. cit. núm. 130.

Bienes executados, hallándose en poder de terceros poseedores, ó acreedores ausentes, conocidos ó inciertos, qué se debe practicar; lug. cit. núm. 161.

Bienes de mayorazgo gravados con facultad Real, quándo han de ser executados; lug. cit. número. 325.

Bienes raices del menor, por qué causas y con qué solemnidades se han de enagenar; part. 2 lib. y cap. 3 núm. 58, &c. y 61.

Bienes muebles del menor: para enagenarlos basta la autoridad del tutor, y en qué casos será suficiente para la enagenacion de los raices; lug. cit. número. 63 y nota.

B ante O.

Boticarios, joyeros y otros oficiales mecánicos, especieros, confiteros, y todos los que venden comestibles, quánto tiempo tienen para pedir lo que se haya sacado de sus tiendas, ó las hechuras; part. 1 cap. 18 num. 23.

C

C ante A.

Capellan, si liberándose la finca enfitéutica por tres laudemios y su duplo capital, cuyo enfitéusis pertenece á memoria ó capellanía, deberá imponerlo todo á favor de esta, part. 2 lib. 1 cap. 2 n. 19.

Capellanía qué es y quántas son sus especies, part. 1 cap. 8 num. 16 y 17.

Capellanías laicales: basta el título del patrono para gozarlas: quándo será necesario tomar posesion, y ante qué Juez se deberá hacer: estas pueden hacerse incompatibles, lug. cit. num. 18.

Capellanías laicales, si podrán servir de título á los Capellanes para ordenarse, lug. cit. num. 19.

Capellanías colativas, quáles son, qué autoridad y derechos competen al Ordinario eclesiástico en ellas, y qué edad es necesaria para ordenarse á título de las mismas, lug. cit. num. 20.

Capellanías gentilicias, qué son, y quiénes no deben ser ordenados á título de capellanías colativas, lug. cit. num. 21 y 22.

Capellanías de qualquiera especie pueden fundarse en contrato y última voluntad: sus bienes son inagenables, indivisibles é imprescriptibles, y pueden ser amovibles *ad nutum*, lug. cit. n. 23 y nota.

Capellanías ó beneficios cuya renta anual no llegue á la tercera parte de la cóngrua, deben proveerse como legados pios: para obtenerlas no es necesaria la primera tonsura, y por circular de la Cámara deben suprimirse y convertirse en legados pios, num. 23. cit.

Capital ofrecido por los padres juntos, ó padre solo á los hijos, de qué bienes se ha de pagar, haya ó no gananciales, part. 2 lib. 1 cap. 4 num. 73 y 74.

Capital que el padre y madre viudos ofrecen á sus hijos, se ha de sacar de los gananciales, lug. cit. num. 78.

Capital del marido, quándo se debe deducir del cuer-

po del caudal, haya ó no gananciales, part. 2 lib. 1 cap. 3 num. 43 y 44.
Capitales de los censos, nunca se prescriben, pero sí sus réditos, part. 1 cap. 11 n. 44 y cap. 18 num. 20.
Capitulaciones matrimoniales, qué son y qué puede estipularse en ellas, part. 1 cap. 13 num. 40.
Carta de pago y recibo de dote, qué es y quándo debe hacerse, part. 1 cap. 13 num. 42.
Carta de dote y capital en virtud de apremio judicial, cómo se ha de extender, lug. cit. num. 54.
Carta de pago, cómo ha de dar el acreedor á su deudor y se ha de ordenar, part. 1 cap. 20 n 1 y nota.
Casos de corte, por qué se llaman así, quáles son sus especies, y quándo basta alegarlos, ó es preciso probarlos para que se admitan; part. 2 y lib. 3 cap. 1 num. 37 y 38.
Casos de corte, quiénes gozan de ellos, y en qué causas no tienen lugar, part. 2 lib. 3 cap. 1 numer. 30, &c. y 34.
Caso de corte, si competirá al no privilegiado en negocio individuo y comun á otro que sea privilegiado, lug. cit. num. 35.
Casos insólitos y muy contingentes no se comprehenden en los fortuitos: qué se ha de hacer para evitar dudas, part. 1 cap. 10 num. 16.
Casos fortuitos, quáles son, part. 1 c. 16 n. 35 nota 1.
Castillos y fortalezas no pueden hacerse sin Real permiso, ni venderse á extrangeros. El Rey es preferido por el tanto, y los Señores de ellas han de hacerle pleyto homenage; part. 1 cap. 9 n. 58.
Caucion juratoria qué es, quándo se debe y por quiénes se puede dar, qué efectos produce, y dónde ha de extenderse; se impugna la doctrina de Melgarejo sobre esta caucion; part. 1 cap. 19 numer. 36 y 37.
Caucion juratoria cómo se extiende, lug. cit. n. 53.
Caballería, por qué se llama así, qué virtudes han de adornar á los Caballeros, y cómo se han de armar, part. 1 cap. 20 numer. 1 y 2.

Caballeros de las quatro órdenes militares, á qué jurisdiccion estan sujetos, en qué causas, y por qué deudas pueden ó no ser encarcelados; part. 1 c. 18 num. 44.

Caballeros, quiénes eran elegidos en lo antiguo para serlo, y qué se determinó despues sobre esto en los estatutos de las órdenes militares; part. 1 cap. 30 num. 3.

Causas de posesion y propiedad, quándo se pueden ó no acumular y seguir en un juicio y ante el mismo Juez, part. 2 y lib. 3 cap. 1 num. 228, &c. y 231.

C ante E.

Cedente, si estará obligado á resarcir al cesionario los gastos sobre la exâccion del crédito cedido, y qué es necesario para que el cesionario pueda repetir contra él; part. 2 lib. y cap. 3 num. 175.

Cesion y delegacion, qué es, en qué convienen y se diferencian, y quántas clases hay de cesion, part. 1 cap. 23 n. 23 y 24.

Cesion, si puede hacerla el menor sin decreto judicial, lug. cit. num. 25.

Cesion, de qué acciones y derechos puede ó no hacerse, y quándo se comprehenden en ella los derechos futuros; lug. cit. num. 26, 27 y 28.

Cesion hecha por mera liberalidad, quándo no puede revocarse, lug. cit. num. 33.

Cesionario, no puede pedir la deuda en el tribunal que el cedente, quándo este goza del privilegio del fuero, lug. cit. numer. 28 nota.

Cesionario, quándo no pudiendo cobrar del deudor podrá repetir contra el cedente, lug. cit. num. 31 nota.

Cesionario, si se contenta con el deudor, queda libre de la responsabilidad del débito el cedente: en qué casos estará obligado á dicha responsabilidad; lug. cit. num. 32, notas.

Censatario, quándo debe pagar los réditos del censo despues de haber citado de redencion al censualista, part. 1 cap. 11 num. 68.

Censatario, qué debe manifestar al censualista, y qué deben expresar los pueblos, universidades y colegios que quieren tomar dinero á censo; lug. cit. num. 45 y 46.

Censatario, quándo puede ser compelido á redimir el censo, lug. cit. nn. 35 y 45.

Censo, qué significados tiene y qué es: divídese en enfitéutico, consignativo, reservativo y vitalicio, y se subdivide el primero en hereditario y familiar; y quál debe ser su pension; lug. cit. numer. 1 y 2.

Censo enfitéutico, con qué condiciones le impusieron los antiguos, lug. cit. num. 3 y nota 1 y 2: impugnase lo que sobre este dice Melgarejo, num. 4.

Censos enfitéuticos puedén reducirse á redimibles: qué deduccion se ha de hacer para esto, y para la redencion; lug. cit. numer. 15 y 16.

Censo consignativo, qué es, y qué requisitos exige para ser lícito y válido: debe otorgarse escritura en él; lug. cit. num. 20 y 21.

Censo consignativo, sobre qué bienes puede ó no constituirse, y en qué se han de pagar sus réditos, lug. cit. num. 22 y 23.

Censos redimibles, qué condiciones ó pactos permiten ó reprueban en ellos las disposiciones pontificias; lug. cit. núm. 26, &c. y 38.

Censo consignativo y demas contratos en que haya hipoteca especial, se han de registrar: sentencia dada y executoriada en esta corte con arreglo á tal disposicion; lug. cit. núm. 47 y 48.

Censo reservativo redimible qué es, en qué conviene y se diferencia del consignativo y enfitéutico; y si en caso de duda se ha de tener mas bien el censo por reservativo que por consignativo; lug. cit. núm. 49, 50, 51 y nota.

Censo vitalicio puede constituirse en finca fructífera y en dinero: este es poco conocido de los Escribanos; lug. cit. numer. 53 y 54.

Censo vitalicio, sobre qué bienes puede constituirse: divídese en personal y real: en qué convienen

los AA. que han tratado de este censo; lug. cit. núm. 55 y 56.

Censo vitalicio personal y real, qué especie de contrato es: en qué cosas no no puede constituirse, y por qué vidas puede otorgarse, lug. cit. num. 57, &c. y 61.

Censo redimible, imponiéndose sobre alguna casa que tiene censo enfitéutico y carga real, qué deducciones deben hacerse, lug. cit. num. 18.

Censo redimible, imponiéndose sobre finca perteneciente á muger casada, qué ha de hacer el Escribano, lug. cit. num. 19.

Censo, reducirle ó minorarle, qué es, lug. cit. numer. 65.

Censo consignativo, cómo puede redimirse, y qué ha de practicarse quando el censualista no quiere recibir su capital, ó pertenece á mayorazgo, patronato ó capellanía; lug. cit. num. 66 y 67. Sobre esto véase la circular de 28 de Diciembre de 1798, y Real cédula de 9 de Abril de 1801; lug. cit. en el apéndice.

Censo, tocante á su reduccion se reprueba la práctica de Alcalá de Henares, lug. cit. numer. 69.

Censo, cómo se ordena su subrogacion, y qué es esta, lug. cit. num. 70.

Censo, cómo se ha de reconocer, y quándo estará obligado ó no el poseedor de la finca gravada á reconocerle, lug. cit. numer. 71.

Censos perpetuos de Madrid, auto acordado sobre ellos, lug. cit. numer. 88.

Censuario de censo vitalicio personal, formando concurso, qué debe hacer el Juez para pagar al censualista su pension anual; part. 2 lib. y cap. 3 numer. 163.

C ante I.

Ciego, no puede otorgar testamento escrito sino nuncupativo, y qué solemnidades se requieren en este, part. 1 cap. 1 num. 14.

Ciego, no puede ser testigo en los testamentos, part. 1 cap. 1 num. 16, ni en los

inventarios, part. 2 lib. 1 cap. 1 num. 30.
Ciego, no puede ser árbitro ni Juez ordinario, part. 1 cap. 22 num. 5.
Citacion ó emplazamiento verbal qué es, part. 2 lib. 3 cap. 1 num. 104.
Citacion, cómo ha de hacerse siendo inciertas las personas que deben citarse, ó aunque ciertas, tantas que no pueden ser habidas sin mucha dificultad; lug. cit. num. 108.
Citacion, quándo ha de ser creido el que la hace, lug. cit. num. 109.
Citacion, cómo se ha de hacer al menor, lug. cit. num. 110.
Citacion en los negocios civiles, quándo podrá ó no hacerse en dias feriados, ó de noche y en la iglesia, y en qué casos no es necesario hacerla; lug. cit. num. 119 y 120.
Citacion se debe repetir, delegando el Juez de la causa su jurisdiccion, para pronunciar la sentencia, ó muriendo alguno de los litigantes; lug. cit. num. 121.
Citacion real, quál se llama, qué efecto causa, y si por ella principia el uso de la accion civil y criminal; lug. cit. num. 122 y 123.
Citacion por escrito, quál es, en qué casos tiene lugar, y qué Jueces pueden hacerla, lug. cit. numer. 124, 125 y 126.
Citacion de remate, no se debe hacer sin solicitarlo el acreedor y mandarlo el Juez, part. 2 lib. 3 cap. 2 num. 351.
Citacion de las partes y tasacion de una casa en el juicio executivo, lug. cit. num. 367 y 368.
Citados, quiénes deben ser ademas del reo y quiénes no, aunque sí conviene lo sean estos para que les pare perjuicio; part. 2 y lib. 3 cap. 1 num. 105 y 106.

Cante L.

Cláusula codicilar quál es, suple muchos defectos de los testamentos, part. 1 cap. 1 numer. 192 y su nota.
Cláusula codicilar, qué efectos causa en los testamentos, lug. cit. num. 193, &c. y 196.

Cláusula primera de la escritura de venta llana, ha de expresar quién vende, á quién, y qué; part. 1 cap. 9 num. 34.

Cláusula segunda, consiste en que el vendedor declare no tiene enagenada la cosa vendida, que se mencione el precio, y sino se paga entónces, que se prefina plazo para ello; lug. cit. num. 35.

Cláusula tercera es respectiva á la lesion en mas ó ménos del justo precio, lug. cit. num. 36.

Cláusula quarta es, que el vendedor ceda al comprador todo su derecho en la cosa vendida, lug. cit. num. 37.

Cláusula quinta es la de constituto, si bien esta se tiene por inútil, lug. cit. num. 38 y nota.

Cláusula sexta es la de eviccion y saneamiento, lug. cit. num. 39: qué palabras debe omitir el Escribano en esta cláusula; num. 44.

Cláusula séptima es la guarentigia con la obligacion, sumision y renuncia que se hace en la escritura de mutuo, lug. cit. num. 46.

Cláusula guarentigia qué es, y si es necesario ponerla en toda escritura de obligacion para que esta sea executiva; part. 1 cap. 18 num. 32: se reprueba su uso como inútil dicho num. nota.

Cláusula para que el censualista no sea obligado á recibir el capital en otra especie que dinero, si el censatario forma concurso de acreedores; y qué otras cláusulas ha de contener la escritura de censo; part. 1 cap. 11 numer. 39, &c. y 43.

Cláusula que debe poner el interrogante, para que no le perjudique la declaracion del contrario; part. 2 y lib. 3 cap. 1 num. 253.

Cláusula para que no se transfiera al comprador el dominio de lo vendido al fiado, part. 2 lib. y cap. 3 num. 157.

Clérigos, de qué bienes pueden disponer aun en el caso de haber sido Religiosos, part. 1 cap. 1 numer. 25.

Clérigos, de qué privilegios gozan en juicio: se explica el cap. Odoardus y

suam: part. 1 cap. 18 numer. 40.
Clérigos, á qué Jueces no deben someterse, ante quáles deben ser reconvenidos y deponer como testigos, y en qué causas y con qué requisitos, lug. cit. num. 41.

C ante O.

Codicilo qué es, quién puede hacerle, qué naturaleza sigue, y qué se permite disponer en él, part. 1 cap. 1 num. 188 y 189.
Codicilos, quántos puede hacer el testador sin que el uno revoque al otro, lug. cit. num. 190.
Codicilo, cómo puede hacerse, y qué solemnidad de testigos ha de intervenir en su otorgamiento, lug. cit. num. 191.
Codicilo abierto extendido, lug. cit. num. 274 y 275.
Codicilo cerrado cómo se otorga, lug. cit. nn. 276 y 277.
Coheredero ú otro que entra en la herencia sin autoridad judicial, en qué pena incurre, part. 1 capit. 1 num. 42.
Coheredero gravado á entregar su parte á sus coherederos, si la percibirán estos con proporcion á las suyas, lug. cit. num. 101.
Coherederos, qué derecho tienen contra el heredero que despues de aceptada la herencia quitó algo de ella, part. 2 lib. y cap. 1 num. 146.
Coherederos, pueden retraer por el tanto la parte que venda alguno de los herederos, part. y lib. cit. cap. 2 num. 15.
Colacion, qué es, y en qué casos se debe hacer, qué circunstancias se requieren para que se haga, y entre qué personas ha ó no lugar á ella, part. 2 lib. 2 cap. 3 num. 2, &c. y 8.
Colacion, quién puede pedirla, y á quién, lug. cit. num. 70.
Colacion del enfitéusis, en qué casos tiene lugar: uno de ellos es la de las mejoras útiles, si el hijo hubiese de ser heredero; lug. cit. num. 68 y 69.
Colacion, de quántas maneras se puede hacer, lug. cit. num. 74.
Colacionar, en qué se debe la cosa recibida, si existe,

y no su valor, lug. cit. num 75.

Colacionar lo que recibió en vida de sus padres, si deberá el hijo ó hija excluida de heredar por estatuto ó costumbre, ó por haber renunciado con juramento su legítima, lug. cit. núm. 9.

Colacionar, si deben los hijos lo que recibieron de sus padres, quando heredan á sus abuelos que nada les dieron, lug. cit. número. 10.

Colacionar, qué deben los nietos, lug. cit. nn. 11 y 12.

Colacionar no debe el nieto, quando hereda al abuelo, lo que este dió á su hijo y se consumió, si por haber percibido poco ó nada de su padre, repudia su herencia y solo quiere la del abuelo, lug. cit. núm. 13.

Colacionar debe, regularmente hablando, el descendiente legítimo todo lo que recibió de su ascendiente, lug. cit. núm. 19.

Colacionar, quando deben las hijas la dote, y si han de llevar á colacion las demas donaciones que les hicieron sus padres, y lo que por mera contemplacion de estos les dieron otras personas, lug. cit. nn. 20, 21 y 22.

Colacionar no debe el hijo ó hija varias cosas que se expresan, lug. cit. números 23 y 24.

Colacionar, qué cosas debe la Religiosa de las que le dieron sus padres, lug. cit. nn. 25, 26 y 27.

Colacionar, qué cosas debe ó no el hijo de las donadas con motivo de su casamiento, lug. cit. nn. 28 y 29.

Colacionar deben los hijos los oficios públicos vendibles y transmisibles que sus padres compran para ellos, pero no, sino lo son, lug. cit. núm. 30.

Colacionar, si deberá el hijo lo que su padre gastó en las bulas para proporcionarle dignidad eclesiástica, ó erigir beneficios eclesiásticos, y la donacion que le hizo con título de patrimonio para ordenarse, lug. cit. nn. 31, 32 y 33.

Colacionar no solo deben los hijos la dote y capital, sino tambien lo que les dieron sus padres para algu-

na urgencia, lug. cit. número. 34.

Colacionar, si deberá el hijo que está baxo la patria potestad, el usufructo de sus bienes adventicios que su padre le donó expresa ó tácitamente, lug. cit. núm. 35.

Colacionar no debe el hijo el usufructo, herencia, ni otra cosa que su padre no quiso adquirir, lug. cit. núm. 36.

Colacionar, si deberá el hijo, mandándoselo el padre, los gastos que hace en seguir alguna carrera honorífica, quando tiene bienes adventicios, cuyos frutos alcanzan ó exceden á dichos gastos, lug. cit. núm. 37.

Colacionar no debe el hijo emancipado el fundo ó cosa que le dió su padre al tiempo de la emancipacion, lug. cit. núm. 41.

Colacionar no debe el hijo lo que gastó su padre en enseñarle la gramática y otras artes segun su condicion: dichos gastos, teniendo el padre bienes propios de su hijo, de quales se entiende hacerlos, y quando este los colacionará ó no; lug. cit. nn. 42, 43 y 44.

Colacionar, qué debe el hijo, si por la donacion resulta gran desigualdad entre los hermanos, ó aquel no aprovechó en el estudio, ó empleó en vicios lo que su padre expendió con él; y qué se requiere para que esté obligado á colacionar dichos gastos; lug. cit. nn. 45, 46 y 47.

Colacionar no debe el hijo los gastos que su padre hizo con él, para que aprendiese ciencias mayores, ó fuese á la guerra; el peculio quasi castrense, ni los gastos que el padre hizo para proporcionarle algun honor inalienable, ó para condecorarle con los grados de Doctor, ó Licenciado, aunque sí los hechos para que se cruzase; ni lo que expendieron sus padres por redimirle de cautiverio, ni lo que pagaron voluntariamente por él en pena del delito que cometió, excepto en un caso; lug. cit. nn. 48, 50, &c. y 53.

Colacionar, si deberá el hijo el importe de los libros, que le dió su padre para

estudiar, lug. cit. número. 49.
Colacionar, no debe el hijo los bienes adquiridos con su industria, lug. cit. número. 56.
Colacionar, si deberá el hijo aunque sea emancipado, lo que adquirió con el caudal de su padre; lug. cit. nn. 57 y 59.
Colacionar, si deberán los nietos ó su padre por muerte del abuelo la dote, ó donacion colacionable que este les dió ó hizo, lug. cit. nn. 63 y 64.
Colacionar, quando deberá el hijo el enfitéusis de nominacion para el que fue nombrado por su padre, ó su estimacion, lug. cit. nn. 65 y 66.
Colacionar debe el hijo el precio de dicho enfitéusis desembolsado por el padre para comprarle, lug. cit. núm. 67.
Colacionar debe el hijo la finca enfitéutica, nombrándole el padre, y entregándosela en vida, aunque no se hubiese comprado, ni mejorado, lug cit. núm. 70.
Colacionar debe el nieto el enfitéusis de nominacion, así como el hijo; lug. cit. núm. 71.
Colacionar debe el hijo, ó hija el fundo que su padre le dió sin aprecio, ó con el que no causó venta, por la estimacion que se le dé al tiempo de la colacion, sino se mejoró por su industria, ni se deterioró por su culpa; pero si se hizo un aprecio que causó venta, debe colacionarle por el valor, que se le dió entónces; y por qué precio le colacionará, si se hizo de mas valor por la mera industria del hijo, háyale recibido estimado ó inestimado; lug. cit. números 78, 79 y 80.
Colacionar no debe el hijo los bienes que su padre le dió sin apreciar, habiendo perecido sin culpa suya; lug. cit. núm. 82.
Colacionar la dote con los frutos que la finca dotal produxo, ó solamente con los de lo inoficioso, si deberá la hija dotada en vida por el padre, aceptando ó repudiando la herencia de este; y desde quando debe restituir dichos frutos; lug. cit. número. 84.

Colacionar, como se deben los bienes muebles y semovientes siendo apreciados, lug. cit. núm. 81.
Colacionar, si los herederos que en virtud de la division nula recibieron sus partes en bienes que perecieron sin su culpa pendiente el pleyto sobre validacion ó nulidad de ella, tienen que hacerlo de su valor y del de sus frutos, quando se hace nuevamente; part. 2 lib. 2 cap. 9 núm. 15.
Colacionar, qué deben el hijo ó hija, á quien dotaron sus padres, por muerte del que falleció primero, part. 2 lib. 2 cap. 4 número 79.
Colacionar, qué debe el hijo ó hija por muerte de su padre, quando este les dotó ó dió capital, y qué deben colacionar en el mismo caso partiendo con su madre; lug. cit. nn. 81 y 82.
Comodato qué es y de quantas maneras puede hacerse, part. 1 cap. 16 número 35.
Comodato y precario en qué se asemejan y en qué se diferencian, lug. y núm. cit.
Comodatario y comodante á qué estan obligados, lug. cit. núm. 36.
Compañeros, pueden pactar con justa causa que uno perciba mas utilidad, ó no tenga pérdida; pero no que uno participe de toda la utilidad y nada de pérdida, part. 1 cap. 14 número 5.
Compañeros de compañía universal, qué cosas se les comunican, lug. cit. número 8.
Compañero de compañía singular puede tener otra, y no tiene que comunicar lo que compra en su nombre, lug. cit. núm. 9.
Compañero que administra la compañía, á qué está obligado: no puede ser reconvenido en mas de lo que pueda sino en ciertos casos, lug. cit. nn. 11 y 16.
Compañero no puede enagenar su parte á extraño sin consentimiento del otro, lug. cit. núm. 14.
Compañia qué es, qué condiciones requiere para su validacion, quien no puede hacerla, cómo debe hacerse, sobre qué cosas, porqué tiempo, y si pasa á los herederos, lug. cit. nn. 1, 2 y 3.

Compañía se divide en universal y particular, lug. cit. núm. 4.

Compañía en que hay engaño, no vale; pero puede dexarse al arbitrio de tercero la regulacion de la utilidad ó pérdida, lug. cit. núm. 6.

Compañía universal, qué bienes se comprehenden en ella, lug. cit. núm. 7.

Compañía, por qué causas se acaba, y se renueva tácitamente, lug. cit. número. 10.

Compañía, ántes de disolverse qué se ha de deducir del caudal, y qué se ha de hacer, quando está por cumplir el plazo ó condicion de alguna deuda al tiempo de la disolucion, lug. cit. nn. 12 y 13.

Compañía universal: en ella los socios no pueden demandar el crédito del consocio, part. 2 lib. 1 cap. 4 núm. 64, nota.

Compañía, aunque no se haya contrahido nuevamente entre el socio, herederos del difunto y viuda, se comunicará el lucro percibido de cosa de la anterior, lug. cit. núm. 69.

Comparecer en juicio y elegir árbitros quienes pueden, part. 2 y lib. 3 cap. 3 núm. 9.

Comparecer en juicio no pueden los Religiosos profesos sin licencia de sus Prelados, lug. y núm. cit.

Compensacion de la especie debida con la cantidad legada no tiene lugar; pero sí, quando son diferentes especies, y tambien en las deudas á favor del que sobrevive, por disposicion de ley, estatuto, ó costumbre, part. y lib. 2 cap. 6 núm. 94.

Compensar, si se podrá el legado que se hace al tutor con la décima, lug. cit. nn. 95 y 96.

Compensacion, qué es, por qué se introduxo, á quienes pasa, qué efectos produce, qué cosas se requieren para que tenga lugar y se haga rectamente; parte 2 lib. 3 cap. 2 nn. 173 y 174.

Compensacion, en qué parte del juicio, ante qué Jueces, y como ha de intentarse, lug. cit. núm. 175.

Compensar, si podrán los herederos lo que debia el difunto, ó se le debia, lug. cit. nn. 176 y 177.

Compensar, qué pueden los socios con la compañía ó unos contra otros, lug. cit. núm. 178.

Compensar, qué podrá ó no el fiador con el acreedor del deudor principal, y con lo que él mismo debe á este, lug. cit. nn. 179 y 180.

Compensar, qué pueden ó no el padre é hijo con su acreedor uno por otro, ó el acreedor con ellos, lug. cit. núm. 181.

Compensar, qué podrán ó no el procurador ó cesonario con el acreedor de su principal y del cedente, lug. cit. nn. 182 y 183.

Compensacion, no puede usar de ella el deudor habiéndola renunciado: tampoco puede el deudor, aunque sea mancomunado, excepcionarla de lo que su acreedor debe á otro, lug. cit. nn. 184 y 185.

Compensacion, si deberá admitir ó no el Prelado de su débito con lo que el demandado debe á la iglesia; y el poseedor del mayorazgo el suyo con lo que debe á este, lug. cit. número. 186 y nota.

Compensacion, si tendrá lugar de los créditos del tutor y curador con los de su menor, lug. cit. número. 187.

Compensacion, si estará ó no obligado á admitirla el vendedor de lo que debe al comprador en pago del precio de lo vendido, lug. cit. nn. 188, 189 y 190.

Compensacion, para admitirla ó no qué debe mirar el Juez, lug. cit. número. 192.

Compensacion, si tiene lugar con el depósito y comodato, lug. cit. nn. 193 y 194.

Compensacion, si se admitirá ó no con los créditos del fisco y república, ó de algun administrador, lug. cit. nn. 195 y 196.

Compensacion, si se admitirá al demandado por alimentos, con lo que le debe el alimentario, lug. cit. núm. 197.

Compensacion, quando se admitirá con el hecho y con las obras ó servicios que alguno debe hacer, lug. cit. nn. 198 y 199.

Compensacion, si tiene lugar en los delitos, en el dolo y en la culpa, lug. cit. núm. 200.

Compensacion, no usando de ella aquel á quien compete, con qué remedios se le socorrerá, y quando se ha de admitir, lug. cit. núm. 201 y su nota.
Compra qué es, vease venta.
Comprador, qué ha de hacer para poder usar de la eviccion, part. 1 cap. 9 núm. 42.
Comprador, ha de restituir los frutos pendientes al tiempo de la venta, y que percibió en el término del tanteo, lug. cit. núm. 124.
Comprador de un oficio público ó su Teniente no pueden exercerle sin la confirmacion de la Cámara. Advertencia al comprador de oficio que no requiere idoneidad; y qué es necesario para que el Teniente obtenga la aprobacion de la Cámara, parte 1 cap. 25 nn. 3 y 8.
Comprador de los bienes subastados, quando quedará libre del deudor y acreedores, part. 2 lib. 3 cap. 2 nn. 295, 296 y 297.
Comprador, vease vendedor.
Comprar, ninguno puede alhaja enteramente suya ni cosa alguna de criado, part. 1 cap. 9 núm. 14.
Comprar no pueden los ropavejeros en almoneda; lug. cit. núm. 4.
Comprar trigo anticipada la paga por menor precio del que ha de tener al tiempo de la cosecha, es contrato usurario, part. 1 cap. 16 núm. 20.
Comprar los bienes que se venden en almoneda, á qué personas está prohibido, part. 2 lib. 3 cap. 2 nn. 301 y 302.
Conclusion, en los pleytos qué es: si será cosa substancial del juicio, y á quien se debe hacer saber, part. 2 y lib. 3 cap. 1 núm. 384.
Comprometerse, como puede el negocio en la parte contraria, en el Juez ordinario, en los Alcaldes y Oidores, y en el Delegado, part. 1 cap. 22 número. 6.
Comprometientes pueden interponer apelacion de la sentencia de los árbitros é intentar la nulidad, ó la reduccion á alvedrio de buen varon de la de los arbitradores, lug. cit. número. 15.
Comprometientes deben imponerse pena convencional contra el transgresor

y pueden jurar el contrato, lug. cit. núm. 19.
Compromiso qué es, quien puede celebrarle, quando se ha de hacer, y qué negocios pueden comprometerse, part. 1 cap. 22 nn. 1, 2 y 3.
Concurso, de quantas maneras es: qual se llama voluntario ó cesion de bienes: por qué se introduxo y si se podrá renunciar, part. 2 lib. y cap. 3 nn. 1 y 2.
Concurso ó cesion de bienes, quiénes pueden hacerle, y á qué personas no se admite, lug. cit. nn. 3, &c. y 6, y nota.
Concurso, si para hacerle debe estar preso el deudor, y á quienes no se ha de prender por deuda civil ni causas divianas, lug. cit. nn. 7 y 8.
Concurso, para que se tenga por bien formado, qué requisitos son necesarios, lug. cit. nn. 9 &c. y 16.
Concurso, si podrá formarle el concursante en la chancillería ó audiencia territorial, lug. cit. número 17.
Concurso hecho legítimamente, qué efectos produce, y quienes pueden ó no hacerle, lug cit. nn. 19, 20 y 21.
Concurso hasta que se declare por bien formado, qué diligencias se deben practicar; y quales para el nombramiento de administrador de los bienes cedidos, lug. cit. nn. 22, &c. y 25.
Concurso necesario ó pleyto de acreedores, qual se llama y quando se hace: en qué conviene y se diferencia del general y voluntario, lug. cit. nn. 37 y 38.
Condiciones, pueden ponerse en las instituciones de herederos y legados: quantas especies hay de ellas: quales pueden ó deben cumplirse y quando, quales obligan ó no; y siendo de las prohibitivas, qué debe hacer el legatario para percibir el legado, part. 1 cap. 1 nn. 167, 170, &c. y 177, 179 y 180; y part. y lib. 2 cap. 6 nn. 49, &c. y 58, y 61.
Condiciones imposibles por naturaleza é imposibles de hecho: impúgnase esta division, cap. 1 y núm. 70 cit. nota 1.
Condiciones imposibles, si

deberian viciar los testamentos como los contratos, nota 2 núm. 70 cit.

Condiciones causales, quando vician los legados, numer. 61 cit.

Condiciones, quales deben cumplirse poniendo el testador al heredero ó legatario muchas copulativa ó disyuntivamente dirigidas á un solo fin ó á diversos, ó poniéndose á unos y no á otros; cap. 1 cit. nn. 178 y sig. y cap. 6 cit. nn. 63 y 64.

Condicion, poniendo una el testador á muchos basta que qualquiera de ellos la cumpla, cap. 6 cit. número. 65.

Condicion puesta al legatario, siendo causal, no pasa al substituto; pero si es potestativa ó mixta, se entiende repetida en él, excepto que sea coherente á la persona, cap. 6 cit. núm. 67 y nota.

Condicion de no casar, quando es ó no válida, cap. 1 y núm. 180 cit. nota.

Confesor que asiste al testador en su última enfermedad, no puede percibir nada de sus bienes por ningun título, como ni tampoco su iglesia, convento, ni deudo, part. 1 cap. 1 núm. 150.

Confesion ó declaracion judicial qué es, y quantas son sus especies: qué circunstancias ha de tener, y en qué estado del pleyto se puede pedir para que haga fe y aproveche al contrario, part. 2 y lib. 3 cap. 1 nn. 242, &c. y 245.

Confesion extrajudicial en causas civiles, quando perjudica, lug. cit. número. 254.

Confesiones, quales no traen aparejada execucion, parte 2 y lib. 3 cap. 2 número. 13.

Confesion hecha por el deudor en su última voluntad, si será executiva: en qué casos quedará obligado por ella; y sí debe estarse á la que hace en el artículo de la muerte en perjuicio de tercero, lug. cit. núm. 14.

Confesion del menor, quando es executiva, y si lo es la confesion ficta ú obscura, lug. cit. nn. 15 y 16.

Confesion del deudor y el reconocimiento puro de escritura privada no perjudican á sus acreedores

hipotecarios anteriores al reconocimiento, ni á otro tercero; lug. cit. n. 24.
Confesion hecha por otros, á quiénes no perjudica, lug. cit. núm. 25.
Confesion y reconocimiento extrajudicial, para qué y quándo aprovecha, lug. cit. núm. 27.
Confesion de haber recibido la dote hecha por el marido en contrato ántes de casarse, si le perjudicará y á sus herederos, part. 2, lib. y cap. 3 número. 115.
Confesion reiterada de lo mismo, si dañará al marido, ya la haya hecho con juramento ó sin él, ó precediendo al matrimonio promesa de la dote en escritura pública distinta de aquella en que el marido hace la confesion; lug. cit. nn. 118, 119 y 120.
Confesion de lo dicho que alguno hizo durante la sociedad, si perjudicará á los socios, lug. cit. número. 138.
Confesion de lo referido, á quiénes perjudicará ó no, y en qué casos, lug. cit. nn. 130, &c. y 138.
Confesion adminiculada del marido prueba la recepcion de la dote, lug. cit. núm. 134.
Confirmacion de privilegio, qué es, y de quántas maneras se hace, part. 2 y lib. 3 cap. 1 núm. 317.
Cónyuge, no le perjudica en sus bienes que el otro pierda por delito los suyos y su mitad de gananciales; part. 2 lib. 1 cap. 4 núm. 33.
Cónyuge, si muriendo el otro y dexándo herederos legítimos ó extraños, conserva mucho tiempo en su poder los bienes de todos, y con los frutos que producen entre tanto adquiere algunas ganancias, cómo se han dividir, lug. cit. nn. 63, &c. y 67.
Cónyuges, si habiendo hecho los dos pacto recíproco de suceder el uno al otro que muriese sin hijos, si heredarán teniendo ascendientes, part. y lib. 2 cap. 4 núm. 6.
Consanguinidad, línea y grado, qué es, part. 1 cap. 7 núm. 15.
Contestacion, qué es, y de quántos modos puede ha-

cerse, y qué efectos causa, part. 2 lib. 3 y cap. 1 nn. 182 y 183, y nota.

Contestar, en qué término debe el reo la demanda, desde quando ha de empezar á contarse dicho término, y qué se requiere para tener al reo por contumaz; lug. cit. nn. 184, 185 y 186.

Contrato trino qué es, si es lícito, cómo se ordena, y debe extenderse la escritura, part. 1 cap. 14 nn. 17, 18 y 19.

Contratos de cambio marítimo sobre mercaderías en los puertos de comercio deben observarse en lo justo, part. 1 cap. 16 núm. 6.

Contrato pignoraticio con pacto comisorio, quando es lícito, lug. cit. nn. 24 y 25.

Contrato usurario no trahe aparejada execucion respecto á la usura, lug. cit. núm. 30.

Contrayentes, pueden imponerse pena en los contratos, y obligarse á pagar esta y cumplir el contrato, part. 1 cap. 13 números 36 y 38.

Contrabandistas, no acreditando haber dexado tres años ántes este exercicio no pueden obtener oficios de Alcaldes ni otros de república; cédula de 19 de Mayo de 1790, part. 1 cap. 25 apendice.

Contumacia ó rebeldia qué es, quándo se comete, y quántas son sus especies: en qué se diferencia la verdadera de la ficta, y quándo no se tiene al reo por contumaz, part. 2 y lib. 3 cap. 1 nn. 127, &c. y 130.

Contumacia, qué personas citadas no incurrirán en ella, lug. cit. núm. 139.

Conventos, si podrán ó no heredar por representacion de sus individuos: se trata de la sucesion en los bienes de estos y sus parientes, y se refieren las disposiciones de derecho acerca de este punto, part. 1 cap. 4 nn. 8, &c. y 22.

Copia original, quál se llama, por qué se le da este nombre, quándo hará fé, y si puede servir de protocolo no pareciendo este, part. 1 cap. 31 nn. 15 y 20.

Copias, de qué escrituras

puede ó no darlas el Escribano sin mandato judicial : cómo se deben escribir siendo voluminosas , si podrán ir de varias letras , y en quáles se ha de poner la subscripcion ó concuerda , lug. cit. números 17 , 18 y 21.

Corregidores y otros Jueces inferiores , qué fianza deben dar , quando entran á exercer sus oficios , dentro de qué tiempo , y quiénes no pueden ser sus fiadores , p. 1 cap. 19 n. 23.

Corregidores , no pueden arrendar los oficios de justicia ni otros , cuya provision les toca , part. 1 cap. 10 núm. 2.

Corregidores , no pueden ser arrendadores , recaudadores , fiadores , aseguradores ni abonadores de rentas Reales ni concegiles de los pueblos de su jurisdiccion , lug. cit. núm. 3.

Corregidores , Alcaldes mayores y otros Jueces inferiores no pueden habilitar á los menores de 25 años no casados para administrar sus bienes pena de privacion de oficio , part. 1 cap. 18 núm. 39.

Corregimientos y alcaldías mayores cómo han de proveerse y servirse ; cédula de 7 de Noviembre de 1799 ; p. 1 c. 25 apend.

Cosa litigiosa , en qué casos se puede enagenar , y si por razon de pleyto se privará el reo de su uso ó aprovechamiento , part. 2. lib. 3 cap. 1 núm. 106.

C ante R.

Criados , dentro de qué tiempo han de pedir en juicio sus salarios , cómo han de probar la deuda , qué Jueces son los competentes en estas causas , y qué interés por 100 corresponde á aquellos hasta el cobro de dichos salarios ; p. 1 cap. 18. nn. 21 y 22.

Criados , en qué casos podran acusar á sus amos , p. 2 lib. 3 cap. 1 n. 16.

C ante U.

Cuentas , si alguno solicita que otros se las dé estando obligado á ellas , las manda dar el Juez , y qué trámites se deben seguir y pueden ocurrir en este juicio , part. 2 y lib. 3 cap. 2 núm. 47 y su nota.

Culpa, quántas son sus especies: se explican y definen la culpa lata ó grave, leve y levísima, p. 1 cap. 16 núm. 35 nota 2.
Curador, si podrá ser nombrado en testamento, y si el menor puede ser compelido á recibirle, part. 2 lib. y cap. 1. nn. 61 y 62.
Curador de pleyto, quáles son sus facultades, en qué causas le necesita el menor, qué Juez ha de nombrarle, y quándo puede ser removido, lug. cit. nn. 63, 64 y 65.
Curador de pleytos, á quién se ha de dar, y quién debe nombrarle por sí y cómo, y sus diligencias con la citacion del heredero ausente, lug. cit. n. 153.
Curador de pleyto, quando es necesario, aunque le haya de bienes, lug. cit. núm. 177.
Curador del menor, estando imposibilitado de comparecer en juicio, qué puede hacer, part. 2 lib. 3 cap. 1 núm. 19.
Curaduría, qué es, en qué se diferencia de la tutela, á quién se debe dar, y si se puede ó no dexar tutor en testamento, part. 2 lib. y cap. 1 nn. 61 y 62.
Curaduría de pleyto extendida con sus diligencias previas de notificacion, aceptacion, juramento, obligacion y fianza del curador, y discernimiento de la curaduría, lug. cit. nn. 151, 152 y 176.

D.

D ante E.

Declaracion de pobre, qué es, qué solemnidad requiere, en qué se diferencia del testamento del rico, y qué puede disponer en ella el testador, part. 1 cap. 1 nn. 218 y 219.
Declaracion de pobre extendida; lug. cit. n. 280.
Décima, si corresponderá al padre por la administracion del beneficio de su hijo teniéndole baxo su potestad, part. y lib. 2 cap. 3 núm. 39.
Décima, quándo y en qué especies se debe pagar, y

en qué tiempo se prescribe la costumbre de llevarla; part. 2. lib. 3 cap. 2 número. 329.

Décima, hasta quando no puede exigirla el alguacil, y de qué ha de ser, dirigiéndose el mandamiento executivo contra varios deudores por deudas diversas, ó contra un deudor por muchas cantidades, lug. cit. número 330.

Décima, en qué casos no debe satisfacerla el executado; lug. cit. n. 331.

Décima, si se deberá mas que una haciéndose muchas executiones por una deuda, y si exigiéndose se podrán llevar derechos por las diligencias de execucion, lug. cit. numero 333.

Décima, si se deberá mas que una, quando el executado habiendo pagado al acreedor repite con su lasto contra los correos mancomunados, lug. cit. num. 334.

Décima, si se deberá partir entre dos Jueces ó ministros executores que entiendan en la execucion; y en caso de dudarse si el executado ha de pagarla, á quien toca declararlo; lug. cit. núm. 336.

Deduccion, qual se ha de hacer de la herencia, si alguna finca hereditaria de dentro ó fuera de la corte está gravada con censo enfitéutico perpetuo; part. 2 lib. 1 cap. 3 número. 49.

Defensor del concurso quando ha de pretender, que la sentencia de graduacion se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada; part. 2 lib. y cap. 3 num. 229.

Delegacion qué es, qué se requiere para que por ella se haga novacion, y quando el deudor y el delegado, ó el uno solo quedarán obligados, part. 2 lib. 3 cap. 2 num. 207, 208 y 209.

Delitos, quales pueden perdonarse por dinero, parte 1 cap. 28 num. 6.

Demanda, qué es, y como se ha de poner, part. 2 lib. 3 y cap. 1 num. 23.

Demanda, qué cosas debe contener, lug. cit. numeros 47 y 48.

Demanda, quando se podrá corregir, mudar ó am-

pliar, lug. cit. num. 76 y su nota.
Demandando dos á uno por una misma cosa, á qual se ha de responder primero, y si ámbos lo hacen á un tiempo, qué ha de hacer el Juez, lug. cit. numer. 77.
Demanda, como se han de entender sus palabras en caso de duda: se explican las cláusulas generales que se suelen poner en las demandas; lug. cit. num. 78, 79 y 80, y sus notas.
Demandas contra algun cuerpo ó persona particular que no puede ser hallada, es suficiente notificarlas al apoderado ó síndico, lug. cit. numeros 115 y 116.
Demandado vecino del pueblo del juicio, si ha de comparecer por sí ó por procuradores, y siendo citado por varios Jueces, ante qual debe hacerlo; lug. cit. num. 117 y 118.
Demanda de reivindicacion, auto y notificacion, extendidas, lug. cit. numer. 471, 472 y 473.
Denuncia de obra nueva, como se ha de hacer, en qué lugar, á quien y qué fuerza tiene, part. 1 capitul. 27 num. 3, 4 y 5.
Denunciado, como podrá proseguir la obra, lug. cit. num. 5 nota 2.
Denunciador, qué debe solicitar, lug. cit. num. 5, nota 1.
Depositante, quando se preferirá á los acreedores del depositario, part. 1 capit. 17 num. 8.
Depositario, quien puede serlo; como debe cuidar las cosas depositadas, en qué pena incurre, sino lo hace, y quando debe responder de ellas, si se pierden por caso fortuito, lug. cit. num. 2 y 3.
Depositario y sus herederos, quando y como deben ó no restituir la cosa depositada, lug. cit. num. 4 y 5.
Depositario, como ha de ser, quanto tiempo ha de tener el depósito, en qué pena incurre, si le niega, y si pueden serlo el Juez y Escribano de la causa, lug. cit. num. 7.
Depositario, puede retener el depósito por las expensas hechas en él, lug. cit. num. 9.

Depositarse y seqüestrarse porqué causas pueden las cosas litigiosas, lug. cit. num. 6.

Depósito qué es, quantas son sus especies, y qué cosas pueden depositarse, lug. cit. num. 1.

Depósito y translacion de cadáveres, como debe hacerse, lug. cit. num. 11.

Depósito judicial, ó qualquiera otra consignacion de caudales en donde debe hacerse; Real decreto de 19 de Septiembre de 1798, lug. cit. en el apéndice.

Depósito, qual se llama regular y qual irregular; part. 2 lib. y cap. 3 numer. 167 y 168.

Derechos de inventario, tasacion, particion, y otros que ocurran hasta la conclusion de este juicio, de donde y como han de deducirse, part. 2 lib. 1 capit. 3 num. 56, 57, 58 y 59.

Derecho de acrecer en el usufructo, quando tiene lugar; y si le tendrá tambien, quando marido y muger donan á alguno todos sus bienes reservándose el usufructo, y muere uno de los donantes, part. 2 lib. 1 cap. 7 numer. 31 y 32.

Derecho de acrecer en la legítima de los hijos, sean instituidos solos, ó juntamente con extraños, quando tendrá lugar, part. y lib. 2 cap. 1 numer. 11.

Derecho de acrecer, tiene lugar en las mejoras y donaciones por temor de muerte, y en la donacion que haga el Soberano á dos ó mas; lugar cit. num. 87, 88, 89 y 94.

Derecho de acrecer, quando tendrá lugar en la donacion pura, y como ha de dividirse la parte vacante de la mejora que competia á uno de los mejorados muerto ántes que su padre, por cuya razon recayó en este; lugar cit. num. 90, &c. y 93.

Derecho de acrecer entre los conjuntos tiene lugar en los legados y fideicomisos particulares; pero no, quando no hay conjuncion; part. 2 lib. 2 cap. 6 num. 82 y 83.

Derecho de acrecer; si ten-

drá lugar, quando el testador lega á uno la mitad de una cosa y la otra mitad á otro; nota 1 al num. 83 citado.

Derecho de acrecer, no tiene lugar faltando el legado por varios motivos que se expresan, lug. cit. numer. 84.

Derecho de acrecer, no se apoya al presente en los principios de la jurisprudencia romana, y solo tendrá lugar siendo conforme á la voluntad del testador; part. y lib. 2 cap. 8 numero 15 y su nota.

Descendientes legitimos, á qué parte de los bienes de sus ascendientes tienen derecho, part. 1 cap. 1 num. 49.

Descendientes, qué han de traer á colacion y partidion, lugar citado numer. 52.

Descendientes legitimos pueden disponer del tercio de sus bienes en perjuicio de sus ascendientes, lug. cit. num. 57.

Descendiente, si podrá consignar el tercio legándole á extraño, lug. cit. numer. 67.

Descendientes, por qué son llamados á la sucesion primero que los ascendientes, lug. cit. numero 60, nota 1.

Descendientes no pueden substituir exemplarmente á sus ascendientes, lug. cit. num. 96.

Descendientes, pueden exheredar á sus ascendientes por ocho causas, lug. cit. num. 138 y 139.

Descendiente legitimo, regularmente hablando debe colacionar todo lo que recibió de su ascendiente, part. y lib. 2 cap. 3 numer. 19.

Descendientes, de qué parte de sus bienes pueden disponer en perjuicio de sus ascendientes, y de quales se ha de deducir, part. y lib. 2 cap. 4 numer. 10 y 11.

Descendientes, si podrán consignar el tercio dexándole á extraño, lug. cit. num. 16.

Despojado por fuerza ó clandestinamente, qué remedio le compete para recuperar la posesion, contra qué personas y sobre qué bienes, y dentro de qué término ha de inten-

tarle, y quienes no pueden usar de él; part. 2 y lib. 3 cap. 1 num. 214, &c. y 221.

Despojador, en qué pena incurre, lug. y num. 221 cit.

Despojado, si debe responder á la reconvencion del interdicto de retener sobre la misma cosa que le hace el despojador, lug. cit. num. 224.

Despojado, ha de ser restituido, aunque ademas del despojador pretenda un tercero la cosa como suya, lug. cit. num. 227.

Deudas, por quales pueden ser presos los Abogados, Médicos, Maestros de primeras letras, Militares, Criados y Secretarios del Rey; part. 1 capit. 18 num. 43.

Deudas contrahidas en el matrimonio, si consumen el capital y gananciales, no se prorratean entre marido y muger; part. 2 libro 1 cap. 3 num. 45.

Deudas, quales se han de deducir ántes de dividir los gananciales. Habiendo contrahido aquellas ámbos cónyuges insolidum podrá reconvenirse por el todo á la muger, lug. cit. num. 49.

Deudas que un consorte tenia al tiempo de su casamiento, como se han de deducir, lug. cit. num. 50.

Deudas: si habiéndolas llevado y ningun caudal al matrimonio uno de los cónyuges, se pagan durante aquel, qué percibirá; lug. cit. num. 51.

Deuda, no se prueba por la confesion de ella en testamento ó codicilo, y se tiene por legado; part. y lib. 2 cap. 6 num. 41.

Deuda, siendo remitida en contrato ó última disposicion, de qual se entiende, y quales se comprehenden en la liberacion general; lug. cit. num. 42.

Deudas: por quales puede la justicia compeler á comprar los bienes que se subastan, part. 2 lib. 3 cap. 2 num. 298 y nota.

Deuda hipotecaria que procede de tutela, curaduría y administracion pública, ó de iglesia, comunidad, república, rentas Reales, cambio, banco ó depositario, público ó privado; de qué privilegio

goza; part. 2 lib. y cap. 3 num. 185.
Deudor, puede empeñar todas sus obras en favor de su acreedor, part. 1 capít. 18 num. 4 nota 1.
Deudor, en qué especie debe pagar lo que se le presta, lug. cit. num. 35.
Deudor, quando debe ó no satisfacer á su fiador lo que pagó por él, part. 1 cap. 19 num. 12.
Deudores, quando deben dar fianzas, lug. cit. numer. 14.
Deudores mancomunados, véase mancomunados.
Deudor, quando está ó no obligado á dar fianzas de arraygo, ó prestar caucion juratoria; lug. cit. num. 34 y 35.
Deudor, si pretende descuento ó minoracion de débitos, qué se ha de observar, part. 1 cap. 21 n. 2.
Deudor, donando algo á su acreedor, no se presume hacerlo por compensar lo donado con la deuda; part. y lib. 2 cap. 6 numer. 91.
Deudor, legando simplemente á su acreedor alguna cosa, si se compensará con la deuda necesaria ó voluntaria; lug. cit. num. 92 y 93.
Deudor, como se le ha de notificar el estado de la execucion, pueda ó no ser habido, part. 2 lib. 3 cap. 2 num. 126.
Deudor, en qué pena incurre no pagando dentro de las 72 horas siguientes á la de la notificacion de estado: el Escribano debe apercibirle con ella y expresar en la notificacion la hora en que se la hace; lug. cit. num. 127 y 128.
Deudor, ántes ó despues de habérsele notificado el estado de la execucion ha de ser requerido por el alguacil que dé fiador de saneamiento, ó en su defecto ser arrestado: quien ha de ser el fiador y á qué se ha de obligar; y qué personas han de ser presas no dando fianza de saneamiento; lug. cit. numer. 136 y 137.
Deudores del executado, si han de ser citados de remate, y para los pregones, lug. cit. num. 160.
Deudor, alegando que pagó por yerro y negándolo el acreedor, quien de-

be justificarlo, lug. cit. num. 168.
Deudor, quando queda obligado á la eviccion ó saneamiento de los bienes que se le subastaron, lug. cit. num. 307.
Deudor, en qué casos tendrá accion para recuperar los bienes que se le vendieron judicialmente, ó se adjudicaron al acreedor, lug. cit. num. 308, &c. y 312.
Deudor, qué ha de pagar perteneciendo la deuda al fisco, ó á la hermandad, lug. cit. num. 332.
Deudor, no conformándose con el perito nombrado por el acreedor, qué se ha de hacer, lug. cit. num. 365.
Deudor, quando podrá usar de su derecho contra sus acreedores, arrepentirse del concurso é impedir la venta de sus bienes, part. 2 lib. y capít. 3 num. 33.
Deudor, no pierde por el concurso ó cesion de sus bienes el dominio de ellos ni sus acciones, lug. cit. num. 35.
Deudor, qué debe hacer para que le aproveche la moratoria, lug. cit. numer. 196.
Deudor, si creyendo serlo paga, recobrará lo entregado, si prueba que no lo es, lug. cit. num. 201.
Deudor, quando estará obligado á afianzar los créditos á sus acreedores que le han concedido espera, lug. cit. num. 204.
Deudor, qué ha de practicar para no ser molestado por los acreedores que asintieron á la espera, lug. cit. num. 205.
Deudor, queriendo hacer cesion de sus bienes, y los acreedores concederle espera, qual de las dos se admitirá, lug. cit. numer. 207.
Deudor siendo cambiante, mercader ó factor qué se ha de practicar, alce ó no su persona, bienes y libros, ó huya, ó se refugie á la iglesia, y si le competirá el beneficio de la cesion de bienes, espera, y remision de acreedores, lug. cit. num. 211.

Diante I.

Dias feriados, quales son y quantas sus especies, par-

te 2 lib. 3 cap. 1 num. 8.
Dilacion, véase término.
Dispensa de comparecer en el Consejo los Escribanos á exâminarse, ó de edad toca á la Cámara consultarlas á S. M. part. 1 capit. 18 num. 39.
Division, qué es, véase particion.

D ante O.

Dolo, qual se llama verdadero, y qual presunto, part. 2 lib. y cap. 1 numer. 139.
Dolo qual se llama bueno y qual malo, y de quantos modos se comete, part. 2 lib. 3 cap. 2 num. 238 y 239.
Dominio, qué es, quantas especies hay, por quales medios se adquiere: qué cosas pertenecen al hombre en comun y en particular; part. 1 cap. 9 numer. 70, 71 y 72.
Dominio de lo comprado se transfiere al comprador, aunque al tiempo de la venta no pague el precio; lug. cit. num. 18.
Dominio directo, porqué medios se prueba, part. 1 cap. 11 num. 12 y 13.
Dominio revocable ó irrevocable del legado modal, quando se adquiere, part. y lib. 2 cap. 6 numer. 59.
Donacion qué es: de quantos modos puede celebrarse: se divide en donacion entre vivos y donacion por causa de muerte, y aquella se subdivide en propia é impropia; part. 1 cap. 12 num. 1 y 2.
Donacion de todos los bienes, quando será ó no válida, lug. cit. num. 4.
Donacion, quando exigirá insinuacion y como se hace esta, num. 44: se extienden el pedimento y auto correspondientes á ella; es indispensable que la apruebe el Juez: la donacion sin este requisito no vale en lo que excede de 500 maravedis de oro; lug. cit. num. 5 y 6.
Donacion hecha sin insinuacion no debe valer por razon del juramento, lug. cit. num. 5 nota.
Donaciones, quales no necesitan de insinuacion, lug. cit. num. 8.
Donacion hecha con fraude por no pechar no vale, lug. cit. num. 9.

Donacion hecha al ausente, para que no pueda revocarla el donante, qué se ha de hacer, lug. cit. numer. 13.

Donacion hecha entre los esposos de futuro, quando será ó no válida, y quando la que hace un cónyuge á otro, lug. cit. num. 14, &c. y 17.

Donacion, quien puede revocarla por causa de ingratitud, y quales no pueden revocarse por esta causa; lug. cit. num. 21 y 24.

Donacion, quando se entiende revocada; y cláusula para que sea irrevocable la que un ascendiente hace á extraño de aquello de que puede testar, aunque despues le nazcan hijos, lug. cit. num. 22 y 23.

Donacion, si convalecerá, quando en vida del donante mueren los hijos, por quienes se revocó, lug. cit. num. 22 y nota.

Donaciones, quáles se revocarán ó no en todo ó en parte de las hechas á iglesias, monasterios, ú otro lugar pio, lug. cit. num. 25, &c. y 29.

Donacion por causa de muerte qué es, quién puede hacerla y recibirla, de quáles bienes y por qué causas, de quántas maneras puede hacerse, y en qué tiempo se mira la capacidad del donatario, lug. cit. num. 33 y 34.

Donacion por temor de muerte se entiende revocada tácitamente muriendo el donatario ántes que el donante, lug. cit. numer 34 nota.

Donacion por temor de muerte entre marido y muger es válida, lug. cit. num. 35.

Donacion, en qué conviene con el legado, y qué solemnidad de testigos es necesaria en su otorgamiento, por qué causas se revoca, y cómo se hará irrevocable, lug. cit. num. 36, 37 y 38, y nota.

Donaciones, por qué motivos se invalidan, lug. cit. num. 41.

Donacion remuneratoria que se hace á los cónyuges constante el matrimonio, si se les comunica, part. 2. lib. 1. cap. 4 num. 17 y 18, y nota.

Donacion hecha por los parientes del marido á su muger, ó por el contrario al tiempo ó despues del casamiento, quándo será comunicable; lug. cit. num. 23.

Donacion pura que se hagan los cónyuges putativos, no vale, lug. cit. núm. 28.

Donacion, para que se deban restituir los frutos de lo donado, basta sepa el donatario el nacimiento de los hijos del donante, aunque este nada diga de revocar la donacion; parte 1 lib. 4 cap. 2 num. 115.

Donacion ó mejora revocada en el todo debe el donatario ó mejorado restituir los frutos desde su revocacion, lug. cit. numer. 118.

Donacion de una misma cosa hecha por el Rey á dos en diversos tiempos, qual será preferido, part. 4 libr. 2 cap. 5 num. 55.

Donaciones causales, son colacionables, no las simples excepto en tres casos, lug. cit. num. 61.

Donaciones causales, quales son, lug. cit. num. 62.

Donaciones, quales se llaman inoficiosas y qué se ha de mirar para ver, si los son ó no: insértase la ley 29 de Toro; lug. cit. num. 77.

Donacion simple que no completó el total de la mejora hecha por el padre en vida á uno de sus hijos, si mejorando aquel en última voluntad expresamente á otro hijo en el tercio y quinto de sus bienes se agregará al total de estos para deducir dicho tercio y quinto: para la inteligencia y resolucion de este caso se forma la cuenta de quatro modos: se explican al mismo intento las leyes 19, 23, 25 y 26 de Toro; lugar citado numer. 92, &c. y 100.

Donante, quándo está obligado á la eviccion, part. 1 cap. 12. num. 3.

Donante, por qué causas puede revocar la donacion, y quándo no la podrá revocar por ningun motivo, sobre lo qual se refieren las opiniones de los AA. acerca de la inteligencia de la ley 67 tit. 18 part. 3, y se da un consejo al Escribano; lug.

cit. num. 18, 19 y 20.
Donar, quiénes no pueden, y qué puede donar el hijo que está baxo la pátria potestad sin licencia de su padre, lug. cit. numer. 10, 11 y 12.
Donatario, qué frutos debe restituir revocada la donacion pura, lug. cit. numer. 18.
Donatario, si revocada la donacion que se le hizo por temor de muerte, debe restituir los frutos, lug. cit. num. 37.
Donatario, no tiene que restituir los frutos percibidos y consumidos ántes de saber el nacimiento de los hijos del donante, part. lib. y cap. 2 numer. 116.
Dote y arras, qué son y quándo se pueden constituir y aumentar, part. 1 cap. 13 num. 1 y 2.
Dote, consistiendo en ganados sin apreciar, qué obligacion tiene el marido, lug. cit. num. 6.
Dotar, quándo debe el padre á sus hijas, y quiénes mas pueden ser compelidos á dotar las mugeres, lug. cit. num. 9.
Dote, quándo y cómo debe darse, y si quien la da á la que presume ser su parienta y no lo es, podrá demandársela, lug. cit. num. 10.
Dote de bienes muebles y raices, cómo ha de constituirse, y á quién toca el riesgo, si consiste en deudas, lug. cit. num. 11.
Dote que consiste en renta vitalicia, empleo, ó usufructo, cómo se constituye, lug. cit. num. 12.
Dote, quiénes estan obligados al saneamiento de ella: el que la da ó recibe apreciada, puede pedir se deshaga el agravio de la valuacion; lug. cit. numer. 13.
Dotar, en quánto pueden los padres y abuelos, lug. cit. num. 17.
Dote, de qué bienes se ha de pagar, lug. cit. n. 18.
Dote de bienes muebles ó raices, quándo se ha de restituir, lug. cit. num. 31.
Dote, quál ha de deducirse previamente del cuerpo del caudal, y en qué especies debe restituirla el marido, part. 2 lib. 1 capit. 3 num. 4, 5 y 6.
Dote, en qué bienes estan obligados á pagarla los

herederos del marido, lug. cit. num. 7.
Dote, de dónde se ha de deducir, habiéndola empleado el marido en usos agenos de la sociedad conyugal, lug. cit. num. 14.
Dote, consistiendo en deudas, quándo debe responder de ellas el marido, lug. cit. num. 15 y 16.
Dote que consiste en deudas, si la disminuirán los gastos que haga el marido en su cobranza, lug. cit. num. 17.
Dotes, si concurren dos, quál se debe deducir primero, lug. cit. num. 20, &c. y 25.
Dote confesada, de qué privilegio goza, cómo se ha de deducir entre herederos legítimos y extraños, y si perjudica al marido la confesion de haberla recibido; lug. cit. num. 26 y 27.
Dote, sus privilegios tienen lugar en el matrimonio putativo, part. y lib. cit. cap. 4 num. 28.
Dote, cómo se ha de devolver mejorando el marido los bienes dotales, y mandando en su testamento que sus herederos entreguen libremente á su muger los que llevó á su poder, ó que le restituyan su dote, lug. cit. num. 60.
Dote ofrecida por los padres juntos, ó el padre solo á los hijos, de qué bienes se ha de pagar, haya ó no gananciales, lug. cit. numer. 73 y 74.
Dote que el padre y madre viudos ofrecen á sus hijos, se ha de sacar de los gananciales, lug. cit. numer. 78.
Dote, quién debe probar su exceso, part. lib. y cap. 2 num. 72.
Dote, para ver si es excesiva, á qué tiempo se ha de atender, lug. cit. num. 73.
Dote, en qué conceptos se estimará confesando el marido en testamento ú otra última voluntad haberla recibido, y en qual si hace la confesion en contrato, constante el matrimonio; part. 2 lib. y cap. 3 num. 121 y 122.
Dote de la primera muger, en qué bienes será preferida á la de la segunda, lug. cit. num. 153.

D ante U.

Dueños y Tenientes de oficios enagenados de la corona, qué deben hacer para continuar en su posesion. Real cédula de 9 de Noviembre de 1799; part. 1 cap. 25 apend.

Dueños jurisdiccionales, si tienen partes iguales ó desiguales en la jurisdiccion de algun pueblo, cómo la han de exercer; part. 2 lib. 1 cap. 2 numer. 53.

E

E ante C.

Eclesiásticos é iglesias, no pueden adquirir por ningun título ni retener bienes raices sin licencia del Rey, debiendo vender los que llegaren á su poder en el término de un año; part. 1 cap. 1 numer. 251.

E ante L

Elecciones de justicia en territorio de las órdenes, quién debe conocer de ellas. Cédula de 23 de Agosto de 1793, part. 1 cap. 25, apéndice.

E ante M.

Emancipacion qué es, qué se requiere para que sea válida, cómo y ante quién se debe hacer, part. 1 cap. 26 num. 24.

Emancipacion, ha de ser para todo, lug. cit. numer. 25.

Empeñarse, qué cosas pueden ó no, part. 1 cap. 18 num. 4, &c. y 7.

Empeñar, quién puede sus bienes y los agenos, lug. cit. num. 8.

Empeño, cómo puede hacerse, lug. cit. num. 9.

E ante N.

Encartado, quién se llama, part. 1 cap. 18 num. 52.

Enfitéusis, quándo se ha de colacionar ó no, part. y lib. 2 c. 3 n. 65, &c. y 71.

Enfitéuta, debe requerir al

señor del dominio directo, quando trate de vender la cosa enfitéutica, part. 1 cap. 11 num. 11.

Enfitéusis, quándo se concede por ciertas vidas y generaciones, cómo se cuentan estas, part. 1 capit. 11 num. 6.

Enfitéusis, por qué causas se acaba: no se halla en uso la pena de comiso; y si quando se pierda en todo ó en parte la cosa enfitéutica, se deberá pagar la pension; lug. cit. num. 9 y 10.

Enfitéusis ó foros del reyno de Galicia, qué son, y cómo pueden dar á foro en aquel reyno las fincas de sus encomiendas los Comendadores de San Juan; lug. cit. num. 5 y 7.

Enfitéuta, no habiendo comprado el enfitéusis de nominacion, si nombra en vida ó en testamento á su hijo para que le goce, no está obligado á colacionarle ni su estimacion, part. y lib. 2 cap. 3 numer. 65.

Engaño, véase lesion.

E ante R.

Ermitaños que viven baxo de regla aprobada, no pueden testar, part. 1 capit. 1 num. 22.

E ante S.

Esclavos, pueden venderse como otra qualquiera cosa, part. 1 cap. 9 num. 49.

Escribano, si puede ó no autorizar testamento en esta corte y en ocho leguas en contorno sin mandas á los Reales hospitales de ella, part. 1 cap. 1 numer. 32.

Escribano, qué órden ha de observar en la extension del testamento, lug. cit. num. 34.

Escribano, quándo necesita ó no auto judicial para protocolizar la memoria testamentaria, lug. cit. num. 166.

Escribano, quándo podrá ser testamentario del que testa ante él, lug. cit. numer. 198.

Escribano, si deberá ó no autorizar testamento hecho en virtud de poder pasado el término legal, lug. cit. num. 215.

Escribano que autoriza escritura en que el novio renuncia la ley que le prohibe ofrecer en arras á la novia mas que la décima parte de sus bienes libres, ó darle en joyas ó vestidos mas que la octava de su dote; en qué pena incurre; part. 1 capit. 13 num. 19.

Escribano, si podrá aceptar por el donatario ausente la donacion que se le hace, part. 1 cap. 12 numer. 13.

Escribano, en qué pena incurre autorizando contrato de préstamo ó fianza en que el hijo se obliga sin licencia de su padre, part. 1 capit. 16 numer. 4.

Escribano, cómo debe portarse para tomar la minuta ó razon del testamento, mayormente estando enfermo el testador; y si miéntras este vive, deberá revelar su contenido y dar testimonio de él; part. 1 cap. 1 num. 238.

Escribano, cómo ha de hacer la pregunta al testador sobre á quién instituye heredero, lug. cit. num. 239.

Escribano, cómo ha de conducirse, quando haya de testar el que está convulso y tiene trabada la lengua, ó el loco con lúcidos intervalos, lug. cit. num. 240 y 241; y cómo, quando quiere hacer testamento quien no habla ni entiende su idioma, y no sabe ó no puede escribir, ó quien sabe y puede y entiende el idioma, mas no le habla; lug. cit. num. 242 y 243.

Escribano, qué debe prevenir al testador, quando lega simplemente su plata, vestidos, &c., lug. cit. num. 157.

Escribano, puede autorizar el testamento en que es instituido heredero, si es abierto, no, si es cerrado. Tambien puede autorizar qualquiera otro instrumento que sea contra sí, lug. cit. num. 244.

Escribano, no es preciso que dé fé en el otorgamiento de las últimas voluntades de que conoce al testador, ó que depongan de su conocimiento dos de los testigos instrumentales, lug. cit. num. 245 y 246.

Escribano, autorizando qualquiera disposicion en favor del Confesor que asiste al testador en la última enfermedad, como tambien de su iglesia, convento, ó deudo, y los testigos instrumentales, en que pena incurren; part. 1 cap. 1 num. 150.

Escribano que autorice escritura sobre préstamo en mercaderías, incurre en pena de suspension de oficio por dos años, part. 1 cap. 16 num. 6.

Escribanos y Notarios, quánto tiempo tienen para pedir sus derechos y salarios, part. 1 cap. 18 numer. 23.

Escribano, de qué y baxo quáles penas debe enterar á la muger casada, quándo contrae y se obliga: de dichas penas la de cortarle la mano derecha no está en uso, lug. cit. num. 56, nota.

Escribano, qué debe hacer, quando la muger divorciada quiere enagenar sus bienes, lug. cit. num. 59.

Escribano, no debe obligar de mancomun al marido, quando solo concurre como tal al contrato que celebra su muger, lug. cit. num. 60.

Escribano, debe recibir el juramento al contrayente, leerle despacio la escritura, y enterarle de las leyes que renuncia, lug. cit. num. 61.

Escribanos de la audiencia de Galicia, qué deben afianzar y hacer, part. 1 cap. 19. num. 24.

Escribano, cómo ha de extender las fianzas y precaverse en su admision: quándo será ó no responsable por la insuficiencia de ellas, lug. cit. numer. 30.

Escribano, qué quiere decir, quántas clases hay, y por qué se llama tambien Secretario y Notario, part. 1 cap. 31 num. 1.

Escribano, qué debe practicar, quando otorga algun instrumento, lug. cit. num. 9, 10 y 11.

Escribano debe saber qué ha de hacer y como, y qué no ha de hacer, lug. cit. num 22.

Escribanos de Cámara, á quienes no deben recibir por fiadores de los Jueces de Comision, lug. cit. num. 23.

Escribanos de las iglesias ó Notarios, no pueden usar sus oficios entre legos en materias temporales, y los de Número y Concejo no han de llevar salario de nadie; lug. cit. numer. 24.

Escribanos, como han de entregar los procesos que pasan ante ellos, y de que se apela al ayuntamiento, y si podrán dar autos de ellos sin órden del Juez; lug. cit. num. 25.

Escribanos, como deben extender y custodiar los instrumentos, lug. cit. num. 26.

Escribanos no pueden ser regatones ni Abogados de las partes; y quales pueden ó no ser Agentes de negocios; lug. cit. numero 27.

Escribanos de Número y Concejo, de qué cosas no pueden ser fiadores ni abonadores, y á quien no no deben llevar derechos; lug. cit. num. 28.

Escribano, de qué cosas no puede ser depositario ni tesorero, lug. cit. numero 29.

Escribano, sino conoce á los otorgantes, qué debe hacer, lug. cit. num. 26.

Escribano, qué escrituras no debe autorizar, lug. cit. num. 30.

Escribanos Reales deben decir en la subscripcion de donde son vecinos, y presentar sus títulos á los ayuntamientos: en qué pueblos y qué contratos pueden autorizar; lug. cit. num. 31 y 32.

Escribanos, de qué conventos, hospitales y personas no deben llevar derechos; lug. cit. num. 33.

Escribanos, donde hay copia de ellos, no pueden admitir demanda de hermano ó primo; y como han de dar los testimonios de apelacion; lug. cit. num. 34.

Escribano, debe exâminar por sí mismo los testigos, y qué se ha de hacer en caso de justo impedimento, lug. cit. num. 35.

Escribanos no deben buscar dinero á censo para nadie, llevando interes, ni los del Número y Ayuntamiento usar de estos oficios teniéndolos arrendados, ni los propietarios darlos en confianza, ni servirlos, sin tener de pa-

trimonio la tercera parte de su valor; lug. cit. numer. 36.

Escribano, en qué término ha de dar á las partes copia de las escrituras, y qué deben poner al pie de ellas; lug. cit. num. 32 y 38.

Escribanos que salieren fuera del pueblo de su residencia á hacer muchas execuciones, qué deben practicar, lug. cit. numer. 39.

Escribanos de Ayuntamiento, qué obligaciones tienen, lug. cit. num. 40 y 41.

Escribanos, si podrán dar sin mandato de Juez testimonio de lo que pasa ante ellos, lug. cit. numer. 42.

Escribano, como ha de proceder en el inventario, y en quien han de depositarse los bienes, part. 2 lib. 1 cap. 1 núm. 26.

Escribano, teniendo ó no lugar la acumulacion de autos, qué debe hacer, quiténsele ó no; parte 2 lib. 3 capit. 1 numer. 173.

Escribano, cómo ha de exâminar los testigos: no debe hacerles preguntas ni réplicas sugestivas, las quales son claras ó paliadas; lug. cit. num. 276, &c. y 280; y cómo ha de extender sus dichos, numer. 284.

Escribano de buena ó mala fama, que afirma ó niega haber hecho el instrumento, si debe ser creido, quando los testigos afirman, ó niegan, ó dicen, que no se acuerdan de haber presenciado su otorgamiento; lug. cit. num. 303.

Escribano originario del pleyto: qué es necesario para recusarle y como ha de recusarse al acompañado: que se debe observar en la recusacion de los Escribanos Reales en los pueblos donde actuan; lug. cit. num. 413, 414 y 415.

Escribano acompañado del originario: quien debe pagarle sus derechos, lug. cit. num. 416.

Escribano ha de preguntar al executado, si renuncia los pregones, &c. part. y lib. cit. cap. 2 numer. 129.

Escritura de recepcion de

Monja, part. 1 cap. 4 numer. 33.
Escritura de renuncia de Monja, lug. cit. num. 34, y advertencia sobre las escrituras de renuncias, lug. cit. num. 35.
Escritura de licencia para testar, lug. cit. num. 36.
Escrituras de recepcion de Religiosas, tratados de Monja, renuncias de legítimas, herencias futuras y sus ratificaciones, en qué papel se han de escribir, lug. cit. num. 38.
Escritura de fundacion de mayorazgo regular con facultad Real, part. 1 capit. 7 num. 63.
Escritura de agregacion de bienes á mayorazgo, como se ha de extender; lug. cit. núm. 64.
Escritura de fundacion de vínculo de mejora de tercio y quinto hecha en contrato; lug. cit. numer. 65. Sobre ésta se hace una advertencia al Escribano, num. 66.
Escrituras de fundacion de mayorazgos y vínculos en qué papel se han de copiar, lug. cit. num. 67.
Escritura de fundacion de patronato Real de legos; y qué se ha de expresar en ella para que el patronato sea irrevocable; parte 1 cap. 8 num. 24 y 25.
Escrituras de fundacion de capellanía mercenaria é incompatible á título de patronato Real de legos con la que nadie puede ordenarse, y de capellanía laical para ordenarse á título de ella como de patrimonio; lug. cit. numero 26 y 27.
Escritura de fundacion de capellanía colativa, lug. cit. num. 28.
Escritura de nombramiento de Capellan, y advertencias sobre ella, lug. cit. num. 29 y 30.
Escritura de donacion de capilla, lug. cit. num. 31.
Escritura de fundacion de escuela de primeras letras, lug. cit. num. 32.
Escritura de fundacion de memoria para casar huerfanas, lugar citado numer. 33.
Escrituras de fundaciones de patronatos, aniversarios, capellanías y memorias perpetuas, de donacion de capilla, nombramiento de Capellan, ó Prebendado, en qué pa-

pel se han de copiar; lug. cit. num. 34.
Escritura de venta de casa, part. 1 cap. 9 num. 135. Advertencias sobre varias cláusulas de esta escritura y la carga Real de aposento; num. 136.
Escritura de venta á tasacion, y se ordena su cláusula, lug. cit. num 137.
Escritura de venta de esclavo y prevenciones acerca de ella, lug. cit. num. 138 y 139.
Escrituras de venta de lana, de censo y de juro, lug. cit. num. 140, 141 y 142.
Escritura de venta de oficio renunciable de Escribano, lug. cit. num. 143.
Escritura de venta de casa y prevencion sobre esta escritura, lug. cit. número 144 y 145.
Escritura de venta de villa, lug. cit. num. 146.
Escritura de venta de bienes de convento: su cabeza, y primero y tercer tratado ó junta de los Religiosos, lug. cit. num. 147, 148 y 149. Cabeza y pie de venta judicial, lug. cit. num. 150.
Escrituras de retroventa, y de permuta de bienes profanos, y advertencias sobre esta escritura, lug. cit. num. 151, 152 y 153.
Escritura de permuta de piezas eclesiásticas, lug. cit. num. 154.
Escritura de libertad de esclavo, lug. cit. num. 160.
Escrituras de venta y retroventa, de permutas de qualesquiera géneros ó especies, y de libertad, posesiones judiciales ó extrajudiciales, y los tratados, en qué papel se han de copiar y escribir; lug. cit. num. 161.
Escritura de arrendamiento, qué cláusulas ha de contener para su firmeza, part. 1 cap. 10 num. 35.
Escrituras de arrendamiento de tierras, y de alquiler de casa: prevenciones útiles acerca de estas escrituras y del subarriendo, y en qué papel se deben sacar sus copias; lug. cit. num. 36, &c. y 39.
Escritura de censo reservativo redimible, como se ha de extender; part. 1 cap. 11 num. 52.
Escritura de censo vitalicio á dinero como se ordena: se ponen dos cláusulas precisas, lugar citado nu-

mero 63 y 64.
Escritura de censo enfitéutico, lug. cit. num. 72.
Escritura de censo consignativo, lug. cit. num. 75.
Escritura de censo reservativo al quitar y prevenciones acerca de esta escritura, lug. cit. num. 76 y 77.
Escritura de dacion de una finca á censo por ciertas vidas: de minoracion ó reduccion de réditos, y de redencion de censo consignativo, lug. cit. numer. 78, 79 y 80.
Escritura de extincion de censo enfitéutico, y prevenciones acerca de ella, lug. cit. num. 81 y 82.
Escritura de redencion y subrogacion de censo redimible, lug. cit. numero 83.
Escritura de reconocimiento de censo, lug. cit. numer. 84. Copias de todas las dichas escrituras, en qué papel se han de sacar, lug. cit. num. 85.
Escrituras de censos y tributos, ventas de bienes raices, y generalmente todas aquellas que contengan especial hipoteca ó gravámen, y las de donaciones piadosas se deben registrar y tomar razon de ellas, segun ordenan las Reales cédulas de 31 de Enero de 1768, y 10 de Marzo de 78, é instruccion del Consejo inserta en aquella; lug. cit. num. 86 y 87.
Escritura de donacion entre vivos ó graciosa y perfecta extendida; y varias advertencias acerca de ella, part. 1 cap. 12 numer. 42 y 43; y qué cláusulas requiere, num. 32.
Escritura de donacion por causa de muerte, como la ha de extender el Escribano, al que se hacen algunas prevenciones, lugar cit. num. 39 y 40.
Escritura de revocacion de donacion y requerimiento al donatario, lug. cit. num. 45.
Escritura de donacion remuneratoria, lug. cit. numer. 46.
Escritura de donacion y cesion de una casa á renta vitalicia, y advertencia al Escribano sobre la misma, lug. cit. num. 47 y 48.
Escrituras de donacion y sus copias, en qué papel

se han de sacar, lug. cit. num. 49.
Escritura de casamiento, como la otorgaban los novios antiguamente, part. 1 cap. 13 num. 44.
Escritura de carta de pago y recibo de dote, y varias prevenciones al Escribano sobre ella, lug. cit. num. 50 y 51.
Escritura de carta de dote confesada y advertencia sobre ella, lug. cit. numeros 52 y 53.
Escritura de arras y advertencia sobre ella, lug. cit. num. 55 y 56.
Escritura de capitulaciones matrimoniales, y de carta de dote en virtud de las mismas, y advertencia al Escribano, lug. cit. num. 57, 58 y 59.
Escritura de capital y varias advertencias sobre ella, lug. cit. num. 60, &c. y 63.
Escritura de aumento de dote, y prevencion acerca de ella, lug. cit. numer. 64 y 65.
Escritura de palabra de casamiento, y qué cosas se deben omitir en ella, lug. cit. num. 66 y 67.
Escritura de separacion de cónyuges, ni estos pueden otorgarla ni el Escribano autorizarla, lug. cit. num. 68.
Escritura de apartamiento y disolucion de esponsales, y advertencia sobre ella, lug. cit. num. 69 y 70.
Escritura de licencia de un padre á un hijo para casarse, y prevencion acerca de ella, lug. cit. numer. 71 y 72: en qué papel se han de protocolizar y copiar todas las dichas escrituras, lug. cit. num. 73.
Escritura de compañía, y advertencias sobre ella, part. 1 cap. 14 num. 20 y 21.
Escritura de recision ó separacion de compañía, lug. cit. num. 22.
Escrituras de compañías, en qué papel se deben hacer, lug. cit. num. 23.
Escritura de promesa de vender, part. 1 cap. 15 num. 6.
Escritura de obligacion llana de pagar dinero prestado, y advertencia al Escribano, part. 1 cap. 16 num. 37 y 38.
Escrituras de obligacion con prenda, y de obligacion

con hipoteca, lug. cit. num. 39 y 40.
Escritura de obligacion y cesion: qué órden debe seguirse en ella, y qué se ha de hacer, si el crédito cedido procede de vale ó escritura; lug. cit. numer. 42, 43 y 44.
Escritura de obligacion de comodato, y advertencia sobre ella, lug. cit. numer. 45 y 46.
Escrituras de depósito judicial y depósito de difunto, part. 1 cap. 17 numer. 14 y 15.
Escritura de depósito extrajudicial, y advertencia sobre ella, lug. cit. numer. 12 y 13.
Escrituras de mancomunidad, como se han de extender, part. 1 cap. 19 num. 34.
Escritura de obligacion y fianza simple, lug. cit. num. 40.
Escritura de obligacion y fianza de un deudor, y tres fiadores obligados como principales in solidum cada uno, lug. cit. numer 41.
Escritura de fianza de saneamiento, lug. cit. numer. 42.
Escrituras de fianza de la ley de Toledo y de la de Madrid, lug. cit. num. 43 y 44.
Escritura de fianza de la haz y cárcel segura, lug. cit. num. 45.
Escritura de obligacion y fianza de acreedor de mejor derecho, y advertencia sobre ella, lug. cit. num. 46 y 47.
Escritura de fianza de las 1500 doblas, y advertencia sobre ella, lug. cit. num. 48 y 49.
Escrituras de obligacion de mancomunidad simple, y de obligacion de mancomun in solidum; lug. cit. num. 51 y 52.
Escritura de indemnidad ó de sacar á paz y á salvo, lug. cit. num. 54.
Escritura de caucion juratoria, num. 53.
Escritura de carta de pago con fe de entrega, part. 1 cap. 20 num. 3.
Escritura de carta de pago confesada, y advertencia sobre ella, lug. cit. numer. 4 y 5.
Escritura de finiquito y prevencion acerca de ella, lug. cit. num. 6 y 7.
Escrituras de promesas, em-

préstitos, cesiones, depósitos de intereses y de difuntos, indemnidad, fianzas de todas clases, cartas de pago, finiquitos, y de caucion juratoria, en qué papel se han de escribir; lug. cit. numer. 8.

Escritura de espera de acreedores, part. 1 cap. 21 numer. 3.

Escritura de compromiso: qué se requiere en ella principalmente, como se extiende, y prevenciones al Escribano acerca de ella, part. 1 cap. 22, numer. 20, 28 y 29.

Escritura de transaccion, qué debe contener para su firmeza, si se debe alcabala por ella, y como se extiende, lug. cit. numer. 27 y 32.

Escrituras de compromiso y transaccion, en qué papel se han de copiar, lug. cit. num. 33.

Escritura de poder amplísimo, part. 1 cap. 23 numer. 37 y nota.

Escritura de poder para suplicar á la Sala de mil y quinientas, y advertencia sobre esta escritura y modo de substanciar el recurso de segunda suplicacion, lug. cit. num. 38 y 39.

Escrituras de poder de concejo y de convento, lug. cit. num. 41 y 42.

Escritura de poder para desposar, lug. cit. num. 44.

Escritura de substitucion de poder, y advertencia sobre ella, lug. cit. num. 47.

Escritura de revocacion de poder, lug. cit. num. 48.

Escrituras de poder y cesion graciosa, y de poder y cesion por contrato oneroso, lug. cit. num. 50 y 51.

Escritura de lasto á favor de uno de dos mancomunados, lug. cit. num. 52.

Escritura de lasto á favor de un fiador que pagó por el deudor y confiadores, lug. cit. num. 53.

Escrituras de poderes de todas especies, substituciones y revocaciones de poderes, cesiones y lastos y sus copias originales, en qué papel se han de escribir, lug. cit. num. 54.

Escritura de protesta, part. 1 cap. 24 num. 16.

Escritura de carta de pago de letra protestada: lug. cit. num. 20: en qué pa-

pel se han de sacar las copias de esta y la anterior escritura, lug. cit. n. 21.
Escritura de Teniente de Regidor y Alferez mayor, part. 1 cap. 25 num. 7.
Escritura de renuncia de oficio de Escribano, lug. cit. num. 11, en qué se diferencia esta de las de renuncia de otros oficios públicos, num. 12.
Escrituras de renuncias de oficios, en qué papel se han de escribir, como tambien los títulos, testimonios, certificaciones ó nombramientos de oficios ú empleos de la Real Hacienda, lug. cit. num. 13.
Escritura de adopcion, parte 1 cap. 26 num. 35.
Escritura de emancipacion y prevenciones sobre ella, lug. cit. num. 39 y 40.
Escritura de aprendiz, lug. cit. num. 42.
Escritura de pupilo, lug. cit. num. 43.
Escrituras de prohijamientos, legitimaciones y emancipaciones, de aprendices y pupilos, en qué papel se han de copiar, lug. cit. num. 44.
Escritura de contrato de obra, y en qué papel se ha extender, part. 1 cap. 27 num. 7 y 8.
Escritura de perdon, como se ha de ordenar, part. 1 cap. 28 num. 7 y 8; como se extiende, y en qué papel se ha de sacar la copia, lug. cit. num. 10 y 11.
Escritura de pleyto homenage, part. 1 cap. 29 numer. 2.
Escritura de homenage en jura de algun Soberano, lug. cit. num. 4: copias de estas dos escrituras se deben sacar en papel del sello segundo, lug. cit. num. 5.
Escritura de acto para dar hábito militar, y en qué papel se ha de copiar; part. 1 cap. 30, num. 4 y 5.
Escritura ó instrumento, si se daña ó rompe, qué se ha de hacer para renovarle; part. 1 cap. 31 numer. 19.
Escritura de particion extrajudicial hecha por los mismos herederos y reducida á instrumento público: se expresan varias particularidades que ha de contener, part. y lib. 2 cap. 10 num. 78, 79 y 80.

Escritura de particion judicial y advertencia sobre ella, num. 81 y 82.
Escrituras de particion ó testimonios de las adjudicaciones, en qué papel se han de escribir, lug. cit. num. 83.
Escritura de eviccion de la casa comprada: qué se ha de hacer con copia de esta escritura, y como se ha de formalizar la venta de la casa, part. 2 lib. 3 cap. 2 num. 393 y 394.
Espera, si pueden ó no concederla los acreedores á sus deudores, por quanto tiempo, y qué se requiere para que sea válida, part. 1 cap. 21 num. 1.
Espera ó moratoria qué es, quien puede ó no concederla y á quien favorece, part. 2 lib. y cap. 3 n. 195.
Esperas ó moratorias de gracia y justicia, en qué Salas se conceden, y qué debe preceder para su concesion; lug. cit. num. 197.
Espera ó moratoria, desde quando empieza á correr su término, no expresándose en su concesion, ya se conceda llanamente ó por cierto término, ya se confiera traslado al acreedor mandando pasarla á Sala de justicia, lug. cit. num. 199 y 200.
Espera, si pueden concederla el Consejo de hacienda y tribunal de la contaduría mayor á los deudores fiscales; lug. cit. num. 201.
Espera concedida por los acreedores al deudor, qué requisitos necesita para ser válida, lug. cit. numer. 202.
Espera, si aprovechará á los herederos del deudor que aceptaron la herencia con beneficio de inventario, lug. cit. num. 206.
Esposa de presente ó de futuro, qué gana, disuelto el matrimonio de lo que el esposo le dió; part. 1 cap. 13 num. 16 y nota.
Esposos de futuro, si se imponen pena, no ha de cumplirse, lug. cit. n. 37.
Esposo, si ántes de conducir la esposa á su casa recibe su dote en dinero y con esta adquiere algun lucro, se comunica á la esposa; part. 2 lib. 1 cap. 4 num. 35.
Esposo, teniendo bienes al tiempo de casarse y al de su muerte, si promete in-

distintamente en arras á su esposa la décima parte de ellos á su eleccion, se ha de estar á esta, part. y lib. cit. cap. 6 num. 11.
Estado de los hombres qual es, part. 2 lib. 1 cap. 1 num. 41.
Estelionato qué es, y su pena, part. 1 cap. 9 num. 35 nota.

E ante U.

Eviccion y saneamiento, qué quieren decir y como se ordenan sus cláusulas; part. 1 cap. 9 num. 39.
Eviccion y saneamiento: quando está obligado á ellos el vendedor, como tambien á pagar la pena que se imponga, y las costas y daños que se originen al comprador, y qué ha de hacer este para poder usar de la eviccion, lug. cit. num. 40, 41 y 42.
Eviccion: compete este remedio contra los coherederos al heredero á quien se quita en juicio algo de lo que se le adjudicó en la particion; part. 2 lib. 2 cap. 9 num. 16 y 17.
Eviccion: trátase de la que puede competir por la division hecha entre hermanos, ó la que el padre hace entre sus hijos; lug. cit. num. 18, 19, 20 y 21.
Eviccion: en qué casos competirá ó no al legatario la accion de intentarla contra los herederos; lug. cit. num. 22 y 23.

E ante X.

Excepcion, qual se llama, quantas especies hay de ellas, y quales son las meramente dilatorias, parte 2 y lib. 3 cap. 1 numer. 147 y nota.
Excepciones dilatorias, unas son relativas al Juez como la de incompetencia y recusacion, otras al actor, y otras á la causa ó proceso; lug. cit. numero 148.
Excepcion concerniente á la persona del actor es la de legitimacion que tiene lugar en todas causas y en muchos casos que se expresan; lug. cit. n. 159.
Excepciones dilatorias respectivas á la causa ó proceso: se expresan varias y quando las ha de proponer el reo; lug. cit. numer. 163.
Excepciones dilatorias concernientes á la persona: se admiten como tales

muchas especies de fianza que se mencionan; lug. cit. num. 162.

Excepciones mere perentorias, quales se llaman, y quando se han de oponer y decidir; lug. cit. numer. 174, y nota.

Excepciones, quales se llaman mixtas y anómalas, y en qué estado de la causa han de oponerse y decidirse, lug. cit. numer. 175 y 176, y sus notas.

Excepciones emergentes ó incidentes, quando deben resolverse, lug. cit. num. 177.

Excepciones, dentro de qué término debe oponerlas el reo, lug. cit. num. 178 y 179.

Excepcion, oponiéndose alguna en la instancia, si podrán oponerse otras despues de la publicacion: si se puede articular sobre la que no se alegó: excepcion en favor de los que gozan del beneficio de la restitucion; lug. cit. num. 180.

Excepciones, quando pueden ponerlas de nuevo y probarlas los que gozan del beneficio de la restitucion; lug. cit. n. 181.

Excepcion que remueve la accion ipsojure, quando debe el Juez suplirla de oficio, y como ha de oponerse, si consiste en hecho ó en derecho, numer. 181 cit.

Excepcion de falsedad, ó qualquiera otra nueva, si puede alegarla el no privilegiado, para probarla por testigos despues de la publicacion ó de executoriado el pleyto; lug. cit. num. 366.

Excepcion de falsedad, qual ha de ser para que enerve la execucion, y en qué término se ha de probar; part. 2 lib. 3 cap. 2 numer. 170.

Excepcion, de usura impide la execucion, y dentro de qué término debe probarse, lug. cit. n. 171.

Excepcion de fuerza y miedo, quales anulan ó no el contrato, y quando han de justificarse; lug. cit. num. 172.

Excepcion de transaccion simple impide la execucion, lug. cit. num. 202.

Excepcion de nulidad del contrato, sentencia ó instrumento en cuya vir-

tud se pidió la execucion, se admite contra esta; lug. cit. num. 211.

Excepcion de no contener el instrumento la causa de deber, si impedirá la execucion; lug. cit. numer. 213 y 214, y su nota.

Excepciones de no ser público, auténtico, ni original el instrumento en cuya virtud se pidió la execucion, si será legítima para impedir esta, y si lo será igualmente la de no estar registrada la escritura hipotecaria en la oficina de hipotecas que corresponde; lug. cit. numer. 227 y 228, y su nota.

Excepciones que se dirigen contra la persona del demandante, impiden la execucion; lug. cit. numer. 230.

Excepcion declinatoria de fuero y la de estar pendiente compromiso sobre lo que se pide, tienen lugar en la via executiva, lug. cit. num. 231 y 232.

Excepciones anexas ó inherentes al contrato estorban la execucion, y quales son; lug. cit. num 234.

Excepcion de reconvencion, quando impedirá la execucion, lug. cit. numero 235.

Execucion del dinero no entregado, si será admisible en la via executiva, y quando deberá ponerla y probarla el executado; lug. cit. num. 236.

Excepcion que se origina de la execucion, estorba su curso, lug. cit. numero 237.

Excepcion de dolo, quando se admite en la via executiva, contra quienes se puede oponer, y á quienes daña ó no, lug. cit. num. 238 &c. y 241.

Excepcion de dolo, si podrá oponerla el reo habiendo habido dolo en un contrato que se confirmó por otro sin él, y usando el autor del segundo: puede renunciarse la excepcion de dolo pretérito, mas no la de futuro; lug. cit. numer. 242.

Excepcion de lesion, quando impedirá la execucion, lug. cit. num 243.

Excepcion de error de cálculo, y la de division entre los mancomunados, si serán admisibles en la via

executiva ; lug. cit. numer. 244 y 245.

Excepcion opuesta por un mancomunado de que se refundió en su socio toda la utilidad del contrato, de nada sirve contra la execucion; lug. cit. num. 246.

Excepcion de la restitucion por entero que compete á los menores, si se deberá admitir en la via executiva; lug. cit. num. 247.

Excepcion despreciada por el Juez inferior se ha de admitir en la causa de apelacion por tribunal superior; lug. cit. num. 248.

Excepciones, unas pueden oponerse contra la sentencia ó contra su execucion, y otras no se permiten oponer despues de aquella; lug. cit. numero 263.

Excepcion de cosa juzgada para el juicio ordinario no produce la sentencia dada en el executivo ú otro sumario; lug. cit. num. 282.

Excepciones: quales se admiten en la execucion intentada por el fisco; parte 2 lib. y cap. 3 n. 104.

Excepcion de no haber recibido la dote, dentro de qué tiempo puede oponerse y quando sufragará al marido, lug. cit. numer. 116 y 117.

Excepcion referida, si podrán usar de ella los herederos que restituyeron la dote con error ó ignorancia, lug. y num. 116 cit.

Excomulgados tolerados. pueden testar, mas no los no tolerados con quienes solo se puede tratar en cinco casos; part. 1 cap. 1 num. 24.

Excomulgado no tolerado, quien es, num. cit. nota.

Excomulgado, si puede comparecer en juicio, parte 2 lib. 3 cap. 1 num. 9

Excucion qué es, y quando es necesario ó no hacerla en los bienes del deudor, para poder reconvenir al fiador; part. 2 y lib. 3 cap. 2 nn. 73, 74, 75.

Execucion: qué cosas la trahen aparejada y en qué la trahe la sentencia del Juez Ordinario pasada en autoridad de cosa juzgada; part. 2 y lib. 3 cap. 2 nn. 2 y 3.

Execucion, quando la trahe aparejada la sentencia de los árbitros de derecho y

la de los arbitradores; lugar. cit. num. 4.
Execucion, qué sentencias no la trahen aparejada; lug. cit nn. 7, 8 y 9.
Execucion, quando la trahe aparejada la confesion del deudor, y si se debe despachar por la deuda confesándola el deudor y excepcionando al mismo tiempo que el acreedor se la remitió, ó prometió no pedírsela; lug. cit. numero 10 y 11.
Execucion, por qué cantidad se ha de despechar remitiéndose el deudor en su confesion á algun instrumento ó papel, lug. cit. num. 12.
Execucion, qué confesiones no la trahen aparejada, lug. cit. num. 13.
Execucion, quando la trahen aparejada los vales, escrituras privadas, letras de cambio y demas papeles simples, lug. cit. numer. 18 y 19.
Execucion, no tiene lugar negando el deudor la deuda y firma del vale, aunque le reconozcan los que le firmaron, ó hicieron de su órden, ó se le vieron firmar, lug. cit. num. 20.
Execucion no se debe despachar excepcionando el deudor en el acto de su confesion no haber recibido la cantidad que se le pide, y no habiendo pasado dos años desde que se contrajo el débito; lugar. cit. num. 21.
Execucion debe despacharse habiendo pasado los dos años, ó confesando llanamente el deudor y oponiendo la excepcion despues del conocimiento, ó renunciándola en el vale; lug. cit. num. 22.
Execucion tiene lugar, si pidiendo el acreedor el reconocimiento del vale dentro de los diez años de su fecha, reconoce el deudor su firma, aunque niegue la deuda; lug. cit. numero 23.
Execucion, para despacharse en virtud de reconocimiento judicial, si deberá ántes firmarse este por el que le hizo, lug. cit. num. 27.
Execucion, si la trahe aparejada el instrumento de obligacion de hecho: no la trahe el instrumento novado, lug. cit. num. 35 y 36.

Execucion puede despacharse por alimentos é intereses de dote retardada, y pidiéndose por lo líquido y no líquido se despacha por lo primero, lug. cit. num. 42 y 43.

Execucion, quando tiene lugar contra el obligado á dar cuentas, y una vez dadas, quando se le puede compeler á reiterarlas, lug. cit. num. 49 y nota.

Execucion, qué personas pueden pedirla, y qué requisito es necesario, para que sean admitidas en juicio, sino estan nombradas en el instrumento, lugar cit. num. 54.

Executivo, quando será el instrumento público, lugar cit. num. 28 y 29, y nota.

Executivo, sobre si es ó no el instrumento, se ha de atender al lugar del juicio; lug. cit. num. 30.

Executivo, quando será el instrumento de arrendamiento por el tácito del año siguiente: quando lo será el instrumento que se remite á otro, y quando la obligacion en que hay intereses ó la de pagarlos por dar alguna letra para dentro de estos reynos, lug. cit. num. 37, 38 y 39.

Executiva, no es la obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego, ni la de los novios, hijos de familia, estudiantes, ni muger casada, lug. cit. num. 40.

Executivos, quando son el instrumento líquido y no líquido, lug. cit. num. 41 y nota.

Executivo, para que sea el instrumento no liquidado, qué cosas se requieren, y por qué medios se puede liquidar, lug. cit. num. 44 y 45.

Executiva, quando será ó no la liquidacion hecha ante Escribano, lug. cit. n. 46; y quando lo serán las cuentas extrajudiciales ajustadas por las partes ó por contadores que eligen, y los libros de cuentas que alguno tiene en su poder, lug. cit. num. 47 y 48.

Executivos, qué rescritos, privilegios, cédulas y provisiones Reales lo son, y quales padecen el vicio de nulidad, lug. cit.

num. 50 y 51, y sus notas.
Executivos, quando serán los juros, situaciones, libranzas del Rey ó de sus Ministros, tributos públicos y Reales, primicias y diezmos de la iglesia, lug. cit. num. 52 y 53.
Execucion, si podrán pedirla el heredero del acreedor, legatario, testamentario ó comprador de la herencia, lug. cit. numer. 55.
Execucion, porqué cantidad y contra quienes puede pedirla el fiador; lug. cit. numer. 56 y 57, y nota.
Execucion, porqué cosas la puede pedir la muger casada; lug. cit. num. 58.
Execucion, si podrá solicitarla el Procurador para pleytos y el cobrar la deuda; lug. cit. núm. 59.
Execucion, si puede intentarla el cedente contra su deudor aun despues de hecha la sesion en favor de otro; y qué se requiere para que pueda pedirla el cesionario; lug. cit. números 60 y 61.
Execucion, en qué bienes se puede hacer por las deudas de concejo; lug. cit. núm. 76.
Execucion, si tendrá lugar contra el comprador, donatario y usufructuario de la herencia, contra el tutor por las deudas de su menor, contra los fiadores del tutor por las de este, y contra los administradores, factores, y procuradores por las de sus principales; lug. cit. num. 77, &c. y 80.
Execucion, en qué casos tiene lugar contra el tercero poseedor, qué es necesario para proceder contra él, y qué ha de oponer este contra la execucion; lug. cit. num. 81, &c. y 84.
Execucion, puede hacerse, regularmente hablando, en los bienes muebles, semovientes y raices, lug. cit. num. 90.
Execucion, quando y como se podrá hacer en la finca enfitéutica, en la afecta á servidumbre, en los frutos pertenecientes al usufructuario, en los bienes castrenses, quasi castrenses y adventicios del hijo,

en los oficios públicos renunciables ó no, en la jurisdiccion libre, y en los bienes dotales y sus frutos, lug. cit. num. 91, &c. y 95.

Execucion, si puede hacerse en las cosas sagradas y religiosas, y en las capillas y sepulturas; lug. cit. num. 96.

Execucion, quando podrá hacerse en el derecho de usufructuar, en el mero uso, en las cosas puestas en los edificios para su adorno, en las servidumbres reales, en la morada, armas, caballos y mulas de los hijosdalgo, en las armas y caballo de otro qualquiera, en las yeguas de vientre, sus crías y caballos de los criadores, en los libros de Abogados y Estudiantes, en el estipendio ó renta de oficial público, Soldado, Doctor y Clérigo, y en los instrumentos de los artesanos y menestrales, lug. cit. num. 97, &c. y 101.

Execucion, si podrá trabarse en el vestido ordinario, cama y otras cosas necesarias para el uso quotidiano, y en el derecho que alguno tiene á que otro le alimente; lug. cit. num. 102 y 104.

Execucion, quando podrá hacerse en los bienes de mayorazgo y sus rentas; lug. cit. num. 103.

Execucion, en que cosas no debe trabarse, lug. cit. num. 105.

Execucion, por las deudas de concejo en qué bienes debe ó nó hacerse, lug. cit. num. 106.

Execucion, si puede hacerse en las naves extrangeras que traen bastimentos á estos reynos, y en los aperos de labor, lug. cit. num. 107 y p. 1. cap. 18. num. 45 y 46.

Execucion, para que se pueda despachar, qué circunstancias han de concurrir; part. 2. lib. 3. cap. 2. num. 113 y su nota.

Execucion, como la ha de despachar el Juez, y á quien se ha de entregar el mandamiento executivo, lug. cit. num. 114.

Execucion, para que no se anule por defecto ó vicio en las diligencias, qué requisitos deben intervenir: cómo y porqué ór-

den se ha de trabar, sea personal ó general, ó especial hipotecaria la obligacion que la trahe aparejada, lug. cit. num. 115 y 116.

Execucion, como se ha de trabar, nombre ó nó el deudor los bienes; y qué debe hacer el alguacil, si el deudor se oculta ó le manifiesta recibo simple de haber pagado, lug. cit. num. 117 y 118.

Execucion, que es su traba, en qué estado de la causa se suele ampliar, y qué cláusula se ha de poner en la diligencia, lug. cit. num. 121.

Execucion, en qué bienes se ha de trabar dirigiéndose contra tercero poseedor que no es heredero, ni trae causa del que contraxo la obligacion hipotecaria, lug. cit. numer. 122.

Execucion, dirigiéndose contra las personas de los que gozan del beneficio de competencia, ó solamente contra los bienes del que no tiene ninguna exêncion, qué debe hacer el alguacil, lug. cit. num. 157.

Execucion, si por no ser suficientes para el pago los bienes executados, se mejora en otros, ó se despacha de nuevo, &c. ó si el pleyto estubo suspenso un año ó mas, qué se ha de practicar, lug. cit. num. 163.

Execucion, pidiéndola el acreedor dentro de los diez años por los réditos de un censo, excepcionando el executado la ilegitimidad del débito é instrumento, y convirtiéndose en ordinaria la via executiva, declarándose válido el documento, y siendo condenado el reo al pago, se puede despachar la execucion no solo por los réditos de los diez años, sino tambien por los posteriores, precediendo liquidacion de estos; lug. cit. numer. 226.

Execucion, en qué casos se suspenderá por la oposicion de un acreedor instituido heredero del deudor, que como tal heredero es executado por otro acreedor, lug. cit. num. 319.

Executado, si puede ser el

heredero del deudor por todo lo que este debia, y compelido á reconocer el vale que hizo, part. 2 y lib. 3 cap. 2 num. 62 y 63, y su nota.

Executado, en qué casos y porqué cantidad puede serlo el mejorado, lug. cit. num. 65.

Executado, puede serlo el sucesor del mayorazgo por la obligacion á que estan afectos los bienes vinculados, lug. cit. numer. 66.

Executados, pueden serlo los herederos anómalos, y tambien el poseedor de la cosa litigiosa, aunque sea Clérigo, si la adquirió empezado el litigio, lug. cit. num. 67 y 68.

Executada, en qué bienes y porqué débitos puede serlo la muger casada, lug. cit. num. 69 y 70, y su nota.

Executado, puede ser el socio por las deudas de la compañia; y qué circunstancias se requieren para poder serlo el deudor del deudor, lug. cit. numero 71 y 72.

Executado, en qué casos puede ser el fiador sin hacer excusion en los bienes del obligado principal y sin nuevo juicio con él, lug. cit. num. 74 y 75.

Executado, formando concurso de acreedores y embargándosele bienes pertenecientes á otro, qué debe hacer este, lug. cit. num. 119.

Executado, quando se le ha de citar de remate, y qué debe advertirle el Escribano: qué diligencias se deben práctica para citar de remate al executado que se oculta, tiene dos habitaciones, ó es vago, lug. cit. num. 158 y 159.

Executado, no hallándose en su territorio qué ha de hacer el Juez que entiende en los autos executivos, lug. cit. num. 160.

Executado, compareciendo en el juicio ántes que se le cite de remate, ó espire el término de los pregones, qué deberá hacer el Juez, lug. cit. numero 162.

Executado, no es preciso especifique al tiempo de la oposicion la excepcion que le compete contra la

execucion: quantas clases de excepciones puede oponer: en qué término debe probar la paga, y si podrá hacerlo por presuncion de derecho, lug. cit. num. 165, &c. y 168.

Executado por accion real, oponiendo excepciones contra la execucion y probándolas en el término de la ley, qué suele hacerse, lug. cit. numero 272.

Executado por accion personal, sino se opone á la execucion, ó aunque se oponga, sino prueba en los diez dias de la ley las excepciones que alegó, ha de sentenciarse la causa de remate, &c. lug. cit. num. 273.

Executado, si alega que los testigos de que intenta valerse, se hallan fuera del arzobispado ú obispado, qué deberá hacerse, lug. cit. num. 274.

Executiva, no es la obligacion con juramento que hace el lego en los casos en que está prohibido hacerle; ni aquella en que se somete al Juez eclesiástico sin deber someterse, lug. cit. num. 233.

Exheredacion, qué es, quien puede hacerla, á quien, cómo, y en qué, part. 1. cap. 1 num. 128 y nota.

Exheredacion, hecha en testamento revocado ó invalidado, no vale, y qué se requiere para que valga, lug. cit. num. 137.

Exheredar, porqué causas pueden los ascendientes á sus descendientes legítimos, y quien debe probarlas, lug. cit. numeros 129, &c. y 137, y tres notas.

Exheredar, pueden los descendientes á sus ascendientes por ocho causas, lug. cit. num. 138 y 139.

Expensas hechas en la administracion de los bienes del menor, quales se han de deducir ó nó ántes de exîgir su décima el tutor y curador, y quando la misma doctrina se extiende á otros administradores; part. 2 lib y cap. 1 num. 93, 94, 95 y 96.

Expensas, quales se han de deducir ántes de dividir los gananciales, lug. cit. cap. 3. num. 49.

Expósitos, son legitimos por Real órden para los

efectos civiles generalmente y sin excepcion, part. 1 cap. 1 num. 55. nota.

Extrangero, como debe testar, esté ó nó naturalizado, part. 1. cap. 1. num. 234.

Extraño que compró á uno de los herederos su parte, ha de intervenir en el juicio divisorio, parte 2 lib. 1 cap. 2 numer. 13.

Extraño nombrado por el enfitéuta para el goce del enfitéusis mejorado, si deberá pagar las mejoras teniendo aquel descendientes legítimos, parte y lib. 2. cap. 3 numer. 72.

F.

F ante A.

Facultad Real, quando se necesita ó no para vincular todos los bienes, habiendo herederos forzosos, part. 1 cap. 7 numer. 18.

Facultad Real para fundar mayorazgo no espira con la muerte del Rey que la concedió, num. cit.

Falsedad, qué es, y qué causas la inducen en los instrumentos, part. 2 y lib. 3 cap. 1 num. 302.

Fama, qué es, y como se origina, qué prueba hace en las causas civiles y criminales, en hechos antiguos y otros casos: como se ha de probar por ella la vida ó muerte de alguno, y qué cosas se requieren para que pruebe, part. 2. lib. 3. cap. 1 num. 329, &c. y 333.

F ante I.

Fiadores, quienes no pueden serlo, part. 1. capítul. 19. num. 2.

Fiadores, pueden obligarse simplemente, ó insolidum, y llevar algun interes por serlo, lug. cit. num. 5.

Fiadores, quando, aunque se obliguen simplemente, quedan obligados insolidum, y en qué casos se les puede reconvenir án-

tes que al deudor principal: qué se ha de hacer en el caso de obligarse uno puramente y otro baxo condicion, lug. cit. num. 6 y 7.
Fiador, si obligándose á pagar mas que el principal, valdrá la fianza en el exceso, el qual puede haberle de muchas maneras, lug. cit. numer. 8. y nota.
Fiador, como puede satisfacer la deuda, y como ha de cobrarse, lug. cit. num. 9 y 10.
Fiador, le competen las mismas excepciones que al deudor principal, lug. cit. num. 11.
Fiador, porqué causas puede pretender que el deudor le exônere de la fianza, lug. cit. num. 13.
Fiador, quando quedará libre de la fianza, lug. y num. cit. nota 2.
Fiador carcelero, á que está obligado, quando incurrirá en la pena, y quedará libre de la fianza, lug. cit. num. 22.
Fiadores, como pueden obligarse, lug. cit. num. 30.
Fiador, si despachándose execucion contra él podrá nombrar bienes del deudor principal en que trabarla, y qué debe hacerse, si resultare ser agenos, lug. cit. num. 120.
Fiador, si dándosele en pago los bienes del deudor, ó comprándolos en almoneda deberá volverlos á este ó á qualquiera acreedor, lug. cit. numero 306.
Fiador de concursante, si gozará del beneficio de este, part. 2 lib. y cap. 3. num. 19.
Fiador que pagó por el deudor, á qué acreedores ha de preferirse, lug. cit. num. 177.
Fianza, qué es, y como puede hacerse, part. 1 cap. 19. num. 1.
Fianzas, quantas son, lug. cit. num. 14.
Fianza de saneamiento qué es, qué Escribanos la han de recibir, y quando podrán hacerlo los que van á practicar la diligencia: esta fianza ha de constar de tres particulares, y qué efectos causa, lug. cit. num. 15.
Fianzas de las leyes de Toledo y de Madrid, quando, como y en qué casos

han de darse, lug. cit. num. 16, 17, 18 y 19.
Fianza de la haz ó de estar á derecho, qual es y de quantos modos puede constituirse, lug. cit. numer. 20.
Fianza, porqué causas se acaba, lug. cit. num 13. y nota 2.
Fianza de cárcel segura ó carcelera, qué es, á qué se dirige, quando tiene lugar, quales son sus efectos y como se constituye, lug. cit. num. 21 y 22.
Fianza, hasta en qué cantidad deben dar los Jueces nombrados para visitar Escribanos, tomar cuentas de propios, sisas, repartimientos, mestas, cañadas, sacas y cosas fiadas; como tambien los Jueces de comision que proveyere el Consejo, lugar cit. num. 25.
Fianza, qual se ha de dar y hasta en qué cantidad para introducir el recurso de injusticia notoria; lug. cit. num. 26.
Fianza de acreedor de mejor derecho, quien debe darla, á qué se dirige, y quando no es necesaria, lug. cit. num. 27.
Fianza de las 1500 doblas, quien debe darla, qué diligencias deben practicarse para que se le admita, y despues de admitida qué debe hacer el suplicante: si lo es el Fiscal Real hasta en qué cantidad deberá dar dicha fianza, y qué vale cada dobla, lug. cit. num. 28.
Fianza, en qué casos será ó no de cuenta del Juez y Escribano que la recibe, lug. cit. num. 30.
Fianza de calumnia, qué es, quando se ha de dar y para qué, lug. cit. numero 50.
Fianza, quando las presentan el tutor y curador, qué se ha de hacer, parte 2 lib. y cap. 1 numero 175.
Fianza de la ley de Toledo, quando la han de dar el acreedor solo, y este y el deudor, y á qué se han de obligar sus fiadores; parte 2 lib. 3 cap. 2 numero 275 y 276.
Fianzas, quales debe dar el acreedor despachándose la execucion en virtud de transaccion ó de sentencia de árbitros, ó confirmatoria de pare-

ceres conformes de contadores; y en qué casos no está obligado á darlas, ni á constituir obligacion por sí de restituir lo que perciba: la fianza no se ha de extender á mas de lo que quiso el fiador, lug. cit. num. 277, 278 y 279.

Fianzas, dadas estas qué diligencias se deben practicar para hacer pago al acreedor, lug. cit. número 283.

Fianza de saneamiento: varias advertencias sobre ella, lug. cit. num. 343.

Fianza que el Consejo manda dar al deudor que pide moratoria, si ha de ser á satisfaccion del Juez, ó del acreedor, part. 2 lib. y cap. 3 numer. 198.

Fideicomisario, muriendo ántes de la adicion y entrega de la herencia, si pasa èl derecho que le compete, á sus herederos; part. 1 cap. 1 num. 102.

Finca enfitéutica, si el padre la donó en vida á algun hijo, ó no dispuso de ella, y la recibió con la condicion de no poderse nunca dividir, qué se ha de hacer, part. y lib. 2 cap. 3 num. 73.

Finca enfitéutica, como se ha de dividir, part. 2 lib. 1 cap. 2 num. 55, &c. y 59

Finiquito, qué es y quien puede ser compelido á darle: se divide en especial, y general, y qué se requiere para su validacion, part. 1 cap. 20 num. 2 y nota.

Finiquito, se presume ser verdadero y solemne: quales son sus efectos, lug. y nota cit.

Fisco, quando estará obligado á hacer inventario solemne, y á mas de lo que alcanzen los bienes, part. 2 lib. y cap. 1 número. 97.

Fisco, ha de intervenir en el juicio divisorio, si por delito de uno de los herederos recae en él la herencia, part. y lib. cit. cap. 2 num. 14.

Fisco, qué privilegio le compete, y contra qué personas por la alcabala y tributos, y á qué acreedores será preferido, part. 2 lib. 3 cap. 3 numer. 93.

Fisco, de qué privilegio go-

za en los bienes de los que contratan con él, en los de sus administradores y recaudadores de su Real haber, y en los del primipilo, su muger, hijos y deudores; y qué reglas deben tenerse presentes para graduarle en los demas contratos y obligaciones; lug. cit. num. 94, 95 y 96.

Fisco, quando será preferido á los acreedores anteriores de hipoteca expresa en los bienes del deudor hipotecados ántes de tratar con él; y si militará lo mismo con la muger, iglesia y causa pia; lug. cit. numero 97.

Fisco, concurriendo con otro acreedor no privilegiado, el uno por causa onerosa y el otro por lucrativa, ó ámbos por qualquiera de las dos, ó dudándose por qué causa, qual será preferido; lug. cit. num. 98 y 99.

Fisco, qué derecho le compete en los bienes confiscados á alguno por delito; y qué debe practicar con los acreedores del delinqüente, lug. cit. número 100.

Fisco, qué privilegio le compete por los gastos necesarios y útiles que hizo en prender al deudor y recuperar sus bienes, lug. cit. num. 101.

Fisco, si será preferido en la cosa que se le vendió, aunque se hubiese vendido y entregado despues á otro, lug. cit. n. 102.

Fisco, executando por alcabalas ú otros derechos Reales, qué excepcion se admitirá á los terceros poseedores que intentan eludir la execucion, lugar. cit. num. 103.

Fisco, quando executa á los arrendadores de sus rentas y á sus fiadores, en qué bienes se ha de hacer la traba, y en qué términos se han de dar los pregones, lug. cit. numero 106.

Fisco, en qué casos podrá executar al deudor de su deudor, sin que le ceda sus acciones, lug. cit. num. 105.

Fisco, si puede executar por el arrendamiento de alcabalas y demas rentas á los subarrendatarios igualmente que á

los arrendatarios, ó por mejor decir, arrendadores; lug. cit. nnm. 107.
Fisco, si será ó no preferido á la dote, lug. cit. num. 109.
Fisco, si será preferido al que prestó dinero al deudor para comprar alguna finca, ó para reparar nave, casa, ú otro edificio, pagar su alquiler, ó para beneficio de la misma cosa; lug. cit. num. 113.
Fisco, si intenta execucion contra los arrendadores de sus rentas, qué excepcion se admite á estos, lug. cit. num. 104.
Fisco, iglesia, menor, comunidad y república tienen prelacion de dominio en lo que han vendido al fiado, lug. cit. n. 158.

F ante R.

Frutos pendientes en las fincas vinculadas al tiempo del fallecimiento del poseedor, á quienes pertenecen, part. 1 cap. 7 num. 51 nota 1.
Frutos de lo vendido pendientes y nacidos despues de perfecto el contrato puro y al tiempo de la retroventa, á quien corresponden, part. 1 cap. 9 num. 56.
Frutos y cosas que se hallan en la cosa arrendada, á qué estan afectos, part. 1 cap. 10 num. 13.
Frutos de las cosas legadas, á quien tocan, part. 1. cap. 1. num. 153.
Frutos de la dote y bienes parafernales, si pertenecen al marido, part. 2 lib. 1 cap. 3 nn. 41 y 42.
Frutos de los bienes pertenecientes á alguno de los cónyuges, si se comunicarán á los hijos de su primer matrimonio habiendo pleyto sobre su pertenencia y concluyéndose durante el segundo; part. y lib. cit. cap. 4 num. 10 y 11.
Frutos, se dividen en naturales y civiles, part. 2 lib. 1 cap. 5 num. 1.
Frutos de la finca vendida por el testador cogidos y separados del suelo al tiempo de su muerte se han de dividir, segun se convengan sus herederos y el comprador; lug. cit. num. 2.
Frutos naturales pendientes

en el fundo al tiempo de la venta á quien pertenecen; y á quien los no pendientes al tiempo de ella, pero nacidos ántes de la tradicion; y los civiles ó consistentes en arrendamientos ó alquileres de casas, como se han de dividir y á quien tocarán en caso de venderse la cosa arrendada ó alquilada, lug. y n. cit.

Frutos ó pensiones del enfitéusis de nominacion que por muerte del enfiteuta ha de volver al señor del dominio directo, si el enfiteuta ó los colonos los tenian cogidos, á quien pertenecen; lug. cit. num. 3.

Frutos de la finca enfitéutica que el enfiteuta cultivó ó arrendó, si estando pendientes ó sembrados murió, y el enfiteusis por su muerte ha de volver al señor del dominio directo, á quien tocan; lug. cit. num. 4; y á quien, si hay alguno llamado y el enfitéusis ha de pasar á él, ó al señor; ó el enfiteuta arrendó el fundo, recibió al instante del arrendador las rentas de todo el tiempo del arrendamiento, y murió pendientes los frutos; lug. cit. num. 5 y 6.

Frutos pendientes en la cosa enfitéutica al tiempo que el enfiteuta cometió delito, por el que ha de retroceder al señor el enfitéusis, á quien pertenecen; lug. cit. num. 7.

Frutos pendientes y percibidos de beneficios eclesiásticos, á quienes pertenecen, lug. cit. num. 10 y 11.

Frutos de bienes patrimoniales y quasi patrimoniales de Clérigo, á quien tocan, y como se sucede en ellos, lug. cit. num. 8 y 9.

Frutos pendientes de bienes de mayorazgo, como se han de dividir entre el sucesor y herederos del poseedor último, lug. cit. num. 13.

Frutos pendientes y cogidos en las fincas de que su dueño funda mayorazgo, como han de dividirse entre el mejorado ó primer llamado al vínculo fundado por el testador y demas here-

deros, no dexando este muger; lug. cit. nn. 14, &c. y 17. Y como, no siendo primer llamado, ya esten pendientes ó cogidos los frutos, ó solamente barbechadas y sembradas las tierras, ó sean alquileres de casas ú otros edificios, ó réditos de juros, censos y otros derechos; lug. cit. nn. 18, &c. y 24.

Frutos manifiestos en los bienes de los cónyuges al tiempo de la muerte de alguno de ellos son comunicables; lug. cit. numer. 25.

Frutos que aun no estaban á la vista al tiempo de la muerte de alguno de los cónyuges, como han de dividirse, y como si son de rebaños ó animales; lug. cit. nn. 26, 27 y 28.

Frutos que lleva la muger al matrimonio pendientes en sus fincas dotales, estimándose estos ó no, renunciando ó no los gananciales y falleciendo en el año en que se casó sin estar cogidos los frutos, como se deberán dividir, haya ó no legado á su marido la tercera parte de sus bienes; lug. cit. nn. 29 y su nota 30 y 31.

Frutos que percibe el marido de los bienes dotales ántes de casarse, quando los hace suyos, lug. cit. num. 32.

Frutos pendientes y rentas de los bienes vinculados, como han de dividirse entre marido y muger, muera ántes ó no el poseedor del mayorazgo; lug. cit. nn. 36, &c. y 39.

Frutos, quando se dirán percibidos por el usufructuario, para que los adquieran sus herederos: diferénciase en esto del poseedor de buena fe, part. 2 lib. 1 cap. 7. nunum. 38.

Frutos, desde quando pertenecen al mejorado revocable ó irrevocablemente en cosas ciertas, y al donatario, si se entregó la posesion de ellas y se revocó la mejora; part. lib. y cap. 2 nn. 95 y 96.

Frutos de la mejora hecha en contrato de quota de bienes ciertos y no entregada al mejorado, como tambien de la hecha sin señalamiento ni tra-

dicion, desde qué dia se deben; lug. cit. num. 97.
Frutos de la mejora de quota hecha en contrato y entregada al hijo emancipado, mayor de 25 años ó menor, ó que está baxo la patria potestad, desde quando tocan al mejorado; lug. cit. num. 48.
Frutos de la mejora de cierta cosa particular hecha en última voluntad sin entrega tocan al mejorado desde la muerte del testador: lo mismo procede, quando se hizo de cierta parte ó quota de bienes, y hubo tradicion, pues no habiéndola se le deben desde la mora; lug. cit. num. 99 y 100.
Frutos de bienes fructíferos é infructíferos de la mejora hecha en última voluntad á un descendiente sin tradicion ni consignacion, si se tarda algun tiempo en hacerse la particion, desde quando tocarán al mejorado; lug. cit. numero 101, 102 y 103.
Frutos, quando el padre dotó á su hija en vida, ó dió capital á su hijo mejorándolos en última voluntad, para que no tuviesen que restituir, quantos tocaran al mejorado por razon de su mejora, si calló muchos años y luego se hace la particion; lug. cit. num. 104.
Frutos del tercio, si el testador dexó este al hijo no como legado sino por via de institucion, si tocarán al mejorado, lug. cit. num. 105 y nota.
Frutos de mejora de tercio y quinto consignada en finca fructífera, producidos durante la comunion, como se han de dividir entre el mejorado y coherederos, en caso que el mejorante haya mandado se aplique á aquel el exceso de la finca en parte de legítima, estando muchos dias sin evacuarse la particion; lug. cit. nn. 109 y 110.
Frutos pendientes en los bienes en que el testador consignó la mejora, como han de dividirse, sean los herederos legítimos ó extraños, lug. cit. numer. 112.
Frutos, habiéndolos pendientes en los bienes que

los ascendientes deben reservar á sus ascendientes, al tiempo de la muerte del que debia reservarlos, á quien coresponden; p. y lib. 2 cap. 5 num. 9.

Frutos pendientes en la cosa legada simplemente y propia del testador, y los que se perciban despues de haber adquirido aquel su dominio, pertenecen al legatario; y asímismo le pertenecen en un caso los percibidos en vida del testador; part. y lib. 2 cap. 6 num. 97.

Frutos pendientes al morir el testador en el fundo cuyo usufructo ha legado, á quién pertenecen, lug. cit. num. 98.

Frutos de cosa genérica, no se deben al legatario, sino desde que se constituye en mora el heredero, ni quando el legado es de quota de bienes sin asignacion de cosa alguna para parte de pago, ni en los casos en que no se transfiere el dominio al legatario ántes de la eleccion, mora, dia ó condicion; lug. cit. num. 100 y 101.

Frutos percibidos de la cosa legada ó donada hasta la revocacion ó muerte del testador, si pertenecerán al legatario ó donatario, revocado el legado ó donacion por causa de muerte que se les entregó con expresion del instrumento en que se hizo; lug. cit. num. 103.

Fante U.

Fuero, qué significados tiene, y quántas son sus especies, part. 2 y lib. 3 cap. 1 num. 28 y nota.

Fundador de un mayorazgo, qué debe tener presente, y advertir quando quiere que sus poseedores sean habidos constante el matrimonio, y sobre los hijos incestuosos; part. 1 cap. 7 num. 42.

Fundador de mayorazgo, qué debe prevenir para el caso en que nazcan dos de un parto, y se ignore quál nació primero, lug. cit num. 43.

Fundador de mayorazgo, debe aclarar varias dudas que se pueden ofrecer en quanto á su perpetuidad y sucesion, cu-

yas dudas se expresan; lug. cit. num. 44.

Fundador de un mayorazgo, en qué casos puede revocarle é imponer gravámen á sus poseedores, y cómo se hace irrevocable, lug. cit. nn. 49 y 50.

Fundador de un mayorazgo, puede mandar á los poseedores que le agreguen bienes, aunque no todos, lug. cit. num. 60.

G.

G ante A.

Ganaderos, no pueden renunciar el derecho de posesion en el arrendamiento de dehesas, ni puede pujarse este, part. 1 capit. 10 num. 18.

Gastos funerarios, misas y legados, de dónde se han de sacar; part. 1 cap. 1 num. 49.

Gastos funerarios del testador, si se han de sacar del tercio: qué se entiende por funeral, y de quál privilegio gozan aquellos y los de la última enfermedad del difunto; lug. cit. num. 58, &c. y 61.

Gastos funerarios y legados, habiendo dos quintos, de quál de ellos deben pagarse, lug. cit. num. 122 y 123.

Gastos útiles y necesarios que durante la comunion hizo alguno de los herederos de su caudal en beneficio de los bienes hereditarios, de dónde se han de deducir, como tambien los intereses correspondientes, si habiendo interpelado á los coherederos para su pago, no se le hiciesen; part. 2 lib. 1 cap. 3 num. 60.

Gastos hechos en las fincas dotales, cómo se han de dividir siendo útiles ó necesarios, part. y lib. cit. cap. 4 num. 58 y 59.

Gastos del funeral y misas, los derechos de visitar el testamento, abrir y publicar el cerrado, los del nuncupativo que haga el comisario en virtud de su poder, y las misas celebradas en vida, de dónde han de deducirse dis-

poniendo el testador á favor de descendientes legítimos ó extraños, tenga ó no consorte; part. y lib. 2 cap. 1 num. 19, &c. y 22; y dichos gastos quién los debe pagar, quando el quinto no alcanza para ellos; lug. cit. num. 23.

Gastos referidos, quién deberá satisfacerlos, si teniendo el testador descendientes legítimos les dexa la propiedad del quinto de sus bienes, y á su muger ó á un extraño el usufructo de él; lug. cit. num. 25. e

Gastos del funeral, de dónde se han de deducir, si el testador dispuso del quinto en contrato irrevocable á favor de hijo ó extraño, lug. cit. n. 29.

Gastos del funeral, misas y legados que hace el descendiente, se han de deducir del tercio de sus bienes; part. y lib. 2 capit. 4 num. 14 y 15.

G ante R.

Grado primero no hay en la línea transversal, numer. 25 cit.

Grados de parentesco, cómo se han de computar para la sucesion, part. y lib. 2 cap. 7 num. 24.

Grado de parentesco, qué es, part. 1 cap. 7 num. 25.

Grados, por qué se llaman la misma série de las generaciones, lug. cit. notá 1, y cómo se cuentan por estas; lug. cit. numer. 33.

Grados de parentesco, cómo y en qué materias se cuentan por derecho civil y canónico, así en la línea recta como en la transversal: para mejor inteligencia de esto se pone un árbol genealógico con varias prevenciones acerca de su formacion y explicacion; lug. cit. numer. 27, &c. y 34.

H.

H ante E.

Heredar abintestato solo pueden en el dia los parientes hasta el quarto grado, y quiénes á falta de estos percibirán los bienes; part. 1 cap. 2 numer. 9.

Heredar y ser legatarios, á quiénes está prohibido, part. 1 cap. 1 num. 146, &c. y 151, y nota.

Heredero, quál se llama y quiénes pueden serlo, y cómo ha de nombrársele, part. 1 cap. 1 num. 36 y 38.

Heredero, no ha de ser instituido en codicilo, ni en este se le ha de dar substituto, ni ha de imponérsele condicion; lug. cit. num. 37.

Heredero, su institucion hecha en codicilo, cómo valdrá, num. 37 cit. nota.

Heredero, no es preciso se nombre en el testamento, y basta se haga en codicilo, ó memoria testamentaria, lug. cit. num. 39.

Herederos, ó son testamentarios, ó abintestato, lug. cit. num. 44.

Herederos testamentarios son ó forzosos y legítimos, ó voluntarios y extraños. De los primeros hay tres clases, y tambien son de estos los hijos de infieles convertidos; lug. cit. num. 45.

Heredero, si podrá ser instituido un extraño juntamente con los descendientes legítimos, no perjudicando las legítimas de estos; lug. cit. num. 48 y nota.

Herederos voluntarios ó extraños, quiénes son, lug. cit. num. 55.

Herederos forzosos y voluntarios, han de estar libres de impedimento para poder heredar, y si obstaria al extraño su incapacidad de suceder al tiempo de su nombramiento no teniéndola en los otros dos; lug. cit. num. 56 y nota.

Herederos testamentarios: entre ellos hay tambien unos llamados fideicomisarios, otros usufructua-

rios, otros propietarios y otros substitutos, lug. cit. num. 79.

Heredero gravado á entregar la herencia, si puede retener la quarta parte de ella llamada trebelianica, lug. cit. num. 100 y nota.

Heredero gravado condicionalmente ó para cierto dia, debe hacer inventario y dar cuentas al fideicomisario, lug. cit. num. 103.

Heredero, por qué causas debe perder la herencia, lug. cit. num. 140.

Heredero instituido en cosa particular, si percibirá todos los bienes del testador, lug. cit. num. 142 y nota.

Herederos instituidos cada uno en cosa señalada, no disponiendo el testador del residuo de sus bienes, qué percibirán de estos, y qué los herederos abintestato; lug. cit. n. 143 y su nota.

Herederos instituidos sin expresar lo que ha de percibir cada uno, ó instituidos unos en cosas ciertas, y otro sin expresion de lo que ha de tomar, qué heredarán todos; lug. cit. num. 144.

Herederos, quando el testador nombra tres, á uno de la mitad, á otro de la tercera, y á otro de la quarta parte de sus bienes, qué se ha de hacer; lug. cit. num. 145.

Heredero, á qué está obligado, quando el testador lega la cantidad que le parece tiene en cierta parte, y despues se halla mas ó ménos; ó quando lega á alguno lo que cree estarle debiendo; lug. cit. num. 156 y notas.

Heredero, si deberá entregar mas de una vez lo que se legó muchas, lug. cit. num. 161 y nota.

Herederos, se les ha de dar traslado íntegro del testamento, y á los demas interesados testimonio literal de la cláusula que les toca con cabeza y pie del testamento; lug. cit. num. 226.

Heredero, quánto tiempo le puede conceder el Rey y el Juez para aceptar ó repudiar la herencia, parte 1 cap. 3 num. 2.

Heredero, qué debe hacer para no estar obligado á

deudas y mandas á mas de lo que alcance la herencia, lug. cit. num. 3.
Herederos que hacen inventario maliciosamente y ocultan ó hurtan algo de los bienes del difunto, ó los compran con dolo sabiendo que dexó muchas deudas, á qué estan obligados; lug. cit. num. 4.
Heredero, cómo puede aceptar ó repudiar la herencia, lug. cit. num. 6 y 7.
Herederos del último poseedor de las líneas expresamente llamadas, á qué estan obligados, quando por culpa de este se hayan deteriorado ó aniquilado los bienes del mayorazgo perpetuo; parte 1 cap. 7 num. 46.
Heredero, si uno de ellos posee toda una heredad ó casa, qué deberá dar á los demas, part. 1 cap. 10 num. 12.
Heredero universal, debe observar los pactos y contratos que celebró su causante, lug. cit. num. 21.
Heredero del arrendador de usufructo no sucede en el arrendamiento, lug. cit. num. 22.
Heredero que formaliza el inventario, quándo puede reclamar la declaracion del difunto, en que afirma tener ciertos bienes que no se hallaron; part. 2 lib. 1 cap. 1 numer. 14.
Heredero, en qué casos está ó no obligado á pagar las deudas del difunto y legados, lug. cit. num. 39 y 40, y nota.
Herederos anómalos, quándo estarán obligados á hacer inventario solemne y á mas de lo que alcancen los bienes, lug. cit. num. 97.
Heredero, de quántas maneras puede ser instituido, lug. cit. num. 102.
Heredero que no acepta la herencia, porque está muy gravada, y compra en cabeza de tercero, ó substrae algunos bienes de ella, en qué pena incurre; lug. cit num. 106.
Heredero que impugna la tasacion siendo pobre, y no queriendo los coherederos pujar los bienes, puede valerse de un tercero; pero si alguno de ellos los quiere por el tanto, será preferido al extraño; lug. cit. num. 126.

Heredero que vendiéndose algunos bienes de la herencia da al contado por ellos menor precio que el de su tasa, debe preferirse al que ofrece mas al fiado, no repugnándolo los coherederos; lug. cit. num. 127.

Heredero, si pujando con señalamiento de ellas algunas fanegas de sembradura de la heredad que tiene muchas de diferentes calidades, y tasadas unas con otras por cierto precio, se le deberá admitir la puja, y si los herederos podrán pedir se haga la tasacion con separacion de fanegas; lug. cit. num. 128.

Heredero, ninguno, aunque sea menor, puede reclamar la tasacion despues de hechas á todos las adjudicaciones, lug. cit. num. 130.

Heredero, puede reclamar la adjudicacion de una cosa de la herencia apreciada evidentemente en mucho mas de su valor, quando no hay otras tan subidas, y los partidores se la aplicaron sin sortearla; lug. cit. num. 131.

Heredero que omitió maliciosamente poner algunas cosas en el inventario, en qué pena incurre, y quáles circunstancias son necesarias para imponérsela; lug. cit. nn. 136 y 137.

Heredero, si incurrirá en dicha pena, protestando añadir al inventario todos los bienes que llegue á su noticia ser de la herencia, lug. cit. num. 140.

Heredero que hizo el inventario, en qué casos no incurre en la pena de encubridor, lug. cit. n. 144.

Heredero presente, no poseyendo al tiempo de la venida del ausente la parte que le cupo por haberla vendido, ó no haber podido conservarla, cómo y quándo estará obligado á la solucion de lo que le toca ó de sus frutos; part. 2 lib. 1 cap. 1 num. 8 y 9.

Heredero, quál debe tener los papeles é instrumentos de la herencia, lug. cit. num. 17.

Herederos, cómo han de dividir el predio enfitéutico hereditario, lug. cit. num. 55 y 56.

Herederos del enfitéusis perpetuo: enagenando alguno de ellos la parte que le cupo en la cosa enfitéutica sin requerir al señor del dominio directo, si la queria por el tanto, quándo caerá en comiso, lug. cit. num. 57.

Heredero que estando ausentes los demas posee la herencia y hace gastos en defenderla, si tendrá derecho á que se los abonen, lug. cit. num. 61 y su nota.

Heredero presente que no poseia la herencia: si la obtiene por sentencia, corresponde la mitad al coheredero ausente, lug. cit. num. 62.

Heredero del sócio difunto, debe continuar la compañía que este empezó, part. y lib. cit. cap. 4 numer. 69.

Herederos del marido, si deberán alimentar á la viuda, quedando preñada, y quándo han de dar alimentos á la madre del póstumo extraño instituido heredero; part. 2 lib. 1 cap. 6 num. 31.

Herederos del marido, si tienen obligacion de alimentar á su viuda, durante el tiempo prefinido por la ley ó pacto para la restitucion de su dote, y pasado el término, qué debe hacerse; lug. cit. num. 36, &c. y 40.

Herederos legítimos ó extraños que suplieron los gastos funerarios, podrán pedirlos al legatario del quinto, part. 2 lib. 2 capit. 1 num. 30 y nota.

Herederos legítimos ó extraños, han de entregar al mejorado su mejora, ó al legatario su legado en los mismos bienes del testador; part. lib. y cap. 2 num. 13 y 14.

Heredero, legándose anualmente cierta parte del usufructo de un fundo, puede venderle, y entregar en dinero al legatario la cantidad anual respectiva al arrendamiento de la quota señalada de usufructo; lug cit. num. 15.

Heredero de los bienes troncales y el de los demas han de pagar á prorata las deudas del difunto, part. y lib. 2 cap. 4 numer. 24.

Heredero, si el testador lega á alguno cierta canti-

dad suponiendo debérsela, debe dársela, aunque sea incierto, part. y lib. 2 cap. 6 num. 8 y nota.

Heredero, qué debe hacer, si el testador lega alguna cosa que se halla en parage remoto ó en otro lugar, dudando si existia ó no; lug. cit. num. 10.

Herederos: imponiéndoles simplemente el testador el gravámen de dar al legatario cierta cantidad, ó mandando que se la dé qualquiera de ellos, qué deberán darle, lug. cit. num. 27.

Herederos instituidos, unos con condicion y otros sin ella, quando percibirán ó no la herencia, lug. cit. num. 65.

Herederos del marido, si podrán diferir la restitucion de la dote legada por razon de las expensas hechas en ella, lug. cit. num. 85.

Herederos, instituyendo el testador á sus hermanos, si unos son enteros y otros medios, quales percibirán la herencia, part. y lib. 2. cap. 7. num. 43 y nota.

Herederos del que muere intestado, qué deben distribuir por su alma, sean descendientes, ascendientes, ó transversales, lug. cit. num. 41 y 42.

Herederos extraños, quales se llaman, part. y lib. 2. cap. 8. num. 1.

Herederos, á quantos y de quantas maneras puede instituir el que no los tiene forzosos, lug. cit. numer. 2 y 3.

Herederos nombrados, uno simplemente por su nombre y los demas colectivamente, no heredarán con igualdad, á no ser que en la institucion use el testador de alguna palabra que indique ó muestre esta voluntad, excepto que sean instituidos en diversas oraciones; lugar cit. numero 14 y 15.

Herederos que en virtud de la division nula recibieron sus partes en bienes que perecieron sin su culpa, pendiente el pleyto sobre validacion ó nulidad de ella, si tienen obligacion de colacionar su valor y el de sus frutos, quando se hace nue-

vamente, part. y lib. 2. cap. 9. num. 15.
Heredero á quien se quita en juicio algo de lo que se le adjudicó en la particion, si ha de ser reintegrado por los coherederos, lug. cit. num. 16 y 17.
Heredero, donde debe ser demandado, y en donde se le ha de reconvenir estando sin aceptar la herencia, part. 2 lib. 3 cap. 1 num. 39 y 40.
Heredero, si el difunto le debia alguna cantidad, quando podrá hacerse pago por sí mismo, part. 2 y lib 3. cap. 2 nota del num. 55.
Herederos anómalos quienes son: pueden ser executados, lug. cit. numer. 67.
Herencia, quando ha de entregarse, dexándose esto al arbitrio del heredero, y en el caso de dudarse, quando debe hacerse, part. 1 cap. 1 num. 104.
Herencias y legados: se dá noticia de tres Reales cédulas acerca de una contribucion sobre las de los parientes transversales, y se insertan varios capítulos de un reglamento para su cobro, part. 1 cap. 1 en el apéndice.
Herencia, de quantos modos puede aceptarse, qué circunstancias se requieren para esto en el heredero, quien es contradictor legítimo para impedirle la posesion de ella, y si por la formacion del inventario se contempla, ó no aceptada, lug. cit. num. 103, 104 y 105.
Herencia, como se divide concurriendo dos abuelos por una línea y otros dos por otra, ó uno solo por la una de ellas, part. y lib. 2. cap. 7. numero 18.
Hermafroditas, quantas son sus especies, part. 1 capít. 1. num. 16. nota.
Hermafrodita, si puede ó no ser testigo en las últimas disposiciones, número 16 cit.
Hermano intestado, como se partirá su herencia, si dexa hermanos y un sobrino carnal ó muchos: lo mismo que en estos casos se observa en otros iguales habiendo hecho

testamento, part. 1. capit. 2 num. 4.
Hermano, habiendo testado á favor de sus hermanos, quando le heredarán ó no los sobrinos hijos de alguno de los instituidos, á quien sobrevivió, lug. cit. numer. 5.
Hermano, como le sucederán los sobrinos hijos de dos hermanos enteros; y si tiene hermanos enteros y medios ó hijos de aquellos, quienes heredan, lug. cit. num. 6 y 7.
Hermanos medios, como han de heredar y quienes han de suceder á falta de ellos, lug. cit numer. 8.
Hermano y hermana, si muertos los padres vivieron juntos poseyendo los bienes pro indiviso, y durante la comunion se casa esta, y aquel la dota sin expresar de qué bienes; de quales se cree hacerlo, part. 2 lib. 1 cap. 4 num. 92.
Hermanos del difunto no concurren con los ascendientes, part. y lib. 2 cap. 7 num. 19.
Hermanos enteros del difunto: le suceden no dexando este descendiente ni ascendiente; y concurriendo con sobrinos carnales como le heredarán, lug. cit. num. 29. y 30.
Hermano, dexando un hermano y sobrinos hijos de otro hermano muerto, si aquel repudiare su parte teniendo hijos, la heredarán estos, lug. cit. numer. 34.
Hermanos consanguineos uterinos heredan indistintamente con preferencia al tio difunto, lug. cit. num. 37.
Hermanos consanguineos ó uterinos del difunto, como han de partir los bienes y pagar las deudas, lug. cit. num. 39.
Hermanos, si podrán anular el testamento no siendo instituidos herederos, part. y lib. 2 cap. 8 numer. 1.
Hermanos, habiendo percibido mas de lo justo en la particion no se rescinde esta, y solo se ha de resarcir el daño, part. y lib. 2 cap. 9 num. 14.
Hermanos, en qué casos se pueden demandar crimi-

nalmente, part. 2. lib. 3. cap. 1 num. 14.

H ante I.

Hidalgos, de qué privilegios gozan, si pueden renunciarlos y en qué pena incurre el Escribano que autorice la renuncia, parte 1 cap. 18 num. 42.

Hidalguía, á quienes no favorece y en qué causas, lug. y num. cit.

Hidalgos, en qué casos pueden ó no ser presos por deuda, part. 2 y lib. 3 cap. 2 num. 138 y nota.

Hidalgos de executoria, á quienes estan comparados: qué se necesita para ser alguno llamado hidalgo de solar conocido; y qué es solar y solariego, lug. cit. num. 143 y 144.

Hidalguía, declaracion de ella y diligencias para conseguirla, lug. cit. numero 140.

Hidalguía, véase nobleza.

Hijos, quales se llaman póstumos y qué circunstancias han de concurrir en ellos para que se tengan por légitimos y nacidos naturalmente, y hereden á sus ascendientes légitimos; part. 1 cap. 1 num. 46 y 47, y nota.

Hijos légitimos, todos se deben instituir herederos y ningun extraño con ellos, num. 48 y sig.

Hijos naturales se legitiman por el siguiente matrimonio, lug. cit. num. 54 nota.

Hijo que está baxó la patria potestad, puede disponer aun del usufructo del tercio de sus bienes adventicios en perjuicio de su padre, lug. cit. num. 62, &c. y 65.

Hijo, de qué puede disponer, siendo castrenses, ó quasi castrenses sus bienes, lug. cit. num. 66.

Hijos ilegítimos se dividen en naturales y espurios: qué circunstancias han de concurir en aquellos y quienes deben darles alimentos; lug. cit. numer. 69 y nota.

Hijo natural sucede á su madre por testamento y abintestato, aunque esta tenga ascendientes, lug. cit. número 71 y nota.

Hijos espurios, de quantas clases son: á todos debe la madre suministrar

alimentos, como tambien el padre y sus herederos; num. 73, &c. y 76, y nota.
Hijos espurios que deben haber de sus padres, sean ó no estos Clérigos, Frayles, Freyles, ó Monjas profesas: la ilegitimidad no les impide exercer las artes ni oficios; lug. cit. num. 77 y 78.
Hijos naturales, en qué suceden á sus ascendientes abintestato, ó siendo preteridos, lug. cit. numer. 70.
Hijos deben alimentar á sus padres necesitados; lug. cit. número. 60 nota 3.
Hijo de familia que tiene bienes dentro y fuera de su pais, como debe testar, lug. cit. num. 234.
Hijo légitimo que fallece sin descendientes legítimos dexando padres, abuelos y hermanos, quienes y como le heredan, part. 1 cap. 2 num. 2.
Hijos naturales muriendo instestados sin descendientes ni madre, como se heredarán entre sí, lug. cit. num. 11.
Hijo del primer matrimonio; si no existiendo bienes de su madre, y solicitando la herencia ó parte materna de sus hermanos muertos abintestatato sin sucesion, ó en la edad pupilar, cuya herencia le debió reservar el padre por haber pasado á segundas nupcias, será preferido á la madrastra viuda por su dote, part. 1 cap. 5 numer. 5 y 6.
Hijo de familia, en qué términos y de qué bienes puede instituir mayorazgo, part. 1 cap. 7 numer. 22.
Hijo legítimado por el siguiente matrimonio, no ha de preferirse en el mayorazgo al hijo legítimo de matrimonio anterior, aunque haya nacido ántes que este; lug. cit. num. 42. nota.
Hijos incestuosos, quando podrán suceder en el mayorazgo, num. 42 cit.
Hijos, varon y hembra de un parto, en caso de duda se presume que aquel nació primero, lug. cit. num. 43 nota.
Hijos varones de los traydores, quando les comprehenderá la pena de infa-

mia, y la de no poder heredar, ni percibir mandas, lug. cit. num. 47 y nota.

Hijo, no puede ser exheredado no estando próximo á la pubertad, part. 1 cap. 1 num. 87.

Hijo de familia, no puede ser demandado por lo que se le haya prestado, sino en ciertos casos, part. 1 cap. 16 num. 4.

Hijo que acepta la herencia paterna, quando y como ha de demandar los bienes maternos que su padre enagenó, part. 1 capit. 19 num. 39.

Hijo adulto que está baxo la patria potestad, en qué casos puede constituir procurador ó apoderado, part. 1 cap. 23 num. 3.

Hijos naturales, como se hacen legítimos, part. 1 cap. 26 num. 11, &c. y 15.

Hijo ó yerno que está fuera de la patria potestad, quando y como puede demandar y acusar á su padre ó suegro, lug. cit. num. 27.

Hijos del primer matrimonio, como han de probar que hubo gananciales en este, part. 2. lib. 1 cap. 4 num. 29.

Hijo ó hija á quien dotaron sus padres juntos, qué debe colacionar por muerte del que falleció primero, part. 2 lib. 1 cap. 4 num. 79.

Hijo ó hija á quienes el padre solo dió ú ofreció capital ó dote habiendo gananciales, qué deberán colacionar por su muerte; lug. cit. num. 81; y qué ha de colacionarse en el mismo caso por el hijo ó hija que parta con su madre, lug. cit. num. 82.

Hija, si el padre administrando bienes adventicios de ella le promete dote de estos y de los suyos, sin expresar la cantidad de unos ni de otros, de quales se presume dotada, lug. cit. num. 86.

Hija á quien el padre casa y ofrece dote despues de haber casado y dado cierta dote á otra hermana, se entiende dotada en los mismos términos que la primera, lug. cit. num. 87.

Hijos no pueden ser compelidos á dar al padre la legítima, ni á tomar en

vida de este la suya que él mismo quiere entregarles, part. 2 lib. 2 capit. 1 num. 7 y nota.

Hijos, haciéndose ó no pacto jurado en la particion que hizo el padre entre ellos, y aumentándose despues sus bienes, si podrán pedir el suplemento de su legítima, lug. cit. num. 9 y 10.

Hijos ilegítimos son ó naturales ó espurios: quienes son los primeros, lug. cit. num. 34 y 35.

Hijos naturales, de qué privilegios gozan y qué cantidad les pueden mandar sus padres teniendo descendientes legítimos, lug. cit. num. 36.

Hijo natural, en qué casos puede heredar á su padre, y si contra su voluntad tendrá derecho á sus bienes, lug. cit. numer. 38.

Hijos naturales son herederos forzosos de sus madres no teniendo estas descendientes legítimos, lug. cit. num. 41.

Hijos espurios, quiénes y de quántas clases son, y si tienen derecho á que su padre los alimente, lug. cit. num. 42 y 43 con sus notas.

Hijos de dañado y punible ayuntamiento no heredan á sus madres, lug. cit. num. 44.

Hijos nefarios ó incestuosos, quándo y qué heredarán de sus padres y madres, lug. cit. num. 45.

Hijo de hombre casado y muger libre, cómo heredará á sus padres y parientes, lug. cit. num. 46.

Hijo de Clérigo de órden sacro, qué puede haber de su padre y parientes paternos, lug. cit. num. 47.

Hijos de Frayle, Freile ó Monja profesos, nada pueden heredar de ellos, lug. cit. num. 48.

Hijo espurio de Clérigo, no adquiere el usufructo que este dexó de sus bienes á su nieto, hijo legítimo de aquel, lug. cit. num. 49.

Hijo natural, si se legitimará y sucederá á su padre, casándose este con su madre en el artículo de la muerte, ó teniendo impedimento perpetuo de procrear; lug. cit. n. 52.

Hijos naturales, se legitiman por el subseqüente matrimonio, aunque su

padre despues de haberlos tenido se hubiese casado con otra, lug. cit. num. 54.

Hijo natural de Clérigo de menores, se legitima por el siguiente matrimonio, aunque se hubiese cometido incesto y adulterio, lug. cit. num. 55.

Hijo natural legitimado por el Soberano, ó el espurio que obtuvo dispensa, qué puede heredar de su padre, lug. cit. num. 57, &c. y 60.

Hijo natural ó espurio legitimado por el Soberano, sucederá á su padre en la nobleza y honores, y heredará á sus parientes, lug. cit. num. 61.

Hijos espurios legitimados por el Soberano, si sucederán en los honores y preeminencias de su padre, lug. y num. cit.

Hijos prohijados por adopcion ó arrogacion, en quánto suceden á los prohijadores, lug. cit. n. 63.

Hijos instituidos herederos, se entienden mejorados por la pretericion ó exheredacion injusta de algun hermano suyo, part. 2 lib. 2 cap. 2 num. 26.

Hijo, muriendo ántes que su padre, sin dexar hijos, y habiendo vendido y entregado al comprador el fundo que aquel le donó simplemente, y entregó en vida, si podrán los coherederos reivindicarle del comprador en la parte en que excedió su valor á la legítima y mejora; lug. cit. num. 36.

Hijo mejorado por el padre en el tercio en el testamento, no se ha de creer excluido de la mejora por mejorar este despues en el mismo tercio á otro hijo descendiente en codicilo: lo mismo procede, si en el propio testamento ó en otro acto celebrado incontinenti hiciere la mejora con separacion á sus hijos; lug. cit. num. 49 y 50.

Hijas legítimas, no pueden ser mejoradas en contrato por razon de dote ó casamiento, lug. cit. n. 71.

Hija, á quien su padre dotó en cierta cantidad entregándosela al casarse, si ofrece despues de muerto colacionar todo lo que llevó en dote; qué frutos le tocarán de los corres-

pondientes al tiempo de la comunion; lug. cit. numer. 106.

Hija del primer matrimonio cuya madre llevó á este bienes redituables, habiéndola casado y dotado el padre en bienes muebles y dinero, quedándose este con los raices; si restituyendo (muerto su padre) los que recibió en dote, tendrá derecho á pedir los maternos con los frutos producidos desde su matrimonio; lug. cit. nn. 119, 120 y 121.

Hijos excluidos de heredar por estatuto ó costumbre, ó por haber renunciado con juramento su legítima, si deberán colacionar lo que recibieron en vida de sus padres; part. y lib. 2 cap. 3 n. 9.

Hijos, no estan obligados á colacionar lo que recibieron de sus padres, quando heredan á sus abuelos que nada les dieron, lug. cit. num. 10.

Hijos, si les perjudicará para heredar al abuelo la renuncia de legitima que hace la madre, contenta con su dote, por haber ella muerto ántes, lug cit. num. 14.

Hijos, habiéndolos de dos matrimonios, si el padre dió á los del primero su legitima materna y algo mas, deben hacer dos colaciones, lug. cit. num. 15.

Hijas, quándo deben colacionar la dote; y si han de llevar á colacion las demas donaciones que les hicieron sus padres, y lo que por mera contemplacion de estos les dieron otras personas, lug. cit. num. 20, 21 y 22.

Hijo é hija, qué cosas no tienen que colacionar, lug. cit. nn. 23 y 24.

Hijo, qué cosas ha de colacionar ó no de las donadas con motivo de su casamiento, lug. cit. nn. 28 y 29.

Hijos, deben colacionar los oficios públicos vendibles y transmisibles que sus padres compran para ellos; pero no, si no lo son, lug. cit. num. 30.

Hijo, si deberá colacionar lo que su padre gastó en las bulas para proporcionarle dignidad eclesiástica, ó erigir beneficios eclesiásticos, y la dona-

cion que le hizo con título de patrimonio para ordenarse; lug. cit. nn. 31, 32 y 33.

Hijos, no solo deben colacionar la dote y capital, sino tambien lo que les dieron sus padres para alguna urgencia, lug. cit. num. 34.

Hijo que está baxo la pátria potestad, si deberá colacionar el usufructo de sus bienes adventicios que el padre le donó expresa ó tácitamente, lug. cit. numer. 35.

Hijos legitimados, si se prefieren á los ascendientes legítimos, part. y lib. 2 capit. 4 n. 8.

Hijo que está baxo la pátria potestad, puede disponer del tercio de sus bienes en propiedad y usufructo, lug. cit. num. 17.

Hijo sin descendientes legítimos, en qué casos puede disponer de todos sus bienes, aunque viva su padre, lug. cit. num. 18.

Hijo, no está obligado á colacionar el usufructo, herencia, ni otra cosa que su padre no quiso adquirir, part. y lib. 2 cap. 3 num. 36.

Hijo que tiene bienes adventicios cuyos frutos alcanzan para los gastos que hace en seguir alguna carrera, deberá colacionar estos, si el padre se lo manda; lug. cit. num. 37.

Hijo casado, podrá repetir de los coherederos el usufructo de sus bienes adventicios que su padre le retuvo, y él no le demandó miéntras vivió; lug. cit. num. 38.

Hijo, si podrá pedir á los coherederos los frutos del beneficio que administró su padre, teniéndole baxo su potestad, lug. cit. num. 39.

Hijo, le pertenecen los frutos de sus bienes adventicios despues de la tácita ó expresa remision de su padre, lug. cit. num. 40.

Hijo emancipado, no debe colacionar lo que le dió su padre al tiempo de la emancipacion, ni lo que este gastó en enseñarle la gramática y otras artes segun su condicion; lug. cit. num. 41 y 42.

Hijo, qué debe colacionar, si por la donacion resulta gran desigualdad entre los hermanos, ó no apro-

vechó en el estudio, ó empleó en vicios lo que su padre expendió por él, lug. cit. nn. 45 y 46.

Hijo, no debe colacionar lo que su padre gastó con él para que aprendiese ciencias mayores, ó fuese á la guerra, lug. cit. numer. 48.

Hijo, si deberá colacionar el importe de los libros que le dió su padre para estudiar, lug. cit. num. 49.

Hijo, no está obligado á colacionar el peculio quasi-castrense, ni los gastos que hizo el padre para proporcionarle algun honor inalienable, ó para condecorarle con los grados de Doctor ó Licenciado, aunque sí los hechos para que se cruzase: tampoco lo está á colacionar lo que expendieron sus padres por redimirle de cautiverio, ni lo que pagaron voluntariamente por él en pena del delito que cometió excepto en un caso; lug. cit. numer. 50, &c. y 53.

Hijo, no tiene que colacionar los bienes adquiridos con su industria, ni lo que sus padres le donaron por sus condignos méritos, lug. cit. nn. 56 y 60.

Hijo, si deberá traer á colacion lo que adquirió con el caudal de su padre, y se le habrá de dar salario por haber administrado su hacienda, lug. cit. nn. 57, 58 y 59.

Hijo, debe colacionar el enfitéusis de nominacion adquirido por el padre ó concedido á él por respetos de este; y si el padre le compró, tendrá que colacionar el precio desembolsado; lug cit. numer. 66 y 67.

Hijo, debe colacionar la finca enfitéutica nombrándole el padre y entregándosela en vida, aunque no se hubiese comprado ni mejorado; lug. cit. numer. 70.

Hijo ó hija á quien su padre dió algun fundo sin aprecio, ó con el que no causó venta, debe colacionarle por la estimacion que se le dé al tiempo de la colacion, sino se mejoró por su industria, ni se deterioró por su culpa: si se hizo un aprecio que causó venta, debe colacionarle por el valor que se

le dió entónces: por qué precio le colacionará, si se hizo de mas valor por la mera industria del hijo, háyale recibido estimado ó inestimado; lug. cit. nn. 78, 79 y 80.

Hijo, no tiene que colacionar los bienes que le dió sin apreciar su padre habiendo perecido sin culpa suya despues de la muerte ó en vida del donante; lug. cit. num. 82.

Hija, en qué tiempo debe restituir el exceso de su dote; lug. cit. num. 83.

Hija, si dotándola el padre en vida y aceptando ó repudiando su herencia, deberá colacionar la dote con los frutos que la finca dotal produxo, ó solamente con los de lo inoficioso; y desde qué tiempo ha de restituir estos; lug. cit. num. 84.

Hijo, si debe devolver los frutos de lo que su padre ó madre le donó en vida, y desde quando, lug. cit. num. 85.

Hijos que aceptaron la herencia de su padre, pueden reivindicar los bienes sujetos á reservacion que enagenó, part. y lib. 2 cap. 5 num. 32.

Hijos legítimos son los primeros que suceden al difunto, aunque sean póstumos, y los legitimados por el siguiente matrimonio, part. y lib. 2 cap. 7 num. 2.

Hijo legitimado por el siguiente matrimonio, anterior en nacimiento al legítimo habido de la muger primera, si se preferirá este en la sucesion del mayorazgo; lug. y numer. cit.

Hijos y nietos naturales, en qué parte de herencia suceden abintestato á sus padres y abuelos; lug. cit. nn. 6 y 7.

Hijos naturales, quando son herederos forzosos abintestato de sus madres; lug. cit num. 8.

Hijos naturales, como suceden abintestato á los parientes naturales de parte de padre ó madre, concurran ó no parientes legítimos con ellos; lug. cit. nn. 9, &c. y 14, y nota.

Hijos espurios no suceden abintestato á los parientes paternos, ni los de dañado ayuntamiento á los hermanos ni parientes por

línea materna; lug. cit. num. 15.
Hijos naturales y espurios: entre ellos, y sus padres y parientes es recíproca la sucesion abintestato, y la obligacion de darse alimentos, lug. cit. num. 16.
Hijos y nietos de hermanos consanguineos y uterinos del difunto, y los tios hermanos de padre ó madre, como han de heredar abintestato, lug. cit. numer. 40.
Hijo de familia, en qué casos puede demandar á su padre legítimo ó adoptivo, part. 2 y lib. 3 cap. 1 num. 10.
Hijo que no se halla baxo la patria potestad, quándo y en qué términos puede demandar á su padre ó á otros, lug. cit. num. 11 y 12.
Hijos, si pueden denegar ó retardar á su madre que fue su tutora, la entrega de su dote, ú oponerle la excepcion de compensacion, miéntras no dé la cuenta de la tutela; parte 2 lib. y cap. 3 n. 126.
Hijos, qué privilegio tienen por los bienes extradotales que su madre entregó á su padre; y qué debe hacer este ántes de casarse segunda vez para que se prefieran á la dote de la madrastra; lug. cit. numer. 154.
Hipoteca y prenda qué son, y en qué se dividen, part. 1 cap. 18 nn. 1, 2 y 3.
Hipoteca, quando es especial y general: quando quedan obligados todos los bienes ó una cosa sola, y quales no se comprehenden en la obligacion general, lug. cit. num. 11.
Hipoteca expresa qual se llama, y qual tácita, parte 2 lib. y cap. 3 num. 40.
Hipoteca tácita, qué fuerza tiene, quales bienes se comprehenden en ella, y á quienes está concedida: por qué débitos y en qué bienes compete á la iglesia: en qué cosas, y por qué derechos y contratos toca al fisco; y por qué la tiene ó no la muger casada; lug. cit. nn. 41, &c. y 45.
Hipoteca tácita, quando la tienen el hospital y república en los bienes de sus administradores, lug. cit. num. 46.

Hipoteca tácita, contra qué personas compete al menor y á sus herederos por el alcance de su tutela; y si la tendrá el tutor en los bienes de su menor, lug. cit. num. 47.

Hipoteca tácita que tiene el menor en los bienes de su tutor y curador, quales comprehende: quando nace, á quienes y contra quienes pasa, lug. cit. nn. 48, 49 y 50, y nota.

Hipoteca tácita, si competirá al tutor y curador en los bienes de su pupilo menor por las expensas hechas en utilidad de estos, lug. cit. num. 51.

Hipoteca de los bienes del menor, quando vale ó no, lug. cit. num. 64.

Hipoteca compete al marido por la dote prometida en los bienes del prometedor, lug. cit. num. 77.

Hipoteca tienen los hijos en los bienes de su padre por los adventicios que les administró; lug. cit. n. 78.

Hipoteca tácita compete á los hijos y herederos legítimos y extraños de la muger, y á sus cesionarios y sucesores singulares en los bienes del marido por la dote que llevó al matrimonio; lug. cit. num. 79.

Hipoteca tácita tiene el legatario en los bienes del testador, lug. cit. num. 80; y el que suplió los gastos de la última enfermedad del difunto y del entierro, y los derechos de su testamento; &c. lug. cit. num. 83.

Hipoteca tácita tiene el refeccionario y el que prestó dinero para comprar algun oficio: tambien la tiene el arrendatario por el arrendamiento de las fincas y el daño que el arrendador causa en ellas, lug. cit. nn. 81 y 82.

Hipoteca contrayendo el apoderado, si se ha de entender contraida al tiempo de otorgarse el poder, lug. cit. num. 84.

H ante O.

Homenage, qué es, quién puede hacerle y como, y en qué casos suele hacerse, part. 1 cap. 29 nn. 1 y 3.

I

I ante G.

Iglesia, á qué acreedores es preferida por sus diezmos, y de quien puede exigirlos, si el dueño del fundo vende los frutos ántes de recogerlos, part. 2 lib. y cap. 3 num. 91.

Iglesia y causa pia, si serán preferidas á los acreedores anteriores de hipoteca expresa en los frutos de los bienes del deudor, hipotecados ántes de contratar con ellas; lug. cit. num. 97.

Iglesia, tiene prelacion de dominio en lo que ha vendido al fiado; lug. cit. num. 158.

Iglesias, véase Eclesiásticos.

I ante L.

Ilegitimidad, para el exercicio de qué oficios obsta ó no á los hijos ilegítimos, parte 1 cap. 1 num. 78.

Ilegitimidad, como impedimento canónico para ordenarse y obtener beneficios eclesiásticos, puede dispensarla el Papa; part. 1 cap. 26 num. 10.

I ante N.

Indemnidad, qué es y quando tiene lugar, part. 1 cap. 19 num. 37.

Infame, no puede ser árbitro ni Juez ordinario, part. 1 cap. 22 num. 5.

Infames, quando lo son los hijos por delitos de sus padres, part. 1 cap. 7 numer. 47 y nota.

Infante, no puede testar, part. 1 cap. 1 num. 18.

Infieles, no pueden ser testamentarios, part. 1 cap. 1 num. 198, ni patronos, part. 1 cap. 8 num. 12.

Ingratitud, quien debe probarla, part. 1 cap. 12 n. 18.

Injuria, qué es, como se comete, de quantas clases es, y quien puede injuriar y ser injuriado; parte 1 cap. 28 nn. 1, 2 y 3.

Injuriado, no puede tomar satisfaccion por sí mismo, y qué puede perdonar; lug. cit. nn. 3 y 5.

Injurias de palabras mayores quales son, y en qué pena incurre quien las dice, lug. cit. num. 4.

Insinuacion, qué es, y en qué

donaciones y como debe hacerse, part. 1 cap. 12 nn. 5, 6 y 44.

Instrumento, se divide en auténtico, público y privado; part. 1 cap. 31 n. 2.

Instrumento público, qué circunstancias requiere para hacer fé, y en qué idioma ha de extenderse, lug. cit. nn. 3 y 4.

Instrumentos públicos, quales no hacen fe por defecto del Escribano, y qué debe practicar este, lug. cit. nn. 7, &c. y 11.

Instrumentos, quantas clases hay de ellos: qual se llama público y por qué, y quando hará ó no fe en juicio, part. 2 y lib. 3 cap. 1 num. 300.

Instrumento no debe romperse deshecho el contrato, aunque lo quieran los otorgantes, lug. y num. 300 cit.

Instrumento, de qué cosas puede carecer sin ser nulo, lug. y num. cit.

Instrumento: se ha de probar su falsedad alegando que es falso la parte contra quien se produce, porque en el dia de su otorgamiento estaba fuera del pueblo; lug. cit. num. 301.

Instrumento que la parte niega estar autorizado por el Escribano que aparece en él, y este niega ó confiesa, ó dice que le autorizó, pero que fue falso; si hará ó no fe: si ha muerto ó está muy léjos, qué debe hacer el Juez; y con qué se ha de cotejar el papel privado; lug cit. numer. 304.

Instrumento, si podrá probarse su contenido por testigos, aunque no valga; y en qué idioma debe presentarse en juicio, lug. cit. num. 305.

Instrumento, qual se llama auténtico y contra quien hará fe, lug. cit. num. 310, y nota.

Instrumento privado qué es, quantas son sus especies, y como hará fé en juicio, lug. cit. nn. 311 y 312.

Instrumentos, de quantos modos y por qué causas se pueden redarguir de falsos, y como se debe conducir el Escribano en el cotejo de los redarguidos; lug. cit. nn. 349 y 350.

Instrumentos, como padrones, protocolos, libros de iglesias y papeles originales no deben sacarse de

los archivos ni oficios públicos para pruebas de hábitos ú otras; y lo mismo se ha de decir de los libros de caxa de los comerciantes y cambistas; lug. cit. num. 351.

Instrumentos, sobre si les falta ó no algo de lo substancial, se ha de atender al lugar donde se formalizaron, p. 2 lib. 3 c. 2 n. 30.

Instrumentos, como se han de legalizar, lug. cit. n. 31, y quando son executivos, en lo tácito, num. 32.

Instrumentos, quales son executivos y quales no; véase execucion.

Inventario y pedimento presentándole, auto, citacion, notificaciones, y demas diligencias para la presentacion y exámen de testigos; part. 2 y lib. 3 cap. 1 núm. 491, &c. y 495, 497, &c. y 508.

Interrogatorios, qué preguntas generales y especiales, ó útiles deben contener, y qué efectos causa la cláusula de admitirlos en quanto son pertinentes, part. 2 y lib. 3 cap. 1 num. 270, &c. y 274.

Interrogatorios de preguntas, en qué tribunales se comunican á las partes para hacer otros de repreguntas: en algunas provincias se estila nombrar acompañados para que repregunten á los testigos; lug. cit. num. 275.

Inventario, qué es, porqué razones se introduxo, y quál se llama solemne y qual simple, part. 2 lib. 1 cap. 1 nn. 1, 2 y 3.

Inventario, donde se ha de hacer, y á qué Jueces corresponde el conocimiento del de bienes de militares y otras personas, lug. cit. nn. 4, 5 y 6.

Inventario, ante quien ha de hacerse, si el difunto tenia dos domicilios, lug. cit. num. 7.

Inventario, á qué Juez toca hacerle, si el lego instituye varios herederos y uno ó mas de ellos son Clérigos, y si el lego sucede al Clérigo por testamento ó abintestato, lug. cit. num. 8.

Inventario, á qué Juez corresponde hacerle siendo heredero el Clérigo, lugar pio, ó comunidad eclesiástica, lug. cit. nn. 9 y 10.

Inventario, para ser válido requiere ocho cosas, lug. cit. nn. 15, &c. y 37.

Primer requisito es que se cite á la viuda y á los herederos: no está en práctica citar á los legatarios ni acreedores, lug. cit. num. 15.

2.° la asistencia de Juez y Escribano, quando deberá omitirse aquella, lug. cit. num. 16 y nota.

3.° que se inventarien todos los bienes del difunto: especificase quáles y cómo se han de poner en el inventario, lug. cit. nn. 17., &c. y 25.

4.° requisito es que se ponga en el inventario el dia, mes, año y lugar en que se hace y concluye, lug cit. num. 29.

5.° que presencien su formacion tres testigos de las circunstancias que se expresan, lug. cit. num. 30.

6.° requisito, que quien hace el inventario, lo firme ó un testigo por él, lug. cit. num. 32.

7.° que el inventario se principie y concluya dentro del término legal: quanto es este, quando empieza á correr, contra quien, y qual es la práctica de la corte, lug. cit. nn. 33, 34 y 35.

8.° requisito es que quien le hace, jure haberle formalizado bien y fielmente, y proteste agregar á él los bienes que llegue á saber pertenecen á la herencia, lug. cit. num. 37.

Inventario, quando se ha de hacer del importe del daño que haga un heredero en cosas de la herencia, y el de las que substraxo, lug. cit. numer. 27.

Inventario, si se deberá hacer y como de los bienes existentes entre los de la herencia dudándose si le pertenecen ó no, lug. cit. num. 28.

Inventario, siendo impugnado por los testigos, si valdrá ó no, lug. cit. numer. 31.

Inventario, qué personas deben hacerle, lug. cit. num. 38.

Inventario de los bienes del menor, como y en qué término deben hacerle el tutor y curador, lug. cit. nn. 76, &c. y 81.

Inventario solemne, quando estarán obligados á hacerle el fisco y demas herederos anómalos, lug. cit. num. 97.

Inventario, quando tendrá el padre obligacion de hacerle de los bienes del hijo; lug. cit. num. 98.

Inventario que hace un heredero, si aprovecha á los demas, y si el hecho por la viuda sirve á los hijos del difunto contra los acreedores, y porqué, lug. cit. num. 101, y su nota.

Inventario, quien puede pedir su formacion: pedimento solicitando se inventarien y tasen los bienes hereditarios, y auto correspondiente, lug. cit. nn. 148, 149 y 150.

Inventario y tasacion de bienes á pedimento de parte con las diligencias de curaduría de pleyto extendidas, citaciones, señalamiento de dias y horas para el inventario, expresion de aceptarse la herencia con beneficio de inventario, y advertencias sobre su formacion; lug. cit. nn. 148, &c. y 157.

Inventario, su conclusion con el juramento y protesta del que le hizo extender, lug. cit. n. 158.

Inventario de oficio por muerte abintestato de alguno con las diligencias que le deben preceder extendidas: á saber, auto para provenir un abintestato, fé de muerte del cadáver, y requerimiento á la viuda para la entrega de llaves, informacion acerca de la identidad del difunto, reconocimiento de Médico y Cirujano en muerte repentina, auto para que se dé sepultura al cadáver, y se inventarien los bienes, segun sea la muerte, natural ó violenta, lug. cit. nn. 164, &c. y 170.

J

J ante U.

Judios no pueden ser albaceas; part. 1 cap. 1 numer. 198, ni patronos, part. 1 cap. 8 num. 12.

Juez ordinario, que ha de observar en la apertura del testamento; part. 1 cap. 1 nn. 221 y 222.

Juez, qué ha de hacer, quando el testador prohibe que se abra hasta cierto tiempo su testamento, ó conoce que puede seguirse perjuicio de dar copia de alguna cláusula de él, lug. cit. num. 227.

Jueces, no pueden sacar quinto de los bienes de los que mueren abintestato, part. 1 cap. 2 numer. 10.

Juez, quanto tiempo puede conceder al heredero para aceptar ó repudiar la herencia, part. 1 capit. 3 num. 2.

Juez, puede compeler de oficio al usurero á la restitucion de las usuras, part. 1 capit. 16 numer. 30.

Juez, en qué casos puede conceder á la muger casada licencia general ó especial para contraer, part. 1 cap. 18 num. 52.

Jueces nombrados para visitar Escribanos, tomar cuentas de propios, sisas y otras cosas, y los comisionados por el Consejo, qué fianza deben dar, part. 1 cap. 19 numer. 25.

Juez, si podrá ó no comprar ó vender algo en los pueblos de su jurisdiccion, y retraer la finca vendida por su consanguineo, part. 1 cap. 9 numer. 4.

Juez eclesiástico que usurpa la jurisdiccion Real, en qué penas incurre, lug. cit. num. 59.

Jueces compromisarios son árbitros de derecho ó arbitradores, y cómo han de determinar los negocios; part. 1 cap. 22 n. 4 no resultando del compromiso si se han nombrado árbitros, ó arbitradores, se ha de presumir lo segundo, n. cit. nota 1.

Jueces árbitros y arbitradores, quiénes pueden ó no serlo, lug. cit. num. 5.
Jueces árbitros, si pueden ó no ser compelidos á aceptar el encargo y á decidir el negocio despues de aceptado, y por quien, lug. cit. nn. 7 y 8.
Juez ordinario, quando puede prohibir á los árbitros que entiendan en el negocio, lug. cit. numer. 9.
Jueces árbitros y el tercero en discordia, qué han de jurar, quando aceptan su encargo, y en qué dias no pueden proceder en el negocio, lug. cit. numer. 10.
Jueces árbitros, dónde y dentro de qué término han de decidir el negocio: si puede prorogarse aquel, y estan obligados á admitir la próroga de las partes, lug. cit. num. 11.
Jueces árbitros, en qué pena incurren, si dexan pasar dolosamente el término, ó es injusta su decision, y por qué causas pueden ser recusados, lug. cit. nn. 12 y 13.
Jueces árbitros, si faltando uno de ellos podrán los demas determinar el negocio, lug. cit. n. 14.
Jueces árbitros pueden prefinir término é imponer pena á los litigantes para que cumplan la sentencia: quanto ha de ser aquel, sino se prefine, lug. cit. num. 18.
Juez secular puede citar al Clérigo para asistir como interesado al inventario, part. 2 lib. 1 cap. 1 numer. 8 nota.
Jueces eclesiásticos, por Real cédula de 13 de junio de 1775 no deben conocer de nulidad de testamentos, inventarios, seqüestros, ni administracion de bienes, lug. cit. num. 10.
Juez, quando será responsable por las fianzas de los tutores y curadores, lug. cit. num. 74.
Juez, para deferir á la reduccion á arbitrio de buen varon no basta que un heredero solo afirme ser injusta la tasacion, si otro lo contradice, lug. cit. num. 125.
Juez, cómo ha de proceder en el inventario solemne, como en el de oficio

por muerte natural y violenta abintestato de alguno, part. 2 lib. y cap. 1 num. 148, &c. y 170.

Juez, como ha de admitir la fianza del tutor y curador, lug. cit. numero 175.

Juez, como ha de proceder, quando el heredero pretende la particion de la herencia estando ausente alguno de los coherederos, part. y lib. cit. cap. 2 num. 6.

Juez, en qué juicios debe oir à las partes en via ordinaria, lug. cit. n. 18.

Juez, como ha de proceder, si el demandado confiesa ó niega la qualidad de heredero al que pretende la particion, lug cit. num. 19.

Juez, en qué negocios debe proceder sumariamente, lug cit. nn. 20 y 21.

Juez, ha de nombrar de oficio tercero en discordia de los partidores nombrados por las partes, lug. cit. num. 27.

Juez, podrá hacer la division y señalamiento de bienes á los hijos del testador, quando este no la hizo, part. 2 lib. 2 capit. 1 num. 4.

Juez y el partidor, cómo han de hacer la adjudicacion de bienes, lug. cit. num. 5.

Juez, qué debe hacer, quando se le presenten ya hechas las particiones, part. y lib. 2 cap. 2 num. 1.

Jueces, quántas clases hay de ellos, part. 2 y lib. 3 cap. 1 num. 1.

Juez, como debe proceder, quando el Soberano le manda que oiga á alguno y le haga justicia, lug. cit. num. 4.

Jueces, en qué dias no pueden conocer de causas civiles, aunque sí los arbitradores, lug. cit. numer. 7.

Juez: debe nombrar curador á los menores para comparecer en juicio, sino quieren nombrarle por sí; y de oficio á los pupilos, á los mudos y sordos de nacimiento, pródigos, locos y mentecatos declarados, lug. cit. nn. 16, 17 y 18.

Juez, qué ha de hacer, si dos demandan á un tiempo á alguno por la misma cosa, lug. cit. n. 77.

Juez, como puede proceder contra el contumaz verdadero, nn. 131, 132 y 133.

Juez, no debe conocer de las causas de la muger que solicitó, ni de ninguno de su casa, lug. cit. num. 140.

Juez prorogado, no puede executar su sentencia, por corresponder esto al ordinario, lug. cit. numer. 156.

Juez, quando y como ha de decidir las excepciones, lug. cit. num. 157.

Juez, dentro de qué término ha de recibir los autos á prueba despues de conclusos, lug. cit. numero 233 y nota.

Juez, si ha de ver los autos por sí, ó puede tener Relator, lug. cit. n. 235.

Juez, qué ha de hacer consistiendo en testigos la prueba de ámbas partes, lugar cit. num. 297.

Juez, si comprometiéndose las partes en arbitros, estos reciben testigos, y aquellas pactan ó no sobre si el Juez ha de sentenciar por sus dichos, qué deberá hacer, lug. cit. num. 298.

Jueces, porqué reciben los autos algunas veces á prueba por via de justificacion, lug. cit. numero 344.

Juez, puede coartar á su arbitrio el término probatorio, num. 344. cit. y nota.

Juez, si puede repeler de oficio los dichos de los testigos inhábiles, y qué especies de inhabilidad pueden concurrir en ellos, lug. cit. num. 379 y 380.

Juez, si podrá haber los autos por conclusos, aun quando las partes no concluyan, ó lo resistan, lug. cit. num. 385.

Juez, qué término ha de conceder para probar la falsedad de instrumentos al que la alega, lug. cit. num. 386. nota.

Juez, puede recibir de oficio qualquiera prueba despues de concluso el pleyto, como tambien exâminar segunda vez al testigo que no lo fue sobre todas las preguntas del interrogatorio, ó hacer que declare su dicho en caso de haber depuesto confusamente, lug. cit. número 388.

Juez letrado, ordinario ó delegado, como se ha de recusar y con quien se ha de acompañar, lug. cit. num. 391 y 392 y sus notas.

Juez ordinario secular y su acompañado, no conformándose en las causas civiles á quien ha de ir la causa, si se apela de la sentencia de alguno; y si no se apela, qual y en qué casos valdrá, y si podrán nombrar tercero, lug. cit. num. 394.

Juez delegado y su acompañado, si discordaren, á quien se ha de recurrir: si pueden nombrar tercero, y han de dar juntos la sentencia, lug. cit. num. 395.

Juez ordinario ó delegado recusados y sus acompañados, si en las causas criminales, y en las de libertad y servidumbre discordan en la sentencia, qué se debe practicar, lug. cit. num. 396.

Juez acompañado debe asistir con el recusado en su audiencia á dar la sentencia y demas providencias: quando ha de jurar que exercerá bien su encargo, y como se le ha de recusar, lug. cit. num. 397.

Juez lego, para qué causas y providencias ha de nombrar Asesor letrado, y si este debe jurar y puede ser recusado, lug. cit. num. 399.

Jueces eclesiásticos ordinarios y delegados, quando y como han de ser recusados, y qué se ha de practicar hecha su recusacion, sea Delegado del Papa ó de Obispo, ó Subdelegado de aquel; y si el Delegado recusado podrá subdelegar, lug. cit. números 402, 403 y 404.

Jueces árbitros, por qué causas, y como pueden ser recusados, lug. cit. numero 405.

Juez executor, mero ó mixto, si puede ser recusado, lugar cit. num. 406.

Juez de residencia, como ha de ser recusado, y con quien debe acompañarse, lug. cit. num. 407.

Juez: pidiéndole informe el Rey ó el tribunal superior acerca del pleyto que penda ante él, quando debe ó no suspender su curso, lug. cit. número 417; y qué se ha

de decir acerca de este punto en el caso de que el deudor executado ó que puede serlo, pida moratoria al Consejo, numero 418.

Jueces, deben ver por sí mismos los autos, lug. cit. num. 431.

Jueces, deben determinar segun la verdad sin pararse en las solemnidades, á no ser que alguna de las partes pida su observancia; y en qué penas incurren procediendo injustamente, lug. cit. numero 432 y nota.

Juez, qué deberá hacer probando el actor pertenecerle otra cosa diversa de la que demandó, ó no debiendo ser condenado el reo, lug. cit. numero 434.

Juez, qué autos y sentencias puede reponer, reformar, ó revocar, lug. cit. num. 439.

Juez, quando podrá enmendar la sentencia no habiendo hecho condenacion de frutos ni costas debiendo hacerla, ó habiendo juzgado sobre esto mas ó ménos de lo que debia; y si puede alzar la multa al que es pobre, lug. cit. num. 440.

Juez delegado, si puede conceder la restitucion, lug. cit. num. 463.

Juez incompetente, puede compeler al tutor al reconocimiento del vale, mas no á otra cosa, part. y lib. 3. cit. cap. 2. n. 26: esto se impugna en la nota.

Juez de la causa executiva, puede conocer sumaria é incidentemente de la de la nobleza, y determinarla, lug. cit. num. 145.

Juez que entiende en los autos executivos, qué ha de hacer, si el executado no se halla en su territorio; y si ha de citar de remate para los pregones á los deudores del executado, lug. cit. num. 160.

Juez, qué ha de hacer despues de la citacion de remate y pasado el término prefinido al executado para oponerse á la execucion, lug. cit. n. 164.

Jueces, quales se llaman meros executores y quales mixtos, y si podrán admitir excepciones, contra la execucion de la sentencia, lug. cit. nú-

meros 264, 265 y 266.
Juez requerido, si podrá admitir y resolver las excepciones que oponga el tercero poseedor contra la execucion de la sentencia, lug. cit. n. 267.
Juez, qué debe hacer vistos los autos, lug. cit. números 268 y 269.
Juez, qué ha de practicar, si depositando el executado parte del débito dentro de las 72 horas siguientes á la notificacion de estado y consintiendo se entregue al acreedor, excepciona al mismo tiempo tener satisfecho el resto y lo prueba en el término de la ley; y qué si despues de pasadas deposita toda la cantidad porqué se le executó, lug. cit. numeros 270 y 271.
Juez, qué debe hacer para pagar al censualista su pension anual, quando forma concurso el censuario de censo vitalicio personal, part. 2 lib. y cap. 3. num. 163.
Jueces, Abogados, Escribanos y demas que ponen su trabajo en la defensa de los bienes concursados, á qué acreedores se prefieren, lug. cit. num. 171.
Jueces ordinarios, no pueden habilitar á los menores para administrar sus bienes, sino el Consejo, part. 1 cap. 18 num. 39.
Juicio de ocultacion, cómo y ante qué Juez ha de procederse en él, part. 2 lib. y cap. 1 nn. 141 y 142.
Juicio, qué es y quántas personas son necesarias para constituirle, part. 2 lib. 3 cap. 1 num. 1 y 2.
Juicio, en qué especies se divide, lug. cit. num. 3, 5 y 6.
Juicio civil y ordinario, si puede principiarse por declaracion jurada del demandado, qué preguntas puede hacerle el demandante, y á quáles tiene obligacion de responder, lug. cit. nn. 98 y 99.
Juicio civil y ordinario, en qué casos se puede empezar por embargo de bienes, y en quáles por informacion de testigos á instancia del actor ó del reo; lug. cit. num. 100, &c. y 103.

Juicios posesorios, quántos hay y para qué son, lug. cit. num. 212.

Juicios de residencia, estan prohibidos por Real cédula de 7 de Noviembre de 99, lug. cit. numero 407 nota.

Juicio ordinario: todos los pedimentos, autos interlocutorios, citaciones, notificaciones y otras diligencias que ocurren en él, en qué papel se han de escribir, lug. cit. numero 556.

Juicio exeeutivo, qué es, part. 2 y lib. 3 cap. 2 num. 1.

Juicio executivo: se extienden todos sus trámites, pedimentos, autos, sentencias y demas diligencias que en él pueden ocurrir, lug. cit. numeros 337, &c. y 409.

Juicio executivo: los pedimentos, autos, mandamientos de execucion y de pago, pregones, posturas y remates de los bienes executados, sus tasas y demas diligencias, sentencias de remate, mandamientos de soltura, y las requisitorias de execucion y de pago que ocurran en él, en que papel se han de escribir; lug. cit. num. 410.

Juicio de concurso, como se ha de substanciar y de qué expedientes se han de hacer piezas separadas: si la sentencia de graduacion dada en él será apelable y se deberá admitir en ámbos efectos sin embargo de fianza de acreedor de mejor derecho; y si esta se debe dar confirmándose aquella en revista; parte 2 lib. 3 cap. 3 nn. 27 y 30.

Juicio de concurso extendido con los pedimentos, autos, sentencias de graduacion, libramientos y demas diligencias que puedan ocurrir en él; y qué papel se ha de usar en ellas, lug. cit. num. 212, &c. y 231.

Juramento, qué es: qual se llama asertorio, promisorio y confirmatorio: qué actos y contratos se corroboran con él, y qué requisitos debe tener, part. 2 y lib. 3 cap. 1 número 81 y sus notas.

Juramento asertorio, como se divide: qué es jura-

mento de calumnia, en quales causas y quien debe hacerle, y sobre qué cosas ha de recaer, lug. cit. nn. 82, &c. y 86.

Juramento de malicia, qué es, y sobre qué ha de hacerse, lug. cit. numero 87.

Juramento de decir verdad, qual se llama, y quienes le pueden hacer, lug. cit. num. 88 con sus notas.

Juramento asertorio judicial, se divide aunque confusa y desaliñadamente en decisorio de pleyto y decisorio en pleyto, y aquel en voluntario ó convencional, en necesario ó supletorio y en judicial; lug. cit. nn. 89, 90 y 91, y notas 2 y 3: para hacer estos juramentos qué cosas se requieren; lug. cit. num. 92.

Juramento en pleyto, que és, qué circunstancias se requieren para que se defiera á él, y sobre qué debe recaer, lug. cit. nn. 93, &c. y 96.

Juramento decisorio en pleyto, quando hace plena prueba, lug. cit. numer. 255.

Juramento, como se ha de extender para que no se inpugne el dicho del testigo, con pretesto de no haber sido juramentado sobre lo que depuso, lug. cit. num. 263.

Juramento, como se ha de tomar á los litigantes católicos seglares, á los judios y moros, á los Eclesiásticos seglares, á los Religiosos, á los Caballeros de las órdenes militares, á los hereges, cismáticos, ateistas y gentiles; y como á los Arzobispos y Obispos, y sobre qué cosas no se puede jurar; lug. cit. nn. 264, &c. 269.

Juramento, no debe dar fuerza al contrato prohibido por las leyes, part. 1 cap. 9 num. 48 nota.

Jurisdiccion, de quantas maneras se puede prorogar, part. 2 lib. 3 cap. 1 numer. 149, &c. 152.

Jurisdiccion, quando se entenderá ó no prorogada expresa ó tácitamente, y por qué actos Judiciales no se proroga; lug. cit. num 153, 154 y 155, y nota.

Jurisdiccion civil y criminal, pertenece al Rey,

y el Juez Eclesiástico que la usurpa, incurre en graves penas, part. 1 cap. 9 num. 59.
Juros, como se deben inventariar y tasar, part. 2. lib. y cap. 1 num. 135.
Juros, á qué persona, cuerpos y comunidades no pueden venderse, part. 1 cap. 9 num. 54

L.

L ante A.

Labor y obra, en qué se diferencian, part. 1 cap. 27 num. 1.
Labradores, de qué privilegios gozan y en qué cosas: si pueden ser executados ó no, y por qué causas: en qué meses y por qué deudas no pueden ser presos; part. 1 capit. 18 nn. 45 y 46.
Labradores, no pueden otorgar escritura ninguna contra sus privilegios; y el Juez ó executor que no se los guarda, en qué pena incurre, lug. y num. cit.
Labradores, solo pueden ser fiadores de otros labradores, part. 1 cap. 19 numer. 3.
Llamamiento en mayorazgo regular, como se hace, part. 1 cap. 7 numer. 37.
Llamamiento en el mayorazgo de rigorosa agnacion, como se ordena, y qué debe expresarse para que las hembras puedan ser excluidas absolutamente; lug. cit. núm. 39.
Llamamiento de simple masculinidad como se hace; y como en las demas especies de mayorazgos; lug. cit. número. 40 y 41.
Lana, como se ha de vender: en su compra deben ser preferidos los fabricantes nacionales á los extrangeros y extractores, part. 1 cap. 9 numer. 52.
Lasto, qué es, quien debe darle y á quien, part. 1 cap. 23 num. 34.

Lasto, como ha de dar el acreedor al deudor y qué clausulas no deben ponerse en él, part. 1 capitul. 19 num. 10, y capitul. 23 nn. 35 y 36.
Laudemio, qué es y quando se debe, part. 1 cap. 11 num. 14.

L ante E.

Lecho quotidiano, á quienes toca, part. 1 cap. 5 número. 7, y part. 2 lib. 1 capitul. 6 num. 47.
Lecho quotidiano, qué se entiende por tal, y de donde se ha de deducir; part. 2 lib. 1 cap. 6 número. 48, 49 y 50.
Lecho quotidiano, en qué tiempo quien se casa segunda vez, debe restituirle á los herederos del cónyuge muerto; y en quales cosas se les debe aplicar, lug. cit. num. 53, 54 y 55.
Legado, qué es, quien puede dexarle, y ser ó no legatario, part. 1 capitul. 1 num. 152.
Legados, de quantas especies son, quando adquiere derecho en ellos el legatario, donde debe entregárselos el heredero, y á quien tocan los frutos de las cosas legadas; lug. cit. numer. 153 y nota 1.
Legado, dexándose por el testador al arbitrio del heredero ó legatario el tiempo de entregarle ó percibirle, qué se ha de decir, lug. cit. numer. 158.
Legada á dos ó mas personas una cosa junta ó separadamente, qué se ha de hacer, lug. cit. número. 159.
Legada á alguno de dos cosas la que quiera elegir, no puede arrepentirse hecha la eleccion: si esta fuese dexada á arbitrio de otro, puede hacerla el legatario pasado el año; y legada por el testador á dos una de sus cosas para que elijan la que quieran, echarán suertes discordando en la eleccion; lug. cit. num. 160.
Legado hecho á hombre muerto ó deportado es nulo, lug. cit. num. 162.
Legados pueden dexarse en memoria testamentaria; lug. cit. num. 166.
Legados, como pueden ha-

cerse, con qué cláusulas y condiciones: se explican las imposibles de derecho y de hecho, las dudosas y casuales, las potestativas y mixtas, las causales, las modales, las nenecesarias y las tácitas, y como se han de cumplir estando puestas ya con partícula copulativa, ya con disyuntiva; lug. cit. numer. 167 &c. y 178.

Legados, quando se entenderán revocados, lug. cit. num. 181 y nota.

Legatario del tercio no se debe llamar heredero, lugar cit. num. 68.

Legatario, qué debe hacer para no ser perjudicado, quando dos testadores le legan una misma cosa, lug. cit. num. 161.

Legatario no debe ocupar por su propia autoridad la cosa legada, lug. cit. num. 153 nota 1.

Legados para redimir cautivos, quien los ha percibir y emplear, lug. cit. num. 203.

Legatarios no pueden pedir sus legados dentro del novenario; part. 1 cap. 3 num. 5. y part. 2 lib. 1 cap. 1. num 36.

Legado de alguna cosa se ha de inventariar y apreciar por lo justo, aunque hubiese dicho el testador que valia ménos, y mandado que se diese al legatario por este inferior precio, lug. cit. num. 134 y nota.

Legado de usufructo de todos los bienes, qué comprehende, part. 2 lib. 1 cap. 7 num. 28.

Legando el testador á su muger ó á otro el usufructo de todos sus bienes muebles, si se comprehenderán en ellos las mercaderías destinadas para vender; lug. cit. num. 30.

Legados específicos, quien deberá pagarlos, si el testador teniendo descendientes legítimos les dexa la propiedad del quinto de sus bienes, y á su muger ó á un extraño el usufructo de él; part. y libr. 2. cap. 1 num. 25.

Legado dexado á marido ó muger se presume revocado siguiéndose enemistad entre ellos, part. lib. y cap. 2 num. 62.

Legado ó manda, qué es:

se divide en forzosa y voluntaria, y en genérica, y específica, part. y lib. 2 cap. 6 nn. 1 y 2.

Legado de cosa agena, quando vale, lug. cit. num. 6.

Legado de una deuda, si se entenderá revocado cobrándola el acreedor, lug. cit. num. 11.

Legarse pueden las cosas incorporeas, num. 11 cit.

Legando simplemente el testador la cosa en que solo tiene adquirido algun derecho, ó esperanza de adquirirle, ó parte en él, es visto legar únicamente el mismo derecho; y si el testador adquiriese despues la propiedad de ella, habrá esta de pertenecer al legatario; lug. cit. num. 12 y 13 con sus notas.

Legándose una misma cosa á un sugeto en un testamento y á otro en el de otro, y sucediendo despues uno de estos legatarios al otro, si podrá conseguir por un testamento la cosa legada, y por el otro su valor; lug. cit. num. 17 con sus notas.

Legando el testador todas las cosas que tiene de una especie ó género, y expresando la qualidad ó lo accesorio que se halla en algunas de ellas, tendrá derecho solamente el legatario á las que tengan dicha qualidad; lug. cit. num. 18.

Legando el testador cosa determinada á uno y cierta cantidad á otro, y por su muerte solo se encuentra aquella, como se ha de dividir, lug. cit. num. 19.

Legado no se entiende multiplicado, aunque el testador legue dos ó mas veces una cosa; lug. cit. num. 20.

Legando el testador cierta cantidad á uno en su testamento, y la misma despues en codicilo, ó siendo diversas las cantidades, ó habiendo alguna variedad en los legados, si los percibirá ámbos el legatario; lug. cit. numer. 21.

Legando el testador sus vestidos, plata, caballos, &c. ó fundando mayorazgo de todos sus bienes no se

entiende legar, ni fundar mayorazgo de los que adquiera despues; lug. cit. num. 22.

Legando el testador cierta cantidad á las hijas de uno que tambien tiene hijos, ó por el contrario, si se extenderá ó no á todos el legado; lug. cit. num. 23.

Legando el testador lo que tiene en parte cierta, y poniendo despues en ella él ú otro con su noticia, ó sin ella, ó por su mandato algunas cosas mas; ó mandando cosas suyas de cierto género que tiene en lugar determinado, y poniéndose luego allí otras agenas del mismo género, si corresponderán todas al legatario; lug. cit. num. 24.

Legando el testador el trigo que tiene en su panera, si despues de legado le consumió y puso otro en su lugar, pertenece al legatario; lug. cit. numer. 25.

Legando alguno tanto quanto perciban el heredero ó herederos que instituye, ó quanto corresponde á uno de estos, qué deberá percibir de la herencia; lug. cit. numer. 26.

Legando el testador una casa, si despues se arruina ó quema, y la reedifica ó no; ó legando una area y construyendo en ella luego un edificio, qué corresponderá al legatario; lug. cit. n. 28, y nota.

Legada á dos sugetos junta ó separadamente alguna cosa, se dividirá con igualdad; y si uno de ellos muere ántes que el testador, ó renuncia su parte, se acrecerá al otro: si uno de estos legatarios sucede al otro, puede repudiar la parte perteneciente al colegatario, y aceptar la suya excepto en un caso; lug. cit. numer. 29 y 30.

Legado de liberacion, á quiénes aprovecha, y de quántas maneras puede hacerse, lug. cit. num. 40 y 43.

Legado, de quántos modos se puede hacer, y quándo se entiende hecho púramente, lug. cit. n. 45.

Legado á día cierto ó incierto, qué es, quándo puede pedirse y hay obligacion de pagar, lug. cit. num. 46 y nota.

Legado, pasa á los herederos del legatario que muere ántes de llegar el dia, lug. cit. num. 47.

Legado que el testador teniendo hijos legítimos dexa á una hija natural para que se case, si muere ántes de tomar estado viviendo su madre, pasa á esta; lug. cit. numer. 48.

Legados ó instituciones, pueden hacerse con condiciones, lug. cit. num. 49.

Legados, quáles se llaman hechos con demostracion, y si esta los vicia, lug. cit. num. 60 con sus notas.

Legado, quándo se llamará condicional y quándo modal, y qué diferencia hay entre uno y otro, lug. cit. num. 59.

Legados é instituciones, se pueden hacer de un modo alternativo, y los nombrados se admitirán con igualdad, lug. cit. num. 62.

Legados, pueden revocarse tácita ó expresamente: casos en que se entienden revocados, lug. cit. numer. 68, &c. y 72.

Legados de la lana y el lino, qué se comprehende en ellos, y en qué se diferencian, lug. cit. n. 73 y nota.

Legado de un carro, si incluye la bestia destinada á tirar de él, lug. cit. numer. 74 y nota.

Legado, quándo se revoca ó no por empeñarle ó hipotecarle: se expresan dos casos en que no se revoca tácitamente el legado, lug. cit. nn. 75 y 76.

Legado hecho en testamento imperfecto, si se satisface, no puede repetirse, num. 76 cit.

Legado vitalicio, cómo se ha de satisfacer, lug. cit. num. 78.

Legados: si el testador teniendo ascendientes ó descendientes legítimos, dexa tantos que no caben en el tercio ó quinto, cómo se han de deducir, lug. cit. num. 80.

Legando el testador á uno el quinto y á otros tantos legados que no caben en este, ó si teniendo hijos dexa á estos y á extraños tantos que no caben en el tercio y quinto; qué se ha de hacer; lug. cit. numer. 81.

Legados que el marido hace

á su muger, si se compensarán con la dote y bienes parafernales, lug. cit. num. 85 y 86.

Legado genérico de vestidos, quáles se comprehenden en él, lug. cit. numer. 90.

Legándose puramente cosa determinada pasa su dominio al legatario inmediatamente que muere el testador, lug. cit. n. 102, nota.

Legado que haga alguno en su última enfermedad al confesor, á su iglesia, comunidad, ó deudo, es nulo, part. 2 y lib. 3 cap. 2 num. 34.

Legados pios, son preferidos á los que no lo son, part. 2 lib. y cap. 3 n. 80.

Legatario, ademas de la cosa específica propia del testador que este le mandó simplemente, le corresponde todo lo que pertenece á ella, y el incremento que tuvo desde que fue legada hasta su entrega, aunque supiese era agena; part. y lib. 2 cap. 6 num. 3 y nota.

Legatario, qué le corresponderá, si el testador enagena parte de la cosa legada, ó se arruina, lug. cit. num. 4.

Legatario, no puede aceptar y repudiar en parte el legado que en una cláusula y oracion le hizo el testador, lug. cit. n. 31.

Legatario, muriendo despues que el testador sin aceptar ni repudiar, y dexando varios herederos, pueden uno ó mas de estos aceptar sus partes, aunque los otros no quieran las suyas; pero ninguno ha de aceptar ni repudiar parte de la que le corresponde; lug. cit. numer. 32.

Legatario, puede aceptar la parte que quiera, y repudiar la que no le acomode, si se le hizo el legado por partes en diversas cláusulas y oraciones; lug. cit. num. 33.

Legatario, si se legan en una cláusula muchas cosas determinadas, podrá aceptar la una y dexar las demas fuera de un caso; lug. cit. num. 34.

Legatario, quando el testador le dexa la eleccion de una de dos cosas, hecha esta, no puede arrepentirse: si la dexa al arbitrio de

tercero, y este no la hace dentro de un año, puede elegir el legatario; y si la escogida se quita en juicio, puede pedirse la otra; lug. cit. num. 35.

Legando el testador á dos una de sus cosas para que elijan la que quieran, si discuerdan, han de echar suertes; y si se lega á uno dexándole la eleccion, y muere sin haberla hecho, discordando sus herederos han de hacer lo mismo; lug. cit. num. 36.

Legatario, comprando ó adquiriendo por otro título la cosa propia ó agena que el testador le dexó, con ciencia ó ignorancia de que se le habia legado, si perderá el legado; lug. cit. nn. 36 y 38.

Legatarios nombrados con condicion y otros sin ella, quándo percibirán ó no el legado, lug. cit. numer. 65.

Legatario, regularmente hablando no debe cumplir la condicion de un modo equivalente, lug. cit. numer. 67.

Legatarios particulares, si fallecen ántes de adquirir derecho á sus legados, redunda esto en favor del heredero ó del mejorado en tercio y quinto, si le hay, lug. cit. n. 77.

Legatario, qué debe hacer, si ningun heredero fue instituido, ó aunque lo fuese, si no quiere aceptar la herencia, lug. cit. numer. 102.

Legítima, por qué se llama así: quánta estuvo señalada en lo antiguo á los hijos legítimos; y quánta tienen hoy en estos reynos de Castilla; part. 2 lib. 2 cap. 2 num. 1.

Legítima precisa y necesaria de todos los descendientes legítimos del testador, si lo serán ó no las quatro partes de sus bienes, lug. cit. n. 2.

Legitimacion, cómo y ante quién se debe solicitar, y cómo se concede, part. 1 cap. 26 nn. 37 y 38.

Legitimacion, qué es, en qué se diferencia de la dispensa, para qué y quándo sirve, y quiénes pueden legitimar á los ilegítimos; part. 1 cap. 26 numer. 7, 8 y 9.

Legitimar, de quántas maneras se pueden los hijos naturales, lug. cit. nu-

mer. 11, y 15: véase hijos.
Legitimacion, quántas son sus especies: definese la que se hace por el matrimonio subseqüente, parte 2 lib. 2 cap. 1 num. 50 y 51.
Lesion en la compra y venta y demas contratos semejantes, qué es, quándo será enormísima, y quáles son sus efectos; parte 1 cap. 9 nn. 19, 20, 21, 36, y nota.
Lesion, habiendo en la tasa de los bienes dotales, qué puede pedir el agraviado, part. 2 lib. 1 cap. 3 n. 7.
Lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, si se podrá ó no alegar en las ventas forzadas que se celebran para pagar al fisco; y qué Juez debe conocer de la controversia que sobre ellas, ó sobre eviccion, ú otra cosa se suscite; part. 2 lib. y capit. 3 num. 108.
Ley no pierde su fuerza por el no uso, part. 1 cap. 18 num. 26.
Letras de cambio libradas para fuera del reyno: cómo se ha de probar que se satisfacieron en las plazas adonde se libraron, parte 1 cap. 16 num. 34.

L ante I.

Libramiento de pago á los acreedores en el juicio de concurso, part. 2 lib. y cap. 3 num. 230.
Libramiento para hacer pago á un acreedor, y advertencia, part. 2 lib 3 cap. 2 nn. 395 y 396.
Libros de cuentas, contra quién prueban, si contienen partidas en favor ó en contra del que los tiene, y si este ha de aceptarlas ó desecharlas en un todo; part. 2 y lib. 3 capit. 1 num. 325.
Libros de iglesias y de caxa de los comerciantes y cambistas no deben extraerse de los archivos ni de sus casas, part. 2 y libro 3 cap. 1 n. 351.
Licencias para vender una casa afecta á censo enfitéutico, con carta de pago de cincuentena; y para vender finca enfitéutica reservándose el señor del dominio directo el derecho de tanteo; part. 1 capit. 11 nn. 73 y 74.
Licencia para casarse, có-

mo se ha de dar á los hijos de familia y menores, part. 1 cap. 19 n. 44.

Límites ó mojones, en qué pena incurre quien los muda ó los quita, part. 1 cap. 9 num. 69.

Líneas de sucesion, quántas son, part. y lib. 2 capit. 7 num. 1.

Litigantes, como han de ser juramentados de qualquiera religion, secta, estado y dignidad que sean, part. 2 y lib. 3 cap. 1 numer. 264, &c. y 269.

Litigantes, qué expensas deden satisfacer á los testigos, y cómo han de conducirse con ellos, lug. cit. num. 286.

Litigantes, omitiendo articular algo en su interrogatorio principal pueden hacerlo en otro ó en pedimento, lug. cit. numer. 289.

Litigante, aunque despues de haber presentado algunos testigos diga que no quiere presentar mas, puede presentarlos, lug. cit. num. 293.

Litigante ó parte que produce el instrumento, si podrá usar de él solo en lo favorable; y siendo producido ántes de la contestacion deberá reproducirle en la prueba y en todas instancias; lug. cit. num. 306.

Litigantes, qué deben hacer recibida la causa á prueba, y por qué órden han de tomar los autos, lug. cit. nn. 345 y 346.

Litigante, si es útil que al tiempo de juramentar los testigos proteste que no deben admitirse, lug. cit. num. 377.

Litigante, si puede tachar las personas y dichos de los testigos que presentó en juicio, ó que se presentaron en otro contra él, y qué protesta debe hacer para que sus dichos no le perjudiquen; lug. cit. n. 378.

Litigantes, quándo han de alegar de bien probado, y qué se ha de practicar, si uno no quiere tomar los autos, ó tomándolos ámbos; lug. cit. num. 381 y 382.

Litigante que impetró Juez del Soberano para que conociese de negocio suyo, ó puso voluntariamente ante otro su demanda, por qué causas puede recusarle; lug. cit. n. 398.

Litigantes: quáles deben pagar los derechos de asesoría; lug. cit. n. 401.
Litigante que pide una cosa por otra, si puede corregir su error, lug. cit. num. 434.
Litigante, quando debe ser condenado en costas, y siendo pobre deberá estar preso ó dar fianzas por ellas, ó por los derechos que cause en defenderse, y quál ha de tenerse por pobre; lug. cit. nn. 435, 436 y 437.
Litigante, qué debe hacer si habiendo pedido condenacion de costas no la hizo el Juez, lug. cit. numer. 438.
Litigante que apela: si obtiene Real provision para la remision de autos por compulsa y para emplazar á la parte contraria, que deberá hacerse, lug. cit. num. 555.
Litigantes, por qué medios pueden hacer sus probanzas en la via executiva, y haciéndolas el reo por testigos, en qué término han de ser juramentados y exâminados, part. 2 y lib. 3 cap. 2 num. 255 y 256.
Litigantes, si pasado el término piden los autos para instruirse de lo justificado y alegar, qué se ha hacer, lug. cit. num. 262.
Litigante vencido, quándo ha de ser ó no condenado en costas, lug. cit. numer. 326 y 327.

L ante U.

Lutos, deben dar los herederos del marido á la viuda, habiendo costumbre de traerlos, part. 2 lib. 1 cap. 6 num. 43.
Lutos de la viuda y de los herederos, quiénes han de costearlos, y qué personas pueden traer ó no luto por otras, lug. cit. numer. 44 y 45.

M.

M ante A.

Madre, si podrá ser excluida de la herencia del pupilo en virtud de la substitucion pupilar, part. 1

cap. 1 n. 90 y nota 2.
Madre, cómo y en quánto puede mejorar á sus hijos y descendientes legítimos en testamento ú otra última disposicion, ó en contrato, y vincular la mejora, lug. cit. num. 106 y 107.
Madre casada, si puede mejorar en contrato, ó hacer donacion por causa de muerte á sus descendientes sin licencia del marido, lug. cit. nn. 112 y 113.
Madre, está obligada á alimentar á todos sus hijos, lug. cit. num. 73.
Madre, si podrá ó no ser apremiada á dotar á su hija, part. 1 cap 13 numer. 9, y part. 2. lib. 1 cap. 4 num. 75.
Madre, quánto tiempo debe criar á sus hijos, part. 1 cap. 26 num. 29 y nota.
Madre, cómo debe pedir se le discierna el cargo de tutora de sus hijos, y diligencias consiguientes á esta solicitud extendidas, part. 2 lib. y cap. 1 numer. 172, 173 y 174.
Madre, quándo podrá ó no prometer á su hija dote de los gananciales sin licencia de su marido, parte y lib. cit. cap. 4 n. 75.
Madre, aunque renuncie los gananciales despues de haber prometido cierta dote á su hija, no se exîme de su obligacion, lug. cit. num. 76.
Madre viuda, si habiendo gananciales, y estando los bienes pro indiviso, dió ú ofreció dote á una hija, ó capital á un hijo, sin expresar de qué bienes los daba ú ofrecia; ó el padre les dió algo estando ya dotados; de quáles se entienden dados ú ofrecidos; lug. cit. n. 80.
Madre, está obligada á dotar á su hija natural, lug. cit. num. 88.
Madre y abuela curadoras de su hija y nieta, quándo administran sus bienes, si las dotan, se entiende hacerlo de estos; y si les ofrecen en dote mas que lo que importan sus bienes, de quáles es visto prometer el exceso; lug. cit. num. 89.
Madre y padrastro ofreciendo juntos capital ó dote al entenado ó entenada, de qué bienes se presume prometerlos, lug. cit. n. 90

Madre, no puede mejorar por razon de dote ni á la hija legítima ni á la natural, lug. cit. n. 75.

Madre, qué debe reservar de lo que hubo del hijo que murió testado: no está obligada á hacerlo de lo que le dió su marido en premio de su virginidad, ó por otro motivo remuneratorio; part. y lib. 2 cap. 5 nn. 15 y 16.

Madre, tampoco está obligada á la reservacion, quando para casarse obtuvo licencia del Soberano, ó quedó viuda en su menor edad: ni quando su marido ó sus hijos le dieron dicha licencia, lug. cit. nn. 17, &c. y 20.

Madre, no está obligada á reservar los bienes que compre con el usufructo que le dexó su marido, lug. cit. num. 27.

Madre, aunque herede á un hijo y otro se case, no tiene obligacion de restituir á este el usufructo de los bienes de aquel que percibió despues de casada, lug. cit. num. 28.

Madre, si vuelve á casarse, no estará obligada á reservar á los otros hermanos enteros la tercera parte que heredó del hijo del primer matrimonio muerto intestado sin descendencia legítima, despues de haber este heredado de otro hermano entero que habia sucedido á su padre, y dexado á su madre dos terceras partes de sus bienes y la otra al expresado hermano suyo entero; lug. cit. n. 30.

Madre que enagena los bienes que debe reservar á sus hijos, si por esta enagenacion los perderá, y durante su vida podrán sus hijos quitarlos á sus poseedores ó no, lug. cit. num. 31.

Maestros de primeras letras, por qué deudas pueden ser presos, part. 1 cap. 18 num. 43.

Mandamiento compulsorio, y qué se ha de hacer en su virtud: forma de extender el testimonio ó copia que previene el mandamiento, part. 2 lib. 3 cap. 1 nn. 509, 510 y 511.

Mandato de pagar, quando se ha de tener por interlocutorio ó difinitivo, part. 2 y lib. 3 cap. 1 nn. 423 y 424.

Mancomunados, como quedan obligados: si pagando uno de ellos la deuda podrá repetir contra cada socio por el resto á prorata, y en qué casos; part. 1 cap. 19 nn. 32 y 33.

Mancomunidad, qué es, y en qué conviene y se diferencia de la fianza; lug. cit. num. 31.

Mayorazgo, qué es: puede ser temporal y perpetuo, part. 1 cap. 7 num. 1.

Mayorazgos, se impugnan como contrarios á la poblacion, lug. y num. cit. nota.

Mayorazgo, es regular ó irregular: este se divide en varias especies, lug. cit. num. 2.

Mayorazgo regular qué es: varios casos en qué lo es, lug. cit. num. 3 y nota.

Mayorazgo irregular qué es. Defínese el de rigorosa ó verdadera agnacion, y se expresan diferentes casos de él; lug. cit. num. 4.

Mayorazgo, exceptuando aquello en que es irregular, debe considerarse como regular, n. cit. nota.

Mayorazgo de artificiosa ó fingida agnacion, qué es, lug. cit. num. 5.

Mayorazgo de simple masculinidad: se define, y expresan muchos casos en que se tiene por tal. Quien ha de suceder en el, habiendo un varon descendiente de dos hembras continuadas, y otro de una sola; lug. cit. num. 6.

Mayorazgo de femineidad qué es y quantas son sus especies, lug. cit. num. 7.

Mayorazgo de eleccion qué es: se traen varias especies útiles ó necesarias acerca de la facultad de elegir, lug. cit. nn. 8, &c. y 12.

Mayorazgo de naturaleza alternativa, qual es, lug. cit. num. 13.

Mayorazgo saltuario y de hecho, qué es, y por qué se llama así, lug. cit. numer. 14.

Mayorazgo incompatible qué es, y quantas especies hay de incompatibilidad, lug. cit. num. 17.

Mayorazgo de segunda genitura qué es, y quantas son sus especies: prevencion que debe hacerse al instituidor de este mayorazgo, lug. cit. nn. 15 y 16.

Mayorazgo, se puede fundar de todos los bienes

sin facultad Real, aunque haya herederos forzosos, en tres casos, lug. cit. num. 18.

Mayorazgo ó vínculo: muerto el poseedor se transfiere su posesion civil y natural en qualquiera sucesor legitimo solo por ministerio de la ley, y nunca puede estar vacante; lug. cit. num. 19.

Mayorazgo, en qué términos y de qué bienes le pueden instituir el hijo de familia y el Obispo, lug. cit. num. 22.

Mayorazgo, como y dentro de qué término ha de fundarle el comisario nombrado para ello, lug. cit. nn. 23 y 24.

Mayorazgos y capellanías, en qué se diferencian: en aquellos y en estas no se sucede por representacion, lug. cit. num. 37.

Mayorazgo regular tiene el órden de suceder que el mayorazgo del reyno, lug. cit. num. 38.

Mayorazgo, quienes pueden suceder en él y no en reyno, ducado ó dignidad, lug. cit. num. 45.

Mayorazgo, por qué causas pueden perderle sus poseedores, y quando pueden confiscarse sus fincas por delito de ellos; lug. cit. nn. 47 y 48.

Mayorazgo, como puede probarse, lug. cit. n. 53.

Mayorazgo, debe dividirse entre dos gemelos, dudándose qual de ellos nació primero, lug. cit. numer. 43.

Maravedis de oro, quanto es su valor, part. 1 cap. 12 num. 7.

Marido y muger no pueden heredarse mutuamente abintestato, part. 1 cap. 2 num. 9.

Marido y muger, les corresponden con igualdad los frutos de sus bienes; parte 1 cap. 6 num. 6.

Marido y muger: lo que se legan no entra en la parte de gananciales que les toca, lug. cit. num. 7.

Marido, si podrá enagenar y donar los bienes gananciales: como ha de indemnizarse á la muger, si lo hace por perjudicarla, lug. cit. num. 8.

Marido ó muger, cometiendo ciertos delitos pierde los bienes gananciales, lug. cit. num. 9.

Marido y muger pueden re-

vocar la mejora que hagan en última voluntad, part. 1 cap. 1 num. 127.
Marido, si puede enagenar ó gravar los bienes dotales, part. 1 cap. 13 n. 4.
Marido debe restituir la dote, segun se obligue: qué expensas puede descontar á su muger de las hechas en los bienes dotales, ó por su cobro ó defensa: lug. cit. nn. 29 y 30.
Marido no puede ser preso ni reconvenido en mas de lo que pueda hacer, como ni tampoco sus hijos y padre, lug. cit. num. 33.
Marido, puede imponerse pena sobre la restitucion de la dote, lug. cit. n. 35.
Marido, puede conceder licencia especial ó general á su muger, y ratificar lo que hubiese hecho sin ella; y quando le ha de conceder el Juez dicha licencia; part. 1 cap. 18 n. 52.
Marido, si enagena ó hipoteca sus bienes, conviene que la muger concurra á la celebracion del contrato: el Escribano deberá prevenirle los efectos de esta concurrencia, lug. cit. num. 62.
Marido, en qué casos puede, ó está obligado á afianzar por la dote de la muger, lug. cit. num. 14.
Marido y muger sin hijos que no se instituyeron recíprocamente, qué deben hacer, part. 2 lib. y cap. 1 num. 99.
Marido, si podrá ó no restituir en vida la dote á su muger, part. y lib. cit. cap. 3 num. 4.
Marido y sus herederos, en qué especie deben restituir la dote valuada con estimacion que causó venta, lug. cit. nn. 5, 6 y 7.
Marido, qué debe restituir sino causó venta el aprecio de los bienes dotales, y consisten en número, peso y medida; y si son de otras especies ó ganados, á quien pertenece su incremento ó decremento; lug. cit. num. 9.
Marido, qué habrá de restituir habiendo recibido bienes que consistian en número, peso ó medida, ó en otras clases ó ganados productivos, lug. cit. nn. 10 y 11.
Marido, qué restituirá, si vendió los bienes dotales para pagar sus deudas ó las del matrimonio, y en

qué casos le toca el menoscabo ó pérdida de los bienes dotales no estimados; lug. cit. nn. 12 y 13.

Marido, si comprando con dinero dotal alguna finca, ó trocando la dotal por otra, se tendrá la comprada ó trocada por dotal, y en qué precio se ha de adjudicar á la muger, lug. cit. nn. 18 y 19.

Marido que consumió los bienes parafernales sin anuencia de la muger, á que está obligado: si ámbos cónyuges los vendieron y su precio se convirtió en satisfacer deudas de la muger, á qué tiene esta derecho; y si se le abonará el precio de los bienes parafernales que no se convirtió en su utilidad, y le perjudicará el consentimiento que dió para su venta; lug. cit. nn. 32, 33 y 34.

Marido, quando perderá, ó se le abonarán los bienes que consisten en número, peso ó medida, y que llevó al matrimonio ó heredó durante este, lug. cit. num. 47.

Marido, si llevó al matrimonio ganado productivo sin apreciar que falleció ó vendió voluntariamente, ó por causa urgente y baxo precio, habiendo gananciales, qué sacará, ó se le abonará, lug. cit. num. 48.

Marido y muger: entre ellos se comunica por mitad el precio y no el fundo que aquel retraxo por derecho de sangre: razon de esta diferencia, part. y lib. cit. cap. 4 num. 12 y su nota.

Marido y muger: se les comunican los partos de las esclavas y animales productivos, lug. cit. n. 22.

Marido, si se le comunican los réditos de censo, el usufructo, legado anual, y la pension ó renta vitalicia que la muger lleva al matrimonio, lug. cit. nn. 24 y 25.

Marido y muger, qué dominio tienen en los bienes gananciales, lug. cit. num. 26 y nota.

Marido que echó á la muger de su casa sin causa legítima, debe comunicarle las ganancias adquiridas, miéntras estuvo fuera, y lo mismo se ha de decir de ella, quan-

do sin motivo justo no quiere vivir con él, lug. cit. num. 36.

Marido, haciendo gastos ó reparos en las fincas dotales no estimadas, sean necesarios, útiles ó voluntarios, quando tendrá derecho á su repeticion y retencion de aquellas para su cobro, lug. cit. nn. 56 y 57.

Marido, si podrá repetir los gastos que hizo en las enfermedades y funeral de la muger, lug. cit. numer. 61 y 62.

Marido muerto, cesa la sociedad que tenia contrahida con alguno, y si su muger era partícipe en ella, percibirá la mitad de la porcion que tocaba á su marido, lug. cit. num. 68.

Marido, quando adquiere los frutos que percibe de los bienes dotales ántes de casarse, part. y lib. cit. cap. 5 num. 32.

Marido, ó su muger, si lleva al matrimonio, ó durante este hereda algun fundo con frutos próximos á su recoleccion, ó solamente manifiestos, como se dividirán entre los dos, lug. cit. nn. 33 y 34.

Marido, no adquiere el tesoro hallado en el fundo dotal, lug. cit. n. 40.

Marido, quando le tocarán como frutos dotales las piedras que saque de las canteras que llevó su muger en dote, lug. cit. numer. 41.

Marido, siendo engañado en la cantidad que su muger ofreció llevar en dote, si estará obligado á la total satisfaccion de las arras, part. 2 lib. 1 cap. 6 num. 17.

Marido, si ofreciere arras, y diese vestidos ó joyas á su esposa, no puede esta percibirlo todo, aunque si podrá escoger uno ú otro, lug. cit. num. 25.

Marido ó sus herederos, en qué término han de restituir la dote, consista en bienes raices, ó en muebles y dinero, lug. cit. num. 35.

Marido y muger, otorgando testamento de conformidad, y nombrándose recíprocamente usufructuarios, si muerto el uno revoca el otro su testamento, debe resti-

tuir al propietario los frutos que percibió de la herencia de aquel, part. 2 lib. 1 cap. 7 num. 9.

Marido, por casarse segunda vez no pierde el usufructo que le dexó la muger de sus bienes, ni por el contrario, part. y lib. 2 cap. 5 num. 33.

Marido y muger, si testando de conformidad se legan alguna finca ganancial, qué se entiende legar cada uno, part. y lib. 2 cap. 6 num. 79.

Marido, si lega á su muger todos sus vestidos y joyas, quales se entienden legados, lug. cit. num. 89.

Marido, en qué casos puede acusar á la muger, ó ésta á aquel, part. 2 lib. 3 cap. 1 num. 21.

Marido, si le perjudica y á sus herederos la confesion de haber recibido la dote hecha en contrato ántes de casarse, part. 2 lib. y cap. 3 numer. 115.

Marido, qué excepcion puede oponer contra dicha confesion y dentro de qué tiempo; y si restituyendo la dote los herederos con error é ignorancia podrán usar de la misma excepcion, lug. cit. num. 116.

Marido, si le sufragará la excepcion de no haber recibido la dote habiendo renunciado la del dinero no entregado en la confesion de su recibo; y con qual podrá defenderse, si aunque pareciese de presente el importe de la dote, no era de su muger, lug. cit. n. 117.

Marido, si le perjudicará su confesion reiterada de haber recibido la dote; y qué ha de decirse, si la hizo con juramento y se obligó con este no solo á restituir la dote sino tambien á no oponer la excepcion de no haberla recibido; y qué ha de decirse asimismo, si precede al matrimonio promesa de la dote en escritura pública distinta de aquella en que hace la confesion, lug. cit. nn. 118, 119 y 120.

Marido y sus herederos pueden repetir contra el que prometió la dote y no la entregó, en los casos en que les perjudica la con-

fesion de su recibo, lug. cit. num. 123.
Marido, confesando erroneamente haber recibido por dote mayor cantidad de la que se le entregó, si le perjudica su confesion, lug. cit. num. 124.
Marido, si ántes de casarse confiesa en contrato haber recibido la dote, perjudica á sus acreedores; y tambien les perjudica dicha confesion hecha ántes ó despues del matrimonio, si precedió á este promesa de ella, lug. cit. nn. 130 y 131.

M ante E.

Médicos, porqué deudas pueden ser presos, parte 1 cap. 18 num. 43.
Mejorar, quien puede, á quien y en quanto: de las mejoras del tercio y remanente del quinto, de su vinculacion y consignacion; y qué ha de hacerse, quando las alhajas ó fincas consignadas no alcanzan para la mejora ó exceden de su importe, p. 1 c. 1 nn. 106, &c. y 109 con sus notas.
Mejorar en contrato, ó hacer donacion por causa de muerte á sus descendientes, si pueden las mugeres casadas sin la licencia marital, lug. cit. nn. 112 y 113.
Mejora de tercio y quinto: cómo han de deducirse estos; y qué se ha de hacer no cabiendo las mandas en el segundo, lug. cit. nn. 116 y 117.
Mejora perfecta y hecha simplemente: no se puede imponer condicion ni gravámen sobre ella: debe cumplirse la promesa de mejorar ó no mejorar, lug. cit. num. 120.
Mejora de dos quintos hecha en contrato y en última voluntad es válida, lug. cit. num. 121.
Mejora, en qué casos se puede revocar, y á qué bienes se amplia su irrevocabilidad habiéndose hecho simplemente, lug. cit. num. 126.
Mejora hecha en última voluntad: pueden revocarla marido y muger, lug. cit. num. 127.
Mejora, en qué se ha de entregar, lug. cit. numer. 119.
Mejoradas, si podrán ser las

hijas en contrato por razon de dote, lug. citado num. 118.
Mejorado, quando se entiende el descendiente á quien su ascendiente hace donacion, lug. cit. num. 114.
Mejorada, puede repudiar la herencia y aceptar la mejora: qué se ha de tener presente para deducirla, y de quales cosas no ha de sacarse, lug. cit. numer. 115.
Mejora hecha á alguno en el tercio: mandándole pagar de él gastos funerarios y legados, qué se ha de hacer, lug. cit. numer. 124.
Mejorado, teniendo en su poder los bienes de la mejora de tercio y quinto, de qual de estos se han de sacar los gastos funerarios, lug. cit. numer. 125.
Mejorando el padre á un hijo en el tercio de sus bienes, y consignándosele en finca lucrada constante el matrimonio que le entrega, si valdrá la mejora en el todo, ó solo en la mitad perteneciente al mejorante, lug. cit. num. 83.
Mejora, de quantas maneras puede hacerse, y quando se entiende hecha, part. lib. y cap. 2 nn. 23, 24 y 25.
Mejorados se entienden los hijos instituidos herederos por la pretericion ó exheredacion injusta de algun hermano suyo, lug. cit. num. 26.
Mejora de tercio y quinto siendo hecha en un mismo instrumento ó en dos, y siendo los mejorados dos ó mas, qual se ha de deducir primero. lug. cit. nn. 38, &c. y 41.
Mejorando el padre á un hijo en cierta cantidad que tiene en parte determinada, comprando despues con ella un fundo y vendiéndole, se contemplará revocada la mejora; pero no hay revocacion, si en parte de la mejora le consigna ciertos créditos, y despues los cobra y deposita, ó compra con su importe alguna cosa que se halle en su poder, lug. cit. nn. 51 y 52.

Mejora hecha á un hijo en testamento se presume revocada, si despues el padre le lega en codicilo un fundo, mandando que se contente con este; mas no, si se le lega en el mismo testamento; y si despues de la mejora ó manda del fundo le hipotecó á cierta cantidad que tomó sobre él, no se presume revocada sino en un caso, lug. cit. nn. 53 y 54.

Mejora ó manda, quando se entiende revocada por la enagenacion de la cosa legada: no se revoca por la promesa de venderla, lug. cit. num. 55.

Mejora, de quantos modos se puede constituir; y quando se ha de entender revocada por la enagenacion necesaria ó voluntaria de las cosas de que se compone, lug. cit. num. 56.

Mejora, quando convalece ó no, enagenando el padre voluntariamente el fundo en que habia mejorado á su hijo, y redimiéndole ó comprándole despues, lug. cit. n. 58.

Mejora, ó manda, quando se creerá revocada, si se hizo para el caso de que se casase el hijo con cierta muger, y por haber fallecido esta no se celebró el matrimonio, lug. cit. num. 59.

Mejora, se conceptua revocada por otra posterior, expresando el testador, que quiere guardar igualdad entre sus herederos, lug. cit. num. 61.

Mejora, se presume revocada, si despues de hecha se origina enemistad entre padre é hijo, lug. cit. num. 62: en la mejora revocable hecha en contrato procede lo mismo que en la hecha en última voluntad, lug. cit. num. 63.

Mejora revocable que hizo el padre á uno de sus hijos, si se revoca por el nacimiento de otros, lug. cit. num. 64.

Mejora, del tercio y quinto, quando será irrevocable, lug. cit. num. 65 y 66.

Mejora del tercio, quando es irrevocable aun respecto de los bienes adqui-

ridos despues que se hizo, lug. cit. num 67

Mejora hecha en última voluntad pasa por la entrega á ser donacion pura é irrevocable, lug. cit. num. 68.

Mejora hecha por el padre á un hijo en el tercio de sus bienes consignándosela en cierta cosa que no equivale á su importe, se le suplirá de los demas del mejorante, lug. cit. num. 69.

Mejora, aunque se haga simplemente sin expresar, si es en el tercio ó en el quinto, no se vicia por la incertidumbre de la qüota, lug. cit. número 70.

Mejorar pueden los padres á un hijo, aunque hubiesen pactado lo contrario con otro, si este lo remite y no dexa descendientes legítimos; pero no, si fallece en vida del mejorante dexándolos; y lo mismo pueden hacer, aunque hayan prometido mejorar á alguno de ellos, si este hizo la remision, lug. cit. num. 81 y 82.

Mejorado, puede repudiar la herencia y aceptar la mejora, lug. cit. numero 86.

Mejorado: si el testador consigna la mejora en bienes señalados que la completan sin excederse de ella, qué percibirá de los frutos que durante la comunion rentaron las fincas consignadas y los demas bienes del mejorante, lug. cit. n. 107.

Mejorando el padre á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes con consignacion en cosa cierta, y señalando á otro hijo su legítima en otra, aunque la de este produzca mas frutos que la de aquel durante la comunion, no podrá el mejorado pretender mas que los que le dió la suya, lug. cit. num. 108.

Mejorado, debe restituir con frutos la finca en que lo fue, si el título de la mejora se reduce á no título, como sucede en la donacion condicional no cumpliéndose la condicion; y si no se reduce á no título, sino que se revoca, debe hacer la restitucion sin frutos, lug. cit. num. 113 y 114.

Mejorado, desde quando ha de restituir los frutos de los bienes de la mejora, cuyo dominio se le transfirió con la entrega, si se revoca aquella por su ingratitud, lug. cit. numero 117.

Mejorando expresa é indistintamente el padre en contrato irrevocable á un hijo en el tercio de sus bienes y entregándole parte de ellos á cuenta de la mejora, ó haciéndole donacion causal en vida y mejorándole despues en última voluntad en dicho tercio; si se deberá para la deduccion de la mejora agregar lo dado en vida al hijo, ó se ha de sacar solamente de los bienes que el testador dexa por su muerte, y unir luego el residuo con lo entregado para dividirle igualmente entre todos los herederos; part. y lib. 2 cap. 3 num. 101, 102 y 103.

Mejora hecha por el padre á uno de sus hijos del tercio y quinto de los bienes que poseia ántes de haber entregado á cada uno de sus hijos su legítima, y no dexando mas que dichos bienes, si habrá de deducirse tan solo de estos dicha mejora, ó agregarse numericamente á ellos para su deduccion el importe de las legítimas entregadas; lug. cit. num. 104.

Mejora, de qué bienes se ha de sacar, si habiendo casado y dotado los padres alguna hija fallece la madre y despues la hija sin descendencia, se vuelve á casar el padre, y teniendo hijos de ámbos matrimonios mejora á alguno, part. y lib. 2 cap. 5 num. 10.

Menores, quando quedan ó no obligados, quien puede habilitarlos para administrar sus bienes, y qué diligencias se han de practicar para ello, parte 1 cap. 18 num. 37, 38 y 39.

Menores, qué nombres tienen ántes de la pubertad, y hasta qué tiempo llega la menor edad en los varones y hembras, part. 2 lib. y cap. 1 num. 43 y sus notas.

Menor, si puede ser compelido á recibir curador;

lug. cit. num. 62; y en qué causas necesita curador de pleyto, lug. cit. num. 64 y nota 1.
Menor leso, en qué causas no será restituido, part. y lib. 2 cap. 9 num. 13.
Menores de 25 años, si pueden comparecer en juicio, demandar á otros, en qué causas, y obligarse por esta razon, part. 2 lib. 3 cap. 1 num. 16 y 17.
Menor que no tiene curador y compareció en juicio, no puede pretender restitucion, aunque sea leso jurando sobre lo actuado, num. 17. cit.
Menor, quándo, y porqué puede hacer el juramento en el pleyto contra el tutor y sus herederos, lug. cit. num. 97.
Menor, si pasado el término de prueba ó pendiente este entra en la mayor edad, goza el privilegio de restitucion, y le competirá tambien á su heredero: pero si el menor no lo es al tiempo de recibirse el pleyto á prueba, no goza del privilegio, lug. cit. num. 363 y nota.
Menor, quando ha de ser ó no restituido contra la sentencia en que fue leso, lug. cit. num. 463.
Menor, si puede exigir de su tutor durante la tutela la cuenta de esta, y oponerle la compensacion, part. 2 lib. y cap. 3 num. 52.
Menor, qué privilegios goza en los contratos, lug. cit. num. 53, &c. y 57.
Menor, qué acciones le competen, si es leso en la enagenacion, y qué debe jurar en ella, lug. cit. num. 62.
Menor, si podrá hipotecar la finca que compra, á la seguridad de la parte de precio que dexa de pagar por ella, lug. cit. n. 65.
Menor, sea pupilo ó adulto, si podrá hacer donacion, lug. cit. num. 66.
Menor, si correrá contra él la mora irregular de intereses por no pagar al acreedor, ó á su favor contra su deudor, lug. cit. num. 67.
Menor, si puede variar de fuero para demandar á su deudor ó tutor, lug. cit. num. 68, 69 y 70.
Menor, y los que se reputan como tales, á saber, la

iglesia, fisco, comunidad y república, como que no pueden vender al fiado, les compete la prelacion de dominio lug. cit. num. 158.

Merino mayor, qual se llamaba antiguamente y qual menor: qué oficial de justicia se entiende hoy dia por este nombre, part. 1 cap. 10 número 5 nota.

M ante I.

Militares, como deben concurrir á los actos publicos, circ. de 30 de Octubre de 1799 part. 1 capit. 25 apend.

Milicianos, pueden admitir los cargos públicos. Real órden de 16 de Abril de 1799, lug. cit.

M ante O.

Montes, plantíos y tierras que pueden cercarse, sean comunes ó privados, si se pueden talar, vender aprovechar, &c, part. 1 cap. 9 num. 67.

Mojones, véase límites.

M ante U.

Muger casada, quando necesita de la licencia de su marido para fundar mayorazgo, part. 1. capit. 7. num. 21.

Muger, puede demandar la dote al marido que la disipa, part. 1 cap. 13 número 7; y tiene hipoteca y prelacion en los bienes de este por los parafernales, num. 8.

Muger, quando elegirá el tiempo en que se ha de mirar, si cabe lo ofrecido en arras en la décima parte de los bienes del marido, llug. cit. n. 22.

Muger ha de percibir alimentos, miéntras se le restituye la dote, lug. cit. num. 32.

Muger: es privativo de ella lo que se le da con título de alfileres, lug. cit. numero 40.

Muger, debe otorgar escritura del capital del marido en favor de él: quando se ha de otorgar, á qué ha de obligarse aquella, y qué debe declarar el marido, lug. cit. n. 43.

Muger, quando será preferida por su dote á los acreedores anteriores y posteriores que tengan hipoteca tácita ó expresa

en los bienes de su marido, lug. cit. num. 45: este privilegio de prelacion pasa á los herederos legítimos de la muger, no á los extraños, lug. cit. numero 48.

Muger primera ha de ser preferida á la segunda excepto en un caso, lug. cit. num. 46.

Muger, á qué acreedores posteriores no es preferida por su dote, lug. cit. num. 47.

Muger no ha de gozar de la prelacion solo por confesar el marido aun con juramento haber recibido la dote, lug. cit. n. 49.

Muger mayor de 25 años que no está baxo ninguna potestad, puede obligarse como qualquier hombre sin diferencia, part. 1 cap. 18 num. 47 y 48.

Muger, quando puede ser fiadora ó presa por deuda, lug. cit. num. 49 y 50.

Muger casada no puede contraer sin licencia de su marido, ni repudiar ni aceptar herencia sin beneficio de inventario, lug. cit. num. 51.

Muger, en qué casos no necesita de la licencia marital, lug. cit. num. 53.

Muger casada menor de 25 años, quando necesita intervencion de curador para contraer, quien se lo debe pedir, y quien dar, lug. cit. num. 54.

Muger casada, no queda obligada por la fianza que haga su marido: no puede ser presa por las deudas de este, ni ser su fiadora; y obligándose los dos mancomunadamente, quando y á qué estará ella obligada, lug. cit. num. 55.

Muger, qué leyes ha de renunciar: grande ignorancia de los Escribanos en este punto; lug. cit. num. 56 y 57.

Muger casada, quando puede ó no oponer la excepcion de haber sido violentada, lug. cit. n. 58.

Muger divorciada, con qué requisitos podrá enagenar sus fincas dotales, lug. cit. num. 59.

Muger, concurriendo al contrato de su marido, qué efectos produce su concurrencia: de ellos le debe instruir el Escribano, lug. cit. num. 62.

Muger no puede ser fiadora, y en qué casos será válida su fianza, part. 1 cap. 19 num. 2 y 4.

Muger casada, si puede mejorar en contrato ó hacer donacion por causa de muerte á sus descendientes sin la licencia marital, part. 1 cap. 1 num. 112 y 113.

Mugeres no ceden en entendimiento á los hombres, part. 2 lib. y cap. 1 nota 1 del num. 47.

Muger, si debe concurrir á la enagenacion de los bienes dotales que haga el marido; y si disuelto el matrimonio podrá repetir el importe de dichos bienes, habiendo consentido con juramento en su enagenacion; part. y lib. cit. cap. 3 num. 28, 29 y 30.

Muger, si podrá repetir del comprador los bienes parafernales habiéndolos vendido el marido por su justo precio sin consentimiento de ella; y si puede repetirlos por su justo valor, habiéndolos vendido aquel por ménos de lo que valian, lug. cit. num. 35 y 36.

Muger, no contentándose con el precio en que su marido vendió dichos bienes, y queriendo el legítimo que tenian, como y de donde se ha de deducir; y quando será oida pidiendo ademas de dicho valor la mitad de frutos que pudieron haber producido desde la venta, lug. cit. num. 37 y 38.

Muger casada, qué dominio tiene en los gananciales, part. y lib. cit. cap. 4. num. 26 y nota.

Muger, si disuelto el matrimonio podrá pedir su parte á los terceros poseedores y deudores sin cesion de su marido, ó de sus herederos, lug. cit. num. 27.

Muger, no habiendo ido á vivir con su marido nada le toca de los gananciales que este adquirió entre tanto, lug. cit. numer. 34.

Muger, qué bienes pierde por el adulterio y por vivir luxuriosamente en su viudedad, lug. cit. nn. 39 y 40.

Muger mayor ó menor de 25 años, renunciando

los gananciales si percibirá ó no algo de ellos, y valdrá ó no la renuncia, lug. cit. nn. 41, 42 y 43.
Muger ó sus herederos qué prueban haber el marido enagenado los gananciales con ánimo de perjudicarle, como se han de indemnizar, lug. cit. numer. 45.
Muger casada, si podrá donar su dote y gananciales, y dar limosna sin licencia de su marido; lug. cit. num. 49.
Muger, quando queda ó no obligada por la fianza que hizo su marido, lug. cit. nn. 50 y 51.
Muger, si aceptando los gananciales y renunciándolos despues porque no son suficientes para satisfacer las deudas, estará obligada á pagarlas; lug. cit. num. 52.
Muger, no tiene parte en el valor de las mejoras que hace su marido en las fortalezas, lugares y heredamientos de su mayorazgo, lug. cit. numer. 53.
Muger, si podrá repetir la mitad que le corresponde de los gananciales que su marido donó ó consumió en vicios, lug. cit. nn. 46, 47 y 48, y notas 1 y 2.
Muger, será partícipe en las utilidades y pérdidas del arrendamiento celebrado por el marido de alcabalas ú otros derechos públicos, lug. cit. num. 70.
Muger, viviendo con el marido en pueblo donde no se comunican los gananciales, si podrá repetir de él lo prometido por ámbos á su hija, lug. cit. num. 72.
Muger, si al tiempo de la particion está casada segunda vez, se le aplica el usufructo de las arras, pues la propiedad toca á los hijos del marido, part. y lib. cit. cap. 6 num. 20.
Muger segunda, á qué tendrá derecho, si el viudo con hijos le ofrece arras al tiempo de casarse, y ademas le lega el quinto; lug. cit. num. 22.
Muger, si habiendo consumido con el uso los vestidos que el marido le dió, podrá dexarlos y elegir las arras, lug. cit. número. 26.
Muger, qué le corresponderá, quando el marido

la dexó por usufructuaria de todos sus bienes, y entre estos alguna porcion de dinero que sus herederos emplearon en algun tráfico, y dió utilidades, part. y lib. cit. cap. 7 num. 29 y nota.

Muger casada, si podrá mejorar á su hijo ú otro descendiente en contrato sin licencia de su marido, p. 1 cap. 1 nn. 112 y 113, y part. lib. y cap. 2 numer. 10.

Muger, por pasar á segundas nupcias no pierde el usufructo que le dexó el marido de sus bienes, ni por el contrario: lo mismo procede, si se le lega con la misma condicion, si viviere honesta y castamente; part. y lib. 2 cap. 5 num. 33.

Muger, viviendo luxuriosamente despues de viuda pierde los bienes que habia de reservar, y las arras y gananciales que han de aplicarse á los hijos de su difunto marido; lug. cit. num. 34.

Muger casada, quándo puede comparecer en juicio sin licencia de su marido, y en qué casos puede acusar á este, part. 2 lib. 3 cap. 1 nn. 20 y 21.

Muger honesta, no debe ser emplazada para comparecer ante el Juez, lug. cit. num. 140.

Muger, quándo no puede ser presa por deuda: esta goza, casada ó viuda, de la nobleza de su marido, viviendo castamente; parte 2 y lib. 3 cap. 2 numer. 150.

Muger, si será preferida por su dote á los acreedores anteriores de hipoteca expresa en los bienes adquiridos por su marido despues de su contrato dotal; part. 2 lib. y capit. 3 num. 97.

Muger: concurriendo por su dote con el fisco ó con otros acreedores de hipoteca tácita ó expresa, especial ó general, anterior ó posterior, quál será preferido en los bienes de su marido; lug. cit. nn. 109, 110 y 111.

Muger, si será preferida por su dote al que prestó dinero á su marido para comprar alguna finca, ó para reparar nave ó casa, ú otro edificio, pagar su alquiler, ó para beneficio

de la misma cosa; lug. cit. nn. 112 y 113.

Muger, qué pruebas ha de hacer, si litiga contra los herederos de su marido sobre la restitucion de la dote confesada, ó con sus acreedores sobre preferencia; lug. cit. n. 114.

Muger, si ha de reconvenir in solidum ó á prorata á los herederos de su marido sobre la restitucion de la dote, y en qué fuero ha de usar de su derecho; lug. cit. num. 125.

Muger, contra qué bienes del marido ha de dirigir su accion sobre la restitucion de la dote, esten especial ó generalmente hipotecados á su responsabilidad; lug. cit. numer. 127.

Muger que pretende ser preferida por su dote al fisco que confiscó los bienes de su marido, debe probar la entrega de aquella, lug. cit. num. 128.

Muger, quándo debe obtener la prelacion en el pago de su dote confesada, lug. cit. num. 129.

Muger que vivió en compañía de su suegro, en qué casos podrá repetir de él, ó solo de su marido, ó de ámbos juntamente su dote, lug. cit. num. 139.

Muger, si podrá reivindicar de los terceros poseedores las fincas dotales que su marido enagenó, siendo ó no estimada la dote, haya consentido é intervenido ó no en su enagenacion; lug. cit. numer. 140, &c. y 143.

Muger, quándo debe hacer excusion en los bienes de su marido para demandar por su dote los que este enagenó suyos, lug. cit. num. 144.

Muger, quándo corren contra ella el término y la prescripcion para demandar sus bienes dotales y parafernales, lug. cit. numer. 145, &c. y 146.

Muger, en qué casos tendrá ó no derecho al aumento de dote ó arras que su marido le ofreció, quando la dote no se le entregó, ó el matrimonio no se consumó; lug. cit. numer. 147, &c. y 150.

Muger, de qué privilegio goza por las cosas que el novio le da ántes de casarse, si los incorpora en su carta dotal: por aque-

llo en que promete aumentar la dote de lo que miéntras esté casada, herede ó le donen: por las arras que el esposo ó marido le ofrece: por sus bienes parafernales: por los alimentos: por retardacion de la entrega de su dote: por los intereses pactados de la dote prometida; y por lo que se le debe por haberla desflorado; lug. cit. n. 151.

Muger, si perderá el privilegio de prelacion, ocultando bienes de su marido ó de su dote, ó siendo la causa de que este empobrezca, esté ó no obligada con él; lug. cit. numer. 152, y sus notas.

N.

N ante E.

Negativa de derecho, quál es, y quien debe probarla, part. 2 y lib. 3 capit. 1 num. 238.

Negativa de qualidad, qué es y á quién toca probarla, lug. cit. num. 239.

Negativa de hecho, de quántas maneras es, y á quién incumbe su prueba, lug. cit. num. 240.

N ante I.

Nietos naturales, se legitiman por el siguiente matrimonio del abuelo con la manceba de quién provienen, part. 2 lib. 2 cap. 1 num. 56.

Nieto, podrá pedir el fundo que le dexó su abuelo para quando tuviese hijos, aunque ántes de verificarse la condicion se hayan dividido los bienes de su padre incluyendo el fundo, y hayan todos prometido tener por firme la division y jurado no contravenir á ella, excepto en dos casos; part. lib. y cap. 2 nn. 21 y 22.

Nietos, qué tienen obligacion de colacionar, part. y lib. 2 cap. 3 num. 11 y 12.

Nieto, quando hereda al abuelo, no tiene que colacionar lo que este dió á su hijo y se consumió, si por haber percibido poco

ó nada de su padre repudia su herencia y solo quiere la del abuelo; lug. cit. num. 13.

Nietos ó su padre, si deberán colacionar por muerte del abuelo la dote ó donacion que este les dió ó hizo, lug. cit. num. 63 y 64.

Nieto, debe colacionar el enfitéusis de nominacion así como el hijo, lug. cit. num. 71.

Nietos, viznietos, &c. suceden despues de los hijos del modo que se expresa, habiendo nacido ó sido concebidos ántes de la muerte del abuelo, bisabuelo, &c.; part. y lib. 2 cap. 7 nn. 3, 4 y 5, y nota.

Nieto del vendedor, representará á su padre para retraer la finca vendida por el abuelo, part. 1 capit. 9 num. 111 y nota 1.

N ante O.

Nobleza: háblase de la de los naturales y oriundos de Vizcaya y encartaciones, part. 2 lib. 3 cap. 2 num. 147.

Nobleza, es de privilegio ó de sangre, cap. 2 cit. numer. 139.

Nobleza de sangre, qué es, y en qué se diferencia de la hidalguía: su prueba se hace ó de posesion local, ó de posesion general, ó de propiedad posesoria, lug. cit. nn. 141 y 142.

Nobleza: manifestando papeles de ella el executado, siendo esta pública, &c, qué ha de hacer el Escribano y alguacil, y quienes gozan del privilegio de nobleza para no ser presos por deuda, lug. cit. nn. 146, 147 y 148.

Notificaciones, cómo se extienden, part. 2 y lib. 3 cap. 1 num. 487.

Notificacion de estado, parte 2 lib. 3 cap. 2 número 344.

Novacion de contrato, qué es, qué requisitos son necesarios para que la haya, y por qué actos no se hace, part. 2 lib. 3 cap. 2 nn. 203, &c. y 206, y part. 1 cap. 19 num. 13 nota 1.

Novar contrato ageno, quie.

nes no pueden, cap. 2 cit. num. 210.

Novia, queda obligada ofreciendo algo al novio, aunque exceda la décima ú octava parte de sus bienes: si le dá alguna cosa sabiendo que no puede casarse con él, no tiene derecho para demandarla, part. 1 cap. 13 numer. 14.

Novio, no está obligado á dotar á la novia: qué cantidad puede darle en arras, ó en joyas y vestidos, lug. cit. nn. 19 y 20.

Novio pobre, puede ofrecer arras á la novia, y sino dexa herederos forzosos, corresponderá á esta todo lo ofrecido, lug. cit. num. 21.

Novio, puede ofrecer las arras con la condicion de que la novia muera despues de él, lug. cit. n. 23.

Novio, siendo menor de veinte y cinco años, qué solemnidad se requiere para que pueda donar á la novia bienes muebles, ó raices, lug. cit. n. 24.

Novio viudo, teniendo hijos, si podrá ó no ofrecer arras á la novia, y despues dexarla el quinto en contrato, ó última voluntad viviendo aquellos, lug. cit. num 25.

Novios, deben declarar sus deudas, lug. cit. n. 42.

Novia á quien el novio ofreció el quinto en las capitulaciones por via de arras, donacion por casamiento, ó como mas hubiese lugar en derecho, si le percibirá íntegro, muriendo aquel intestado ó testado, y no revocando la oferta, part. 2 lib. 1 cap. 6 n. 6 y nota.

Novio, si no tiene bienes, quando se casa, puede ofrecer arras de los que adquiera, lug. cit. n. 7.

Novio menor, cómo podrá ofrecer arras á su esposa, lug. cit. num. 8.

Novia, qué se le ha de aplicar, ofreciéndole el novio cantidad cierta en arras, confesando cabe en la décima parte de sus bienes, y consignándosela, caso que no quepa, en los que adquiera, lug. cit. num. 9.

Novio, si puede ofrecer arras á la novia viuda; y

habiendo hijos de dos ó mas matrimonios, qué llevarán de ellas los de cada uno, lug. cit. n. 12 y nota.

Novio, ofreciendo en arras por via de remuneracion á la novia mas que la décima parte de sus bienes, si valdrá ó no la oferta en el exceso, lug. cit. n. 13 y nota.

Novio que no tiene bienes libres, puede ofrecer arras á la novia de los frutos de los vinculados, y cómo ha de hacerse la regulacion, lug. cit. n. 14 y nota.

Novia, qué accion le competirá, si habiéndole ofrecido el novio y su padre cantidad determinada en arras, muere aquel ántes que este, y la prometida no cabe en la décima parte de los bienes que dexa, lug. cit. numer. 15.

Novio, si ofreció en arras, la décima parte de los bienes libres que poseia con buena fé como suyos, y despues le quitaron algunos de ellos en juicio; si tendrá solo cabimiento la oferta en la décima de los que le quedaron, lug. cit. n. 16.

Novia, si podrá dotar y en quanto al novio, lug. cit. num. 29.

Novio, qué puede dar á la novia en joyas, preseas y vestidos, no queriendo darle ni ofrecerle arras, lug. cit. num. 24 y notas.

Novia ó esposa de presente ó futuro, qué gana disuelto el matrimonio de lo que el marido le dió ántes ó despues de consumarle, lug. cit. números 27 y 28.

Novia, si diere algo al esposo y falleciere ántes de celebrarse el matrimonio, á quien corresponde, lug. cit. num. 30.

N ante U.

Nulidad, qué es, qual se llama notoria, dentro de qué término, y ante quien debe intentarse: con quien se han de controvertir aquella y las demas, y si miéntras se ventilan, corre el término de apelar, part. 2

lib. 3 cap. 1 num. 451, &c. y 459.
Nulidad de la sentencia, quando se reserva su decision hasta la del asunto principal, lug. cit. número 462.
Nulidad de la sentencia, quando pueden intentarla ó no la iglesia y republica, lug. cit. num. 464.

O.

O ante B.

Obispo, en qué términos, de qué bienes, y á favor de quien puede instituir mayorazgo, part. 1 cap. 7. num 22.
Obispos, de qué bienes pueden testar, part. 1 cap. 1 num. 26 y nota.
Obispos, pueden compeler en sus diócesis á los testamentarios y heredero al cumplimiento de las disposiciones pias, lug. cit. num. 201.
Obligacion, es nula la de pagar lo perdido en el juego, y la que hace el novio de satisfacer las mercancías que le fió el mercader para su boda, part. 1 cap. 18 numero 24, 25 y 26.
Obligacion, para que sea executiva, qué requisitos debe contener, y qué ha de obligar y renunciar el que la contrahe, lug. cit. num. 27, &c. y 32.
Obra nueva, qual se llama, y quienes pueden pedir su execucion, part. 1 cap. 27 num. 2.
Obras, quanto tiempo deben durar sin arruinarse, y si los maestros pueden alegar lesion de las que toman á destajo, lug. cit. num. 6.

O ante F.

Oficios públicos son del Rey, y así puede enagenarlos ó darlos en administracion: qué se requiere para exercer los que exîgen idoneidad, part. 1 cap. 25 num. 1 y 2.
Oficio público: acerca de aquel cuyo dueño ha

muerto dexando muchos hijos, qué se ha de hacer, lug. cit. num. 10.
Oficios enagenados de la corona por precio se han de incorporar á ella; circ. de 15 de Julio de 1797. lug. cit. apéndice.

P.

P ante A.

Pacto ó transaccion sobre lo que contiene el testamento, no se puede hacer ántes de su apertura, part. 1 cap. 1 num. 225.
Pacto de retrovendo como se ordena: se explican sus efectos: prevenciones acerca de él, y término que se ha de prefinir para la restitucion de la cosa vendida, part. 1 cap. 9. num. 24 y 25.
Pacto comisorio, como se ordena: se explican sus efectos, y á quien corresponden en este caso los frutos de la cosa vendida con sus mejoras, ó deterioracion, lug. cit. nn. 26 y 27.
Pacto de adicion ó señalamiento de dia, en qué consiste: qué circunstancias han de concurrir para su validacion, lug. cit. num. 28 y 29.
Pacto de no enagenar en los contratos y testamentos, en qué casos será válido, é impedirá la translacion del dominio, lug. cit. num. 30, 31, 32 y nota.
Pacto contra la substancia y naturaleza del contrato, qual es, y qual le vicia y es vicioso, part. 1 cap. 11 num. 25.
Pacto de retrovendendo en el censo consignativo es válido por declaracion de la Santa Sede, y otros son usurarios, lug. cit. num. 24.
Pacto de suceder ó de dividir alguna herencia, si será ó no válido, part. 1 cap. 12 num. 30.
Pacto de dividir una herencia futura, quando vale, part. 1 cap. 14 num. 6.
Pacto de gozar y gozar qué es: es usurario, part. 1 c. 16 num. 17.
Pacto de que el comprador

ha de volver la cosa vendida por el mismo precio, aprovechándose entre tanto de los frutos de ella, es usurario, lugar cit. n. 18.

Pacto ó promesa de no pedir la deuda es excepcion legítima contra el acreedor, part. 2 lib. 3 cap. 2 num. 169.

Padre que teniendo hijos y nietos funda mayorazgo de todos sus bienes con Real facultad, si puede llamar á uno de estos con exclusion de aquellos, part. 1. cap. 7 num. 20.

Padres, qué han de heredar de sus hijos naturales, part. 1 cap. 1 num. 72.

Padre y sus herederos tienen obligacion de suministrar alimentos á los hijos espurios, lug. cit. num. 74, 75 y 76.

Padre, puede substituir pupilarmente al hijo exheredado: en qué bienes podrá hacer la substitucion y gravar al substituto, part. 1 cap. 1 num. 87.

Padre adoptivo puede substituir pupilarmente al arrogado, lug. cit. n. 88.

Padre, como ha de demandar el hijo que está en poder de otro, p. 1 cap. 23 num. 6.

Padre, si tiene muchos hijos en una manceba, reconociendo por hijo á uno de ellos quedan legítimados los demas, part. 1 cap. 26 num. 14.

Padre que llega á tener 6 hijos varones, de qué privilegio goza, lug. cit. num. 23.

Padre, porqué causas puede ser apremiado á emancipar á su hijo, lug. cit. num. 26.

Padres deben enseñar algun oficio ó facultad á sus hijos, y quando deben alimentarlos, lug. cit. números 28 y 29.

Padre, puede servirse de sus hijos y ponerlos á pupilage con algun maestro, lug. cit. num. 30.

Padre que emancipa á su hijo, qué derecho tiene en los bienes de este en premio de la emancipacion, lug. cit. num. 25.

Padre, siendo obligado ó precisado á emancipar á su hijo, como se ha de proceder, lug. cit. n. 41.

Padre, qué le pertenecerá, si muerta la madre que mejoró á uno de sus hi-

jos, posee todos los bienes pro indiviso, y se aumentan con el tiempo, part. 2 lib. 1 cap. 4 n. 72, y nota.
Padre, si él solo dió ó prometió dote á su hija, ó capital al hijo habiendo gananciales, qué deberán colacionar por su muerte, lug. cit. n. 81.
Padre, si no habiendo gananciales en el matrimonio promete dote á su hija, ó capital al hijo, de qué bienes es visto prometérselos, lug. cit. números 84 y 85.
Padre, está obligado á dotar á su hija natural, lug. cit. num. 88.
Padre y madrastra, ofreciendo juntos capital ó dote al entenado ó entenada, de qué bienes se presume dotarlos, lug. cit. n. 90.
Padrastro, quando podrá repetir los alimentos que dió á su entenado, lug. cit. n. 91.
Padre, no puede ser compelido á entregar en vida la legítima á sus hijos: quando podrá entregarles en vida suya las legítimas y revocar la particion que hizo, part. 2 lib. 2 cap. 1 nn. 7 y 8.
Padre, qué puede donar, lug. cit. 13.
Padre, si mejoró á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes, y despues edificó ó compró una capilla que no satisfizo dotándola con renta anual para la celebracion de cierto número de misas; de donde se han de deducir estos gastos, lug. cit. num. 32.
Padre, quando podrá imponer gravámen en el quinto que dexa al hijo natural, lug. cit. num. 37.
Padre, puede mejorar á qualquiera de sus hijos en el tercio y quinto de sus bienes, y no puede haber dos de estos, part. 2 lib. 2 cap. 2. num. 2 y 3.
Padre, mejorando á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes, é imponiéndole el gravámen de restituirlos á cierto tiempo á otro hijo, si despues en el artículo de la muerte los dexa simplemente á otro hijo, se entenderá quitado dicho gravámen, lug. cit. num. 19.
Padres, instituidos sus hijos naturales, no pueden substituir á extraños te-

niendo ascendientes, lug. cit. num. 17.

Padre, legando á su hijo alguna cosa é instituyéndole heredero con los demas, si se imputará este legado en parte de legítima ó mejora, y en el tercio y quinto, ó en el tercio solo, lug. cit. números 27, &c. y 30.

Padre, diciendo en su testamento haber dado á un hijo suyo, ó quitádole este cierta cantidad, y negándolo el hijo, si valdrá su dicho, y se entenderán mejorados los demas; lug. cit. num. 31 y nota.

Padre, si mejora á los hijos en cierta cantidad, que asegura le quitó otro hijo, aunque esto no conste por otro medio, vale la mejora, lug. cit. n. 32.

Padre, donando simplemente y entregando en vida á un hijo algun fundo, si se tendrá por mejorado en él: como se ha de deducir, y qué se ha de atender para esto: si esta mejora se imputará en el tercio ó en el quinto, y en qual de ellos primero, caso que su valor no alcanze á completar el de ámbos; lug. cit. nn. 33, 34 y 35.

Padre ó madre, si poseyendo alguna finca con el gravámen de restituirla despues de su muerte á alguno de sus hijos, mejoró al uno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, sin hacer la restitucion, ni mencion de la finca, nada de esta llevará el mejorado como tal sino igualmente como los demas herederos; lug. cit. num. 37.

Padre, mejorando en última disposicion á un hijo en el tercio de sus bienes, y no disponiendo del quinto, qual se ha de baxar primero, y como se han de deducir los gastos de su entierro, misas y legados, caso que el valor del quinto los supere, lug. cit. nn. 44 y 45.

Padre, si mejoró en disposicion última á un descendiente en el tercio, mandando que pagase de él los gastos de su funeral y legados, y no dispuso del quinto; qué deberá satisfacer de ellos; y qué, si mejoró á uno en el tercio y á otro en el

quinto, mandando que el primero los satisfaciese, ó que para ellos entregase al segundo la mitad de su importe, lug. cit. nn. 46 y 47.

Padres, pueden revocar hasta su muerte la mejora del tercio hecha á sus descendientes legítimos en última voluntad, lug. cit. num. 48.

Padre, legando á un hijo parte de la cosa que habia legado á otro, no se revoca toda la manda; y si despues dona á otro hijo el tercio y quinto, se entiende baxada de estos la cosa legada, lug. cit. num. 57.

Padre, si consigna la mejora en cosa cierta, y la vende y compra otra, se entiende esta subrogada; y si mejora en cosas ciertas y ademas en otra agena con la condicion de si fuere suya al tiempo de su muerte, y luego la compra y entrega al mejorado, se entiende tocar á la mejora, lug. cit. numero 60.

Padres, qué cantidad pueden dar en dote, y quien debe probar que la dote y arras son excesivas, lug. cit. num. 72.

Padre, puede no teniendo hijos legítimos mejorar por razon de dote á la hija natural, lug. cit. numer. 74.

Padres, pueden mejorar á sus hijos en última voluntad á no ser en dos casos, lug. cit. nn. 77 y 78.

Padres, deben cumplir su promesa de mejorar ó no á algun hijo en los términos, y segun la division que se expresa, lug. cit. nn. 79 y 80.

Padres, aunque prometan no mejorar á descendiente alguno, pueden disponer del quinto á favor de quien quisieren; y prometiendo en escritura no mejorar á alguno de sus hijos no pueden tampoco mejorar á sus nietos, lug. cit. nn. 83 y 84.

Padres, sin embargo de que hayan prometido no mejorar á cierto hijo, podrán mejorar á otro excepto en un caso, lug. cit. num. 85.

Padre, teniendo bienes propios de su hijo, de qua-

les se entiende hacer los gastos de su enseñanza en las ciencias y artes, y quando los colacionará ó no, part. y lib. 2 cap. 3 nn. 43 y 44.

Padre, quando debe hacer la protesta para que se imputen á su hijo, y este colacione dichos gastos, lug. cit. num. 47.

Padre y madre que se vuelven á casar, deben afianzar por los bienes de sus hijos, part. y lib. 2 c. 5 nn. 12 y 13.

Padres, no tienen que reservar lo que su hijo no adquirió por sucesion de su ascendiente, lug. cit. num. 14.

Padres, nada deben reservar á sus hijos de los bienes gananciales, lug. cit. num. 29.

Padres, abuelos, &c. suceden á falta de descendientes legítimos, part. y lib. 2 cap. 7 num. 17.

Pagar en vellon no se puede mas que trescientos reales, part. 1 cap. 16 num. 23.

Pagos deben hacerse en la especie de moneda prometida; Real cédula de 7 de Abril de 1800, part. 1 cap. 9 en el apéndice.

Pariente del difunto, qué ha de hacer para que se le declare su heredero abintestato, part. 2 lib. y cap. 1 num. 171.

Parientes del marido, qué deben practicar para no ser perjudicados, si la viuda queda preñada, part y lib. cit. cap. 6 numer. 32.

Parientes, cómo han de suceder al colateral intestado, part. y lib. 2 cap. 7 num. 23.

Pariente en quien concurre mayor conjuncion de parentesco que en los demas del mismo grado, excluye á estos; y esta mayor conjuncion no se atiende fuera de los primos carnales, lug. cit. nn. 21 y 28.

Pariente del deudor, si podrá retraher los bienes abolengos de este rematados en un extraño, y si le preferirá el acreedor, part. 2 lib. 3 cap. 2 num. 287 y nota.

Particiones é hijuelas, en qué papel se han de escribir, part. y lib. 2 c. 10 num. 23.

Particion de herencia: en

ella no son necesarias la presencia y aprobacion del Juez, aun quando sean menores los herederos ó alguno de ellos, lug. cit. num. 77.

Particion ó division qué es, con qué fin se introduxo, ante qué Juez se ha de pedir la de la herencia, y quienes pueden pedirla, aun estando ausente alguno de los herederos; y cómo ha de proceder el Juez, part. 2 lib. 1 nn. 1, &c. y 6.

Particion hecha sin el ausente ni defensor suyo no vale en quanto á él, ni le perjudica, lug. cit. numer. 7.

Particion, para que se entienda hecha entre mayores, qué tiempo se requiere, lug. cit. num. 12.

Particion, de qué cosas propias del difunto se puede hacer, lug. cit. num. 16.

Particion, de qué cosas puede ó no hacerse entre los interesados: como se ha de proceder en la de las cosas individuas, ó que no tienen cómoda division. lug. cit. nn. 48, 49 y 50.

Particion, como se ha de hacer, quando en la herencia hay un pueblo ó mas con jurisdiccion, lug. cit. nn. 51 y 52.

Particion, de quantas maneras se puede hacer, part. 2 lib. 2 cap. 1 n. 1.

Particiones, se deben recindir por haberse hecho ante Juez incompetente ó sin citacion de los interesados, ó por haberse causado lesion en ellas: lo qual procede, aunque las partes hubiesen aprobado el cálculo y la division, part. y lib. 2 capít. 9 nn. 2, &c. y 6.

Particion debe hacerse de la cosa que por error, olvido, engaño ú ocultacion se dexó de colacionar y dividir, siendo válida en todo lo demas, lug. cit. nn. 7 y 8.

Particiones hechas con el que por ningun título es heredero, se pueden impugnar, lug. cit. n. 9.

Particiones en qué se han hecho agravios á los interesados, pueden deshacerse apelando de la sentencia, y por la restitucion por entero habiendo lesion en mas ó ménos de lo justo contra

el menor, lug. c. nn. 10, 11 y 12.

Particion de los bienes que dexó un marido entre su viuda é hijos de ámbos con mejora y colacion; y de los de un marido entre su viuda é hijos de dos matrimonios con mejora, reserva y colacion extendidas en forma con todo lo que en ellos puede ocurrir, part. y lib. 2 cap. 10 n. 1 hasta el fin.

Partidor, qué debe hacer en el juicio de particion de bienes del que tomó dinero á censo vitalicio, si vive entónces el censualista, part. 1 cap. 11 num. 62.

Partidor, qué debe practicar, quando el casado dos veces no hizo particion ni aun descripcion de bienes por muerte de la primera muger, y se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios, part. 2 libro 1 cap. 4 num. 31.

Partidores, quales han de ser, qué deben practicar ántes de evacuar su encargo; quienes pueden serlo, si se les puede compeler á aceptar tal encargo y á evacuarle despues de aceptado, quando podrán ser recusados y porqué causas, part. 2 lib. 1 cap. 2 nn. 22 &c. y 25.

Partidor, siendo hermano, primo ó cuñado de la parte que le nombró, si podrá ser recusado por la contraria: la doctrina de los árbitros en punto á recusaciones se extiende á los partidores, lug. cit. num. 26.

Partidores, quantos se han de nombrar quedando la viuda sin hijos, y habiendo instituido su marido herederos á dos ó mas hermanos suyos: práctica de esta corte, lug. cit. num. 28.

Partidores, si pueden hacer las adjudicaciones á los herederos, y ser compelidos á esto, y si podrán enmendar el error que hubiesen padecido, lug. cit. nn. 29, 30, 46 y 47.

Partidor, debe tener presentes catorce reglas para hacer la division y adjudicaciones, lug. cit. numeros 31, &c. y 45.

Partidor, qué debe hacer para la claridad de la par-

ticion, como ha de formar el cuerpo del caudal, y qué dote ha de deducir de este previamente, part. y lib. cit. cap. 3 nn. 2, &c. y 5.
Pátria potestad, sus causas, grande efecto de ella, y porqué espira, part. 1 cap. 26 nn. 16 y 18, &c. y 24 y sus notas.
Patronato, qué es, divídese en hereditario, gentilicio y mixto: se subdivide en activo y pasivo, y aquel en real y personal: tambien se subdivide en eclesiástico, laical y mixto, part. 1 capít. 8 nn. 1, 2 y 3.
Patronato es individuo, cómo se adquiere y sucede en él: porqué causas pasa de una persona á otra, y por quales se acaba, lug. cit. nn. 4, 13, 14 y 15.
Patrono, por serlo qué derechos y facultades le pertenecen: tiene honor, gravámen y utilidad, lugar cit. num. 1.
Patronos, quienes se llaman y pueden serlo; y á quienes pueden ó no presentar, y cómo se ha de hacer la presentacion, lug. cit. nn. 5, 6 y 12.
Patronos legos y eclesiásticos, qué tiempo tienen para presentar y si podrán variar; y en qué pena incurren presentando con cierta ciencia al indigno ó inhábil, lug. cit. nn. 7 y 8: esta no se presume en el patrono, quando la indignidad proviene de ignorancia, nota.
Patronos y presentados, siendo muchos qual de estos será preferido, lug. cit. num. 9.
Patronos, si podrán recibir algo del presentado, lug. cit. num. 11.

P ante E.

Pechos qué son, part. 1 capít. 9 num. 67.
Pena de encubridor no se extiende al poseedor que como tal, y no como heredero formaliza el inventario, part. 2 lib. y cap. 1 num. 145.
Pena, en qual incurre el recusante que no prueba causa legítima, aunque se aparte de la recusacion; y en qual el que pasados tres meses se aparta de la segunda su-

plicacion en los casos de la ley de Segovia, part. 2 y lib. 3 cap. 1 num. 411.
Pedimento de contestacion, y auto correspondiente: qué se ha de practicar en vista de este auto, part. 2 y lib. 3 cap. 1 nn. 479, 480 y 481.
Pedimento de conclusion y su auto: qué se debe hacer despues, lug. cit. numeros 482, 483 y 484.
Pedimento pretendiendo se nombren intérpretes para exâminar testigos extrangeros, auto, aceptacion de aquellos y exámen de un testigo con su asistencia, lug. cit. numeros 498 y 501.
Pedimento para que se reciba informacion de abono de un testigo, auto y declaracion de un testigo de abono, lug. cit. numeros 505, 506 y 507.
Pedimento presentando una escritura para su comprobacion, auto, citacion y cotejo de ella, lug. cit. nn. 512, &c. y 515.
Pedimento presentando cartas para que una de las partes las reconozca, y auto y declaracion sobre su reconocimiento, lug. cit. nn. 516, 517 y 518.
Pedimento nombrando peritos para que reconozcan papeles, auto, reconocimiento ó cotejo de ellos, y advertencia, lug. cit. nn. 519, &c. y 522.
Pedimento para la publicacion de probanzas, auto y notificacion, lug. cit. nn. 524, 525 y 526.
Pedimento acusando la rebeldía é insistiendo en que se haga la publicacion, y auto, lug. cit. numeros 527 y 528.
Pedimento de tachas y abono de testigos, autos sobre admision de aquellos y advertencia, lug. cit. nn. 529, &c. y 532.
Pedimento solicitando ampliacion del término de prueba por via de restitucion, y auto, lug. cit. nn. 533 y 534.
Pedimento recusando al Juez inferior, auto de recusacion, aceptacion y juramento del acompañado, y dos advertencias, lug. cit. nn. 535, &c. y 539.
Pedimento de apelacion, auto y advertencia, lug. cit. nn. 544, 545 y 546.
Pedimento para que se de-

clare por desierta la apelacion, auto, advertencia sobre lo que ha de hacerse despues, y auto de declaracion: qué se ha de practicar, si la parte condenada no apela ó no presenta la mejora, lug. cit. nn. 547, &c. y 551.

Pedimento para que se declare una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y auto en que se declara por tal, lug. cit. nn. 552 y 553.

Pedimento pidiendo execucion, auto y mandamiento consiguientes, part. 2 lib. 3 c. 2 nn. 337, 338 y 339.

Pedimento del acreedor para que se cite de remate al deudor, auto y citacion de remate, lug. cit. nn. 348, 349 y 350.

Pedimento del deudor oponiéndose á la execucion y auto correspondiente: qué diligencias se han de practicar despues de este hasta la sentencia de remate, lug. cit. nn. 352, 353 y 354.

Pedimento del acreedor nombrando perito para la tasacion de la casa executada, auto y notificacion al deudor, lug. cit. nn. 362, 363 y 364.

Pedimento haciendo postura, auto y varias diligencias posteriores, lug. cit. n. 375, 376 y 377.

Pedimento pretendiendo se señale dia para el remate, auto y diligencias posteriores, lug. cit. numeros 378, 379 y 380.

Pedimento para la aprobacion del remate y auto: á quienes y para qué se notifica este auto, y diligencias siguientes, lug. cit. nn. 383, &c. y 388.

Pedimento para que se adjudiquen en pago al acreedor los bienes executados, y advertencia, lug. cit. nn. 397 y 398.

Pedimento haciendo cesion de bienes y formando concurso de acreedores un deudor preso, auto admitiendo la cesion, edicto llamando á los acreedores ausentes, y diligencias que se han de practicar acerca de los edictos, part. 2 lib. y c. 3 nn. 212, &c. y 216.

Pedimento del concursante para que se declare por bien formado el concur-

so: auto en que se da por acusada la rebeldía á los acreedores: otro en que se declara por bien formado y nombra defensor; y mandamiento de amparo para el concursante, l. cit. nn. 217, &c. y 220.

Pedimento del defensor para que se nombre administrador de los bienes del concurso: auto de traslado á los acreedores: diligencias consiguientes: auto nombrando á dicho administrador y diligencias correspondientes, l. cit. nn. 221, &c. y 227.

Pension sobre beneficio ó dignidad eclesiástica, como ha de dividirse, parte 2 lib. 1 cap. 5 n. 12.

Pension del fundo que al tiempo de morir uno de los cónyuges está arrendado y con frutos pendientes, sembrados y beneficiados á costa del colono, como se ha de dividir entre aquellos, lug. cit. n. 35.

Pensiones y otras cosas que el Rey ó Reyna donan á alguno, si son colacionables, part. y lib. 2 cap. 3 num. 54 y 55.

Pensiones de la finca arrendada por el testador, como se han de dividir entre sus herederos y el legatario de ella, part. y lib. 2 cap. 6 num. 99.

Pensiones, si se podrán imponer sobre beneficios curados y sobre unas parroquias para reedificar y reparar las iglesias de otras, p. 2 lib. y c. 3 n. 186.

Pensionista, si ha de ser preferido en los frutos del beneficio que se dió con pension al Clérigo, á otros acreedores anteriores de este; y concurriendo dos pensionistas á dichos frutos, como han de ser graduados, p. 2 lib. y c. 3. n. 186.

Perdon, qué es, part. 1. cap. 28 num. 1.

Perdonar, qué puede el Rey y qué el injuriado, l. cit. num. 5.

Perdonar, qué delitos se pueden ó no por dinero, l. cit. n. 6 y nota.

Peregrinos y romeros pueden testar libremente: qué deben hacer las Justicias muriendo intestados, y como han de conducirse con ellos, part. 1 cap. 1. num. 27.

Peritos, para saber á quales se debe dar crédito, quando hay muchos y discuerdan, se distinguen siete casos, part. 2 lib. y cap. 1 num. 122.
Peritos, como han de hacer la tasacion, qué se ha de practicar, quando discuerdan en ella, y si el tercero en discordia podrá dar dictámen separado, l. cit. nn. 116, 117, 119, 120 y 121.
Peritos, ni estos ni el tercero pueden delegar su encargo, l. cit. num. 123.
Peritos, quando proceden injustamente en la tasacion, qué remedios competen al agraviado, lug. cit. num. 124.
Peritos, su notificacion y aceptacion; y si discuerdan en la tasacion, qué pueden hacer las partes, p. 2 lib. 3 cap. 2 nn. 366 y 369.
Permuta, véase trueque.
Personas, quales se llaman torpes, p. 1 cap. 1 n. 55 y nota.
Pesos y medidas, como deben arreglarse y qué debe observarse en este punto, circ. de 20 de Febrero de 1801, p. 1 c. 9 apéndice.

P ante L.

Pleyto, sobre qué cosas no debe recibirse á prueba, part. 2 lib. 3 c. 1 n. 235.

P ante O.

Poder para testar, qué es, y quien puede darle, part. 1 cap. 1 num. 207.
Poder, qué es, de quantos modos se da, y quienes pueden darle, p. 1 cap. 23 nn. 1, &c. y 5.
Poder, como se ha de dar: tres clausulas suelen ponerse en los poderes, y quando se acaban estos, l. cit. nn. 12, 15, &c. y 19.
Poder para desposarse, como ha de ser y quien puede otorgarle, l. cit. n. 22.
Poder con cesion de acciones, porqué causas puede darse, y qué ha de contener la escritura, l. cit. nn. 29, 30 y 31, y nota.
Poder especial, en qué casos se requiere, y advertencias generales sobre poderes, l. c. nn. 43 y 45.
Poder, si es necesario notificar su revocacion al apoderado, y auto de Juez para hacerlo, l. cit. n. 49.
Poder para pleytos, en qué casos debe ser especial; y el apoderado para un

pleyto puede substituir el suyo, y su substituto substituir tambien, p. 2 lib. 3 cap. 1 num. 22.

Poseedor, debe ser conservado en su posesion, p. 2 y lib. 3. cap. 1 num. 213.

Poseedores de mayorazgos, vínculos, ó patronatos de legos, &c. por Real cédula de 24 de Setiembre de 1798 pueden vender sus fincas y derechos baxo ciertas condiciones, p. 1 c. 7 apéndice.

Poseedores de mayorazgos, deben hacer inventario de los papeles y bienes que les pertenecen, y repararlos y conservarlos con su producto, p. 1 cap. 7 num. 46.

Poseedores de mayorazgos, quando estan obligados á dar caucion á los sucesores inmediatos de restituir los bienes vinculados sin desfalco ni deterioro, num. cit. nota.

Poseedor que deteriora ó dexa perderse alguna finca de mayorazgo, no puede compensar esto con las mejoras hechas en otra, l. cit. num. 52.

Poseedor de mayorazgo no está obligado á dar parte de las mejoras hechas en sus fincas, ó su valor á la muger, hijos, herederos ni sucesores del que las hizo no habiéndolo mandado el fundador, l. cit. num. 51; y si deberá decirse lo mismo de las hechas en las demas cosas de mayorazgo fuera de las expresadas en la ley 46 de Toro, num. 51 cit. y nota.

Poseedor del mayorazgo, quando estará obligado á satisfacer las deudas contrahidas por el fundador, y las de su antecesor ó antecesores, l. cit. num. 52 nota 2.

Poseedor de mayorazgo, quando tendrá accion personal y quando hipotecaria contra su antecesor por la deterioracion de las fincas vinculadas, num. 52 cit.

Posesion y quasi posesion, qué es, y qué efectos produce: quien puede adquirirla, por medio de quien, y como: por qué causas se pierde, como se ha de restituir al despojado, y en qué pena incurre el que de su propia autoridad despoja á otro por fuerza de ella, p. 1 c. 9 nn. 73, &c. y 78.

Posesiones, extrajudicial de un vínculo y judicial de una casa extendidas, l. cit. nn. 155, 157 y 158.
Posesion de los bienes de la herencia, quando se transfiere en el heredero, quando este la puede tomar sin autoridad de Juez, y quien es contradictor legítimo para impedírsela, p. 2 lib. 1 c. 1 n. 104.
Posesion civil y natural, se transfiere en el inmediato sucesor del mayorazgo por ministerio de la ley, p. 1 c. 7 n. 54.
Posesion y propiedad se pueden ventilar en un mismo juicio; pero no en las causas de mayorazgo, l. cit. n. 55.
Posiciones y artículos, quales se llaman: quien y quando puede hacer aquellas, y si hechas las podrá revocar ó enmendar, p. 2 y lib. 3 c. 1 nn. 246 y 247.
Posiciones, en qué se diferencian de los artículos ó interrogaciones, l. cit. n. 148.
Posiciones, si pueden hacerlas los procuradores de los litigantes, y qué se practica acerca de ellas, l. cit. nn. 249 y 250.
Posiciones, quando debe ó no responder á ellas el preguntado, y como ha de hacerlo, en qué pena incurre, sino lo hace ó no quiere declarar, ó se ausenta, ó se le convence de perjuro, ó responde que ignora la pregunta; y si el Juez ha de recibirlas por sí, l. cit. nn. 251 y 252.
Póstumos, quienes se llaman, qué privilegios les estan concedidos, quales circunstancias han de concurrir en ellos para gozarlos, y qual, naciendo dos de un parto, se presume nacido primero, p. 2 lib. y c. 1 n. 41 y nota.

P ante R.

Precario, véase comodato.
Prenda, qué es, y en qué se divide, p. 1 cap. 18. nn. 1 y 2.
Precio, véase valor.
Precio de lo que se vende, no se puede dexar al arbitrio de los contrayentes, ni de persona incierta, pero sí al de sugeto determinado, p 2 lib. 1 c. 5 n. 2 nota.

Pregones, en qué dia se han de dar: quantos y en qué término, hallándose el executado con sus bienes en otra jurisdiccion; y en quantos y en qual si se trabó la execucion en bienes muebles y raices, si se mejoró en otros que no se pregonaron, ó si se trabó en muebles y mejoró en raices, p. 2 y lib. 3 c. 2 nn. 130, 131 y 132.

Pregones, si es preciso que pase su término renunciándolos el deudor, lug. cit. n. 133.

Pregones, no se han de dar trabándose la execucion en dinero, trigo, aceyte; &c. l. cit. n. 134; y sino hay pregonero, basta fixar edictos, l. cit. n. 135.

Pregones para la venta extendidos, y advertencia, l. cit. nn. 370, 371 y 372.

Preguntas, véase posiciones.

Prescripcion, qué es, porqué razones se introduxo, si impedirá la execucion, y contra quienes no corre, p. 2 lib. 3 c. 2 nn. 215, &c. y 218.

Prescripcion de la via executiva, desde quando se cuenta el tiempo de ella: desde quando si el instrumento es de censo, ó de pagar legado, ó pension anual: y desde quando en los papeles simples para con el acreedor y fiador, l. cit. nn. 219, &c. y 222, y nota.

Prescripcion en la via executiva, por qué actos se interrumpe, l. cit. n. 223.

Presos por deuda, quando pueden ó no ser el menor, enfermo, pregonero, heredero, tutor, factor, administrador, procurador de cortes, ó de pueblo &c., p. 2 y lib. 3 c. 2 nn. 151 y 152.

Préstamo, qué es: divídese en mutuo y comodato, p. 1 c. 16 n. 1.

Préstamo, no se puede demandar á las iglesias, Reyes, concejos, comunidades, ni menores, si no les fue útil, l. cit. n. 3.

Préstamo, haciéndose á un factor, quando quedará ó no obligado, l. cit. n. 5.

Prestado, quien puede dar y recibir, y quando se ha de volver, l. cit. n. 2.

Prestar, no se puede cantidad alguna en mercaderías, l. cit. n. 6.

Prestar, dar y vender fia-

do, si se puede á los estudiantes, l. cit. n. 7.
Préstamo: explícase su virtud con una ley de Partida, l. cit. n. 8.
Prestar dinero con condicion de que el mutuatario ha de fiar al prestador, trabajar en su heredad, ó hacer otras cosas que se expresan, es contrato usurario, l. cit. n. 19.
Presuncion, qué es, y quantas son sus especies, p. 2 y lib. 3 cap. 1 n. 327 y nota.
Privilegiado, quando goza ó no del privilegio contra el que tambien lo es, p. 2 y lib. 3 c. 1 n. 318.
Privilegio, qué es, en qué clases se divide, y como se adquiere: como se ha de interpretar, y quantas clases hay de interpretacion, l. cit. n. 313, &c. y 316.
Privilegio, por qué causas se extingue, lug. cit. números 319, &c. y 332.
Privilegios, como se despacharon antiguamente y se despachan hoy, y qué requisitos deben contener para hacer fe, l. cit. nn. 323 y 324.
Privilegio de restitucion, si compete á los menores, quando coadyuban como terceros el derecho de los que no son privilegiados; y en qué cosas gozarán del privilegio los litigantes, siendo ámbos privilegiados, l. cit. nn. 367 y 368.
Privilegio compete al no privilegiado en asunto comun con el que lo es: tambien compete al Letrado menor de edad, l. cit. n. 369.
Privilegio ó beneficio de restitucion, á qué personas compete para que por lesion, dolo, ó malicia en la venta de sus bienes, se admita la puja, y dentro de qué término le han de pretender, p. 2 lib. 3 c. 2 nn. 290 y 291.
Privilegio ó beneficio de la restitucion: háblase del que compete al menor por la lesion ocasionada en el contrato, y se dice como ha de probarla, y contra quien puede intentar la repeticion, p. 2 lib. y c. 3 num. 71, 72 y 73.
Privilegio ó beneficio de la restitucion, si compete tambien á los herederos y fiadores del menor: si

este puede cederle y apartarse de la solicitud de él; y quando no competirá al menor por su ratificacion en el contrato, y como se puede hacer esta, l. cit. nn. 74, 75 y 76.

Procurador, dentro de qué tiempo puede pedir sus honorarios, p. 1 cap. 18 num. 23.

Procurador, si pacta tener parte en el pleyto en que lo es, en qué pena incurre, p. 1 c. 23 n. 21.

Procurador, no puede ser el padre, hijo, hermano, yerno, ni cuñado del Escribano en la causa que pende ante este, p. 1 cap. 31 num. 34.

Procuradores de cortes, no han de ser presos en ella sino por ciertas causas, ni los de concejos deben ser prendados en la corte por deudas de estos, p. 2 lib. 3. cap. 1 num. 36.

Procurador, si deberá pagar las costas causadas por su parte en defenderse, y las de su contrario, si fue condenado en ellas, p. 2 lib. 3 c. 2 num. 328.

Prohijamiento del pupilo y del menor por su tutor, como se ha de hacer, p. 1 cap. 26 num. 4.

Prohijar qué es, de quantas maneras puede hacerse, y quien puede ó no hacerlo, lug. cit. números 1, 2 y 3.

Promesa, qué es, qué se requiere para que quede obligado el prometedor, como puede hacerse, y qué cosas pueden prometerse, p. 1 cap. 15 nn. 1, &c. y 4.

Promesa, para que sea válida, qué cosas no han de intervenir en ella, l. cit. num. 5.

Propiedad ó dominio, qué es, y de quantos modos puede adquirirse, véase dominio.

Protesta, qué es, porqué se llama así, y quantas son sus especies, p. 1 cap. 24 num. 1 y 2.

Protestar, quien puede y como, quando se necesita escritura, y donde y quando pueden hacerse protestas, l. cit. números 3, 4 y 5.

Protestos de cambios, qué son y de quantas maneras, l. cit. num. 7.

Protesto de no aceptacion, qué es, quando debe ha-

cerse y qué se practica con él, l. cit. nn. 8 y 9.
Protesto de no aceptacion, porqué se introduxo, y qual es su efecto, l. cit. num. 11 y 12.
Protesto de no pagamento, qué es, y en qual dia cumple el plazo, l. cit. n. 13: como se han de hacer ámbos protestos, num. 15.
Protesto de no aceptacion de letra y protesto de no pagamento, como y en qué papel se extienden, y advertencia sobre ellos, lug. cit. números 17, 18, 19 y 21.
Protocolo ó registro, qual se llama, qué fé hace, para qué se estableció y en poder de quien debe estar, p. 1 cap. 31 números 12, 13 y 14.
Protocolo, si no parece, quando el Escribano ha muerto, qué se ha de practicar para que haga veces de protocolo la copia original, l. cit. n. 20.
Protocolos, no deben sacarse de los archivos ni oficios públicos, p. 2 lib. 3 cap. 1 num. 351.
Prueba de ocultacion, porqué medios se puede hacer, de qué dolo ha de ser, y qual se llama verdadero y qual presunto, part. 2 lib. y cap. 1 números 138 y 139.
Prueba, qué es, quantas especies hay de ella, y á quien incumbe hacerla, part. 2 y lib 3 cap. 1 números 236 y 237.
Prueba judicial, sobre qué y porqué medios puede hacerse, l. cit. num. 241.
Prueba, no se ha de admitir sobre lo confesado expresamente, pero sí contra la confesion ficta, l. cit. num. 253.
Prueba, para que la hagan los testigos, qué se requiere, l. cit. num. 256.
Prueba plena, quando hará un testigo solo, y quando no la harán dos, l. cit. num. 290 y 291.
Prueba, consistiendo en ciencia, arte ú oficio, qué se debe practicar, l. cit. num. 299.
Prueba hecha en juicio con el litigante, quando deberá quien la hizo producirla en otro que siga con él, l. cit. num. 307.
Prueba hace en varios casos la vista ocular, y el Juez no ha de dar el pleyto por probado sin que preceda, l. c. n. 326.

Prueba por ley ó fuero, qué es, y qué se ha de tener presente para decidir el pleyto por ella, l. cit. num. 328.

Prueba por fama, qué es y como se origina: qué fuerza tiene en las causas civiles y criminales, en hechos antiguos y otros casos, l. cit. nn. 329, 330 y 331.

Prueba, qual ha de hacer el que solicita pension ó réditos vitalicios, l. cit. num. 332.

Prueba hecha durante la suspension del término probatorio, si valdrá, l. cit. nn. 353 y 354.

Pruebas, quales pueden hacer las partes despues de la conclusion, l. cit. números 386 y 387.

Pruebas é informaciones judiciales, las de nobleza ó limpieza, y los autos de apelacion ó reprobacion de ellas, en qué papel se han de escribir, l. cit. num. 556.

P ante U.

Pubertad, quando empieza en los varones y hembras, y porqué las leyes habilitan á estas ántes que á aquellos, part. 2 lib. y cap. 1 num. 42.

Publicacion de probanzas, como y quando se ha de hacer: de la solicitud para que se haga, se ha de dar traslado y á qué fin, part. 2 y lib. 3 cap. 1 num. 357 y 358.

Publicacion de probanzas, para qué sirve y qual Juez ha de hacerla, l. cit. num. 359 y 360.

Puja ó mejora en algunos bienes de la herencia, quando ha de hacerse, p. 2 lib. y cap. 1 n. 129.

Puja, si podrá abrirse y admitirse, celebrado y aceptado por el postor el remate de bienes executados, ó de rentas Reales y señores, part. 2 lib. 3 cap. 2 num. 288 y 289.

Puja que se admite por via de restitucion, se ha de hacer saber al sugeto en quien se celebró el remate y no ha de admitirse otra, l. cit. num. 292.

Q

Q ante U

Quarta parte de los bienes de su marido rico, ó quarta marital, en qué casos toca ó no á la viuda pobre, y si le corresponde ménos de dicha parte habiendo mas de tres hijos, p. y lib. 2 c. 3 nn. 106 y 108.

Quarta marital, se deduce ántes que la mejora de tercio y quinto, aun quando el padre la hubiese hecho irrevocable ántes de casarse segunda vez, excepto que hubiese precedido al matrimonio entrega de parte de la mejora, l. cit. nn. 110 y 111.

Quarta marital, véase viuda.

Quinto de sus bienes puede dexar el testador que tiene hijos ú otros descendientes legítimos, por su alma ó á quien quisiere, p. y lib. 2 c. 1 n. 12.

Quinto, donando el testador en vida á un descendiente, y legando otro en última voluntad á otro descendiente: ó uno por su alma, ó á extraño, y otro á su descendiente, si valdrán ámbos, l. cit. nn. 14 y 15.

Quintos, disponiendo de dos el testador entre extraños teniendo hijos, qual valdrá, ya sea irrevocable la primera disposicion, ó ya sean revocables ámbas, l. cit. n. 17.

Quinto de sus bienes, legando el testador á un hijo, y en otra cláusula el mismo quinto á otro hijo, si se revocará el primero, ó serán dos quintos, l. cit. n. 18.

Quintos, legando dos el testador á dos hijos, valen, y de ámbos se deducirán los gastos de funeral, misas, visita, apertura y publicacion del testamento, &c. l. cit. n. 24.

Quintos, donando uno en contrato irrevocable á un hijo y legando otro á otro, de qual se deducirán los legados, misas y gastos funerarios, l. cit. n. 28.

Quinto, donando irrevocablemente el padre á un

hijo ó á un extraño, y entregándole ó no la cosa donada, si deberá el donatario pagar las misas, legados, limosnas y demas de que dispuso, l. cit. n. 31.

Quinto de sus bienes, legando el testador á su muger ó á un hijo, y consignándosele en un fundo, si le llevará todo el legatario con los frutos que produxo durante la comunion, lug. cit. n. 33.

Quinto de sus bienes, legando el padre á hijo suyo, ó á extraño, ó por su alma, se ha de deducir solamente de los que dexa y no de los que sus hijos colacionan, part. y lib. 2 cap. 3 n. 105.

Quita ó remision de acreedores, qué es, y si valdrá la que el Rey haga al deudor, p. 2 lib. y c. 3 nn. 208 y 209.

Quita, ó remision, si pueden concederla los acreedores, y qué se ha de observar en caso de discordia, haya ó no algun hipotecario, l. cit. n. 210.

Quita, ó remision de acreedores, si tendrá lugar en los mercaderes, cambiantes, comerciantes y factores suyos que alzan su persona, bienes y libros, y se refugian á la iglesia, ó huyen, l. cit. n. 211.

R

R ante E.

Reconvencion, qué es, y quien puede ó no hacerla, p. 2 lib. 3 c. 1 números 188 y 189.

Reconvencion, en qué se diferencia de la compensacion, y quales son sus efectos, l. cit. nn. 190 y 191.

Reconvencion, por ella puede verificarse la próroga de jurisdiccion de parte del demandante y demandado: quando se verifican juntos en los juicios dos de sus efectos, y quando uno solamente, l. cit. nn. 192 y 193.

Reconvencion, dentro de qué término debe proponerla el reo, y qué dili-

gencias se han de practicar despues hasta la conclusion, l. cit. nn. 197, 198 y 199.
Reconvencion, si podrá hacerse ante el Juez delegado, ante los Jueces particulares de algunas personas y ante el prorogado, l. cit. nn. 201, 202 y 203.
Reconvencion, quando tendrá lugar ante el Juez de apelacion; y si le tendrá ante el diputado para conocer de cierta especie de causas, l. c. nn. 205 y 206.
Reconvencion, tiene lugar en todas las causas aun de diverso género no habiendo repugnancia ó prohibicion de ello: si le tendrá en las executivas y sumarias, quando la una es sumaria y la otra plenaria, y en las de depósito, l. cit. nn. 207, 208 y 209, y notas 1 y 2.
Reconvencion, quando se admite en las causas criminales, l. cit. n. 210.
Reconvencion del despojador, si se debe admitir, quando el despojado intenta el interdicto de recuperar, y aquel otro igualmente privilegiado sobre despojo de otra cosa y no de la misma; como tambien si estará obligado á restituir el tercero poseedor, l. cit. n. 222.
Reconvencion del interdicto de conseguir, ó el remedio petitorio sobre la misma cosa no se admite, aunque el despojador ó un tercero diga que es suya, ó sean menores, si confiesan que el despojado es señor de ella, l. cit. n. 223.
Reconvencion del interdicto de recuperar, si se admite contra el tercero que por via de accion intenta el de retener, lug. cit. n. 225.
Reconvencion sobre el despojo violento de otra cosa, si tendrá lugar intentando el actor la reivindicacion, l. cit. n. 226.
Reconvenidos, quienes no pueden ser en mas de lo que puedan y quando, p. 2 y lib. 3 c. 2 nn. 153 y 154.
Recursos de injusticia notoria y de segunda suplicacion, quando tienen lugar y qué debe practicar el que los intenta, p. 1 c. 19 nn. 25, 26 y 28.
Recurso de segunda suplicacion, cómo se subs-

tancia: por Real cédula de 10 de Mayo de 1797 tambien tiene lugar en el Supremo Consejo de guerra, p. 1 c. 23 n. 39 y nota.

Recusacion, qué es, en qué estado del pleyto puede hacerse y por qué causas, p. 2 y lib. 3 c. 1 nn. 389 y 390, nota.

Recusar, quantos Letrados pueden las partes para que el Juez lego no se asesore con ellos, l. cit. n. 400.

Recusacion, qué requisitos son necesarios para la de los Ministros de los consejos, chancillerías y audiencias; l. cit. n. 408: por qué medios se pueden probar las causas de su recusacion: quantos testigos pueden admitirse sobre cada pregunta: qué término se ha de conceder al recusante para probarlas y contra quienes corre; y quando puede recusarlos el tercero opositor, l. cit. números 409 y 410.

Refeccionario, quando y á qué acreedores será preferido en la cosa beneficiada; y entre muchos refeccionarios qual ha de ser atendido, p. 2 lib. y c. 3 n. 160.

Relator, como se ha de recusar y quien debe pagar los derechos del acompañado, l. cit. n. 412.

Religiosa, qué cosas debe colacionar ó no de las que le dieron sus padres, p. y lib. 2 cap. 3 nn. 25, 26 y 27.

Religiosos de San Francisco y sus conventos, si podrán ser herederos y legatarios, p. 1 c. 1 números 148 y 149.

Religiosos profesos de ámbos sexôs, no pueden suceder abintestato á sus parientes, ni los conventos pedir las herencias por su representacion, l. cit. n. 149 nota.

Religiones de la Santísima Trinidad y de la Merced no pueden llevar mandas inciertas ni quintos de los que mueren abintestato, l. cit. n. 182.

Remate, en donde se ha de celebrar, como se ha de proceder en las posturas, y á quienes se deben comunicar, p. 2 lib. 3 c. 2 nn. 284 y 285.

Remate, en qué postor se ha de executar, y si admitida la postura de uno

queda libre el anterior, l. cit. n. 286.
Remate aceptado por el postor, qué diligencias se han de practicar hasta la venta judicial d. los bienes rematados, l. cit. numer. 293.
Remate de finca perteneciente al deudor, y prevenciones, l. cit. nn. 381 y 382.
Remision de acreedores, véase quita.
Renuncia, qué es, quien puede hacerla, y á qué personas, cosas y derechos se limita, p. 1 c. 4 n. 2.
Renuncia, en qué se diferencia de la cesion y repudiacion, l. cit. n. 3.
Renuncia de una muger que se casa y la de otra que entra en religion, en qué se diferencian, l. cit. n. 4.
Renuncias, se dividen en translativas y abdicativas, reales y personales, l. cit. nn. 5, 6 y 7.
Renuncias de Religiosos y Religiosas, qué solemnidades exîgen: á qué se reduce la exploracion de estas, y qué pueden prevenir los unos y las otras en sus renuncias l. cit. nn. 23, &c. y 30.
Renuncia ó pacto hecho por un hijo de sus legítimas y herencias futuras es nula, y quando será válida, l. cit. n. 31.
Renuncia de oficio público concedido con esta qualidad, para que sea firme, qué cosas se han de observar: si en ella se podrá poner cierta condicion, y si la renuncia y contrarenuncia podrán pasar ante un mismo Escribano, p. 1 c. 25 n. 6.
Renuncias de oficios enagenados de la corona con calidad de renuncia, quando y cómo deben hacerse; circular de 20 de Diciembre de 1795, é instruccion adjunta, l. cit. apénd.
Renuncia de legítima hecha por la madre contenta con su dote, si perjudicará á sus hijos heredando al abuelo, por haber ella muerto ántes; p. y lib. 2 c. 3 n. 14.
Reo, ha de ser demandado en el lugar de su domicilio y quando puede serlo en otros, p. 2 lib. 3 c. 1 num. 29.
Reo, si acusa al actor por incidencia ó por via de

excepcion, qué se ha de hacer, l. cit. n. 73.
Reo, siendo acusado por dos ante uno ó mas Jueces por delito grave y otro por leve, se ha de tratar primero de este, l. cit. n. 75.
Reo, ante qué Juez debe comparecer: como se le ha de citar no pudiendo ser hallado en su casa, ó no teniéndola en el pueblo, l. cit. n. 107.
Reo hallándose domiciliado en otra jurisdiccion ha de citársele por requisitoria: como ha de ordenarse esta, y quando debe ó no cumplimentarla el Juez requerido, l. cit. nn. 111, &c. y 114, 134, &c. y 137.
Reo, si forma artículo de no contestar, y se desprecia, quando se le ha de conceder término para la contestacion, l. cit. número. 158.
Reo, qué debe practicar, quando el actor concluye llanamente, ó solo sobre su demanda desentendiéndose de su reconvencion, lug. cit. número. 200.
Reo, qué debe practicar intentando probar sus excepciones por testigos, hállese ó no en el territorio del pueblo del juicio, p. 2 lib. 3 c. 2 número. 257.
Reo, habiendo espirado el término puede pretender que el actor jure de calumnia y posiciones, ó que reconozca algun papel, l. cit. n. 248.
Reo de estupro, qué debe afianzar para no ser arrestado en las causas de estupro; Real cédula de 30 de Octubre de 1796, part. 1 cap. 13 num. 67 nota.
Repudiar la herencia, quien puede ó no, p. 1 c. 3 número. 1.
Repudiacion de herencia extendida, l. cit. n. 9.
Requerimiento al deudor para que afianze de saneamiento, y prision por no afianzar, l. cit. número. 342.
Requerimiento al deudor con el mandamiento de pago, l. cit. n. 361.
Requisitoria de emplazamiento, qué ha de contener y qué se puede ó debe practicar ante el Juez requerido, p. 2 y lib. 3 c. 1 nn. 111, &c. y 114.

Requisitoria, como ha de ordenarse, y quando debe ó no cumplimentarla el Juez requerido, y como, l. cit. nn. 135, 136, 137 y 288.
Requisitoria de emplazamiento para hacer saber la demanda y auto cumplimentándola: se expresan todas las diligencias que se deben ó pueden practicar despues de este auto: introduccion de varias requisitorias, l. cit. n. 474, &c. y 477.
Requisitoria para hacer probanza, l. cit. n. 496.
Requisitorias de emplazamiento y demas, en qué papel se han de escribir, l. cit. n. 556.
Requisitoria para executar al deudor domiciliado en otra jurisdiccion, notificarle el estado de la execucion y citarle de remate, p. 2 lib. 3 c. 2 n. 405.
Requisitoria de pago para vender bienes que se hallan en otra jurisdiccion, l. cit. n. 406.
Requisitoria de pago contra un deudor vecino de pueblo diverso de el del juicio; l. cit. n. 407.
Reservacion, de quales bienes deben hacerla á favor de sus hijos el padre y la madre que casan segunda vez, p. 1 c. 5 número. 1, 2 3 y 4, y p. 2. lib. 2 c. 5 nn. 3, 4, 5 y 6.
Reservacion: si tiene lugar en favor de los nietos y biznietos á falta de sus padres, p. 2 lib. y c. cit. num. 7.
Reservacion: de qué línea han de venir los bienes de que los ascendientes deben hacerla; y á quien corresponden los frutos pendientes en aquellos al tiempo de la muerte del que debia reservarlos; l. cit. nn. 8 y 9.
Reservacion, no tiene lugar en lo que un hijo no adquirió por sucesion de su ascendiente, l. cit. n. 14.
Reservar, qué debe la madre de lo que hubo del hijo que murió testado, l. cit. n. 15.
Reservar, no debe la viuda lo que le dió su marido en premio de su virginidad ó por motivo remuneratorio, l. cit. n. 16.
Reservacion: tampoco está obligada á ella, quando quedó viuda en su menor edad, ú obtuvo licencia del Soberano, de su marido, ó de sus hijos

para casarse; y en qué casos se perjudican los hijos con dicha concesion y adquiere enteramente la madre lo que hubo de su marido, l. cit nn. 17, &c. y 26.

Reservacion: no está obligada la madre á la de los bienes que compre con el usufructo de lo que le dexó su marido; y aunque herede á un hijo y otro se case, no tiene obligacion de restituir á este el usufructo de los bienes de aquel que percibió despues de casada; l. cit. número. 27 y 28.

Reservar nada deben los padres á sus hijos de los bienes gananciales, l. cit. num. 29.

Reservacion, si enagenando la madre los bienes sujetos á ella podrán sus hijos quitarlos á sus poseedores, miéntras vive, l. cit. n. 31 y nota.

Reservacion: quando y como pueden reivindicar los bienes sujetos á ella y enagenados por el padre los hijos que aceptaron su herencia; l. cit. n. 32.

Restitucion, dentro de qué término deben pedirla, el Rey, la iglesia y república, quando es por lesion en la sentencia ó contrato: quantas clases de bienes puede poseer el Rey por quales goza de dicho privilegio, p. 2 y lib. 3 c. 1 n. 465.

Restitucion contra la prescripcion, quando deben pedirla, y quales cosas nunca prescriben l. cit. n. 466.

Restitucion, vease privilegios.

Retracto de consanguinidad no permitido por derecho romano, porqué le permiten nuestras leyes, p. 1 c. 9 n. 103.

Retracto ó tanteo, qué es, quantas son sus especies, y á quienes compete, lug. cit. n. 104.

Retracto compete al hijo natural, no al espurio ni incestuoso. Tambien le tienen el exheredado y el que renunció la herencia de su ascendiente, lug. cit. nn. 105 y 106. Asimismo le tienen los Clérigos, pero no el monasterio, ni la muger casada; n. 106.

Retracto, quando le tiene el heredero del mas próximo pariente del vendedor, y quando se puede

ceder, l. cit. n. 108.
Retracto, dentro de qué tiempo ha de intentarle el pariente mas próximo, y con qué circunstancias: no tiene lugar en la permutacion, ni en la finca gravada con censo consignativo, aunque sí en la dada á censo reservativo, lug. cit. nn. 109 y 110.
Retracto de la finca vendida en almoneda por el pariente y socio: los nueve dias concedidos á estos para tantear son diversos de los concedidos al deudor para retraer sus bienes subastados; lug. cit. nn. 112 y 113.
Retracto tiene lugar en la finca del deudor dada en pago, lug. cit. n. 115.
Retracto de consanguinidad, en qué bienes no tiene lugar, l. cit. n. 118.
Retracto, quando se venden por un mismo precio dos fincas, una patrimonial y la otra no, solo tiene lugar en la primera, l. cit. n. 119.
Retracto, como ha de tener lugar en la venta de muchas cosas abolengas y no abolengas, si el comprador las ofrece todas al pariente, ó este las quiere todas, l. cit. n. 120.
Retracto, si podrá hacerse de una finca que no se tanteó dentro del término legal, mayormente si vuelve al vendedor, lug. cit. n. 121: como se cuenta dicho término y contra qué personas corre; l. cit. nn. 122, 123 y nota.
Retracto no tiene el propietario en la venta del usufructo, ni el usufructuario en la de la propiedad: tampoco se admite en la venta nula, ni en la simulada, lug cit. numer. 125 y 126.
Retracto de comunion, ó sociedad, quando y en qué cosas tiene lugar; l. cit. nn. 127 y 128, y nota.
Retracto, dentro de qué término y quando han de intentarle el señor del dominio directo, aun permitiendo vender la finca sin perjuicio de su derecho, el superficiario y enfitéuta, y qué preferencia habrá entre ellos, el socio y el consanguineo, l. cit. nn. 130 y 131.
Retracto de comunion, qué requisitos pide, l. cit. n. 134.

Retraer, puede el pariente mas próximo la finca al mas remoto: habiendo dos de un grado, si habrán de dividirla aun siendo uno hermano entero y el otro consanguineo: el hijo del vendedor es preferido á su tio, l. cit. n. 111, y notas 2 y 3.

Retraer puede el pariente inmediato en grado, estando ausente ó no queriendo hacerlo el primero; l. cit. n. 114 y nota.

Retraer, como se deben muchas fincas abolengas vendiéndose simplemente, al fiado, con pacto de retrovendendo, ó dándose en pago, l. cit. número. 116 y 117.

Retraer pueden los socios á proporcion de la parte que tengan en la cosa comun, y si uno vende á otro, no tendrán tal derecho los demas, l. cit. n. 129.

Retraer, no puede el dueño del censo reservativo ó consignativo la finca por razon de comunion, ni el legatario del quinto la finca patrimonial que el heredero vende á extraño; lug. cit. nn. 132 y 133.

Rey, suele hacer merced de las villas con sus pertenencias, p. 1 c. 9. n. 60.

Rey, dando algun oficio en administracion, de qué hace merced al concesionario, y si concede privilegio de él por juro de heredad, qué necesita cada sucesor: si podrá nombrar teniente, y qué ha de hacer este para exercer el oficio, p. 1 c. 25, nn. 4 y 5.

S

S ante A.

Salarios de los criados deben baxarse del caudal comun, y quando pueden pedirlos y protestar sobre ellos el hijo é hijastro que sirven como criados, p. 2 lib. 1 c. 3 n. 55.

Saneamiento, véase eviccion.

S ante E.

Señor, quando y como puede de vender qualesquiera

derechos y regalías que le pertenezcan en sus señoríos, p. 1 c. 9 n. 84.
Sentencia de remate y mandamiento de pago, p. 2 lib. 3 c. 2 nn. 355 y 356.
Sentencia de graduacion de acreedores extendida; quando ha de pretender el defensor que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada; p. 2 lib. y c. 3 nn. 228 y 229.
Sentencia de los árbitros, quando se puede executar y suplicar de ella, p. 1 c. 22, n. 16.
Sentencia, qual se llama interlocutoria y qual difinitiva, y en qué convienen y se diferencian, p. 2 y lib. 3 c. 1 nn. 419 y 421.
Sentencia, por qué se llama así: dentro de qué término debe darla el Juez y qué solemnidad ha de preceder á su pronunciamiento, l. cit. n. 420 y nota.
Sentencia interlocutoria, en qué casos tiene fuerza de difinitiva, y quando se ha de tener por interlocutorio, ó difinitivo el mandato de pagar, l. cit. n. 422.
Sentencia, en qué debe conformarse con la demanda, l. cit. num. 425: quando no es precisa dicha conformidad y qué se ha de decir, si la demanda es inepta, l. cit. num. 428.
Sentencia, habiendo condenacion de frutos ó intereses, ó siendo condenatoria en parte y en parte absolutoria, qué debe hacer el Juez, lug. cit. num. 426.
Sentencia, donde se estila ó no su pronunciamiento, l. cit. num. 427.
Sentencia, en qué lugar y tiempo se ha de dar, y qué vicios no debe tener, l. cit. num. 429 y 430.
Sentencia, á quien se debe notificar, y con quien se han de entender los autos hasta que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, si las partes se defienden por procuradores, l. cit. num. 441.
Sentencia, siendo notificada á las partes, qué debe hacer la vencedora para que se declare en autoridad de cosa juzgada, si la vencida no apela dentro del término legal, l. cit. num. 442.

Sentencia, para que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, quando el agraviado apela y no presenta la mejora en el término competente, qué debe hacer el vencedor, lug. cit. n. 443.

Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada: quales son sus efectos, y en qué casos se puede recindir y revocar, l. cit. num. 448 y 449.

Sentencia, qué presuncion tiene á su favor, qual se llama nula y qual injusta, l. cit. nn. 450 y 451.

Sentencias, quales son nulas, l. cit. nn. 452 y 456. Véase nulidad.

Sentencias, de quales no ha lugar nulidad, suplicacion, ni otro recurso aun el de restitucion, l. cit. num. 460 y 461.

Sentencia dada entre unos, quando y en qué casos daña, ó aprovecha á otros, l. c. n. 467 y 468, y notas.

Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ó confirmada por tribunal superior, á quien corresponde executarla, y en qué penas incurre quien lo impide por medios violentos, l. cit. números 469 y 470.

Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, dentro de qué término debe executarse, sea la cosa litigiosa mueble ó raiz, n. 469 cit. nota.

Sentencias definitivas y una advertencia, l. cit. num. 540, &c. y 543.

Sentencia, siendo en parte absolutoria y en parte condenatoria, qué deberá hacerse, l. cit. n. 554.

Sentencias definitivas, en qué papel se han de escribir, l. cit. n. 556.

Sentencias, quales se han de executar sin embargo de apelacion, part. 2 y lib. 3 cap. 2 num. 5 y 6, y nota.

Sentencias de remate, quales se deben ó no executar, l. cit. num. 281.

Sentencia en el juicio executivo, en que hubo oposicion de uno ó mas terceros, quando se ha de executar ó no sin embargo de apelacion y nulidad, l. cit. num. 324,

Servidumbre, qué es, y quantas son sus especies, part. 1 cap. 9 num. 79.

Servidumbre de habitacion

y uso, en qué consiste, l. cit. num. 80.
Servidumbre, quien y de quantas maneras puede imponerla, y en qué cosas, l. cit. nn. 81 y 83.
Servidumbre, se divide en real y personal, part. 2 lib. 1 cap. 7 num. 2.
Servidumbre ó esclavitud, repruébase, part. 2 lib. 1 cap. 4 num. 22 nota.

S ante I.

Siervo profugo no puede ser vendido, l. cit. n. 11.
Simonía, qué es, de quien tomó su nombre, y quantas son sus especies, part. 1 cap. 9 nn. 85, 86 y 87, y notas.
Simonía, se puede cometer en las cosas espirituales y anexas á ellas: quales se llaman así: aunque dichas cosas no pueden venderse, sí conmutarse por otras de igual clase, l. cit. num. 88 y 89.
Simulacion de contrato, quando impedirá la execucion, de quantos modos se comete, quien puede alegarla y como se ha de probar, part. 2 lib. 3 cap. 2 num. 212.

S ante O.

Sobrinos enteros del difunto, como heredarán á falta de hermanos, part. y lib. 2 cap. 7 nn. 31 y 32.
Sobrino carnal del difunto, es preferido abintestato, al tio hermano del mismo, l. cit. num. 34.
Sobrinos hijos de un hermano son preferidos al hermano del abuelo ó abuela del difunto, l. cit. num. 36.
Sobrinos hijos de hermano entero excluyen al medio hermano del muerto, l. cit. num. 38.
Sociedad, véase compañía.
Sociedad conyugal, para saber si hay utilidades en ella, qué se ha de deducir, p. 2 lib. 1 cap. 3 n. 1.
Sociedad conyugal, en qué se diferencia de la convencional, part. y lib. cit. cap. 4 nn. 63, &c. y 67, y notas.
Socio, si posee toda la heredad ó casa, que deberá dar á los compañeros, part. 1 cap. 10 num. 12.
Solar y solariego, qué es, y qué se requiere para ser llamado alguno hijodalgo de solar conocido, part. 2 lib. 3 cap. 2 n. 144.

S ante U.

Substitucion, quales son sus especies, part. 1 cap. 1 num. 80 notas 1 y 2

Substitucion vulgar, por qué se llama así, quien puede hacerla, como se hace, y si valdrá en todos casos, l. cit. n. 81 y nota.

Substitucion pupilar, qué es, quien puede hacerla, como, á quien, y quando sucederá en virtud de ella el substituto, l. cit. nn. 83, 84 y 85.

Substitucion pupilar: su efecto principal, y como ha de aceptar el substituto la herencia del pupilo, l. cit. n. 89 y nota.

Substitucion pupilar, en qué casos espira, l. cit. n. 91, notas 1, 2 y 3.

Substitucion exemplar, qué es, quien puede hacerla, y á quienes, porqué se llama así, qué órden se ha de observar en su extension tocante al nombramiento de substitutos, y porqué causas espira, l. cit. nn. 92, &c. y 95, y nota.

Substitucion compendiosa, qué es, quien puede hacerla y á quien, y como se hace, l. cit. n. 97 y nota.

Substitucion breviloqua, qué es, por quien y á quien puede hacerse, y como se ordena, l. cit. n. 98, y notas 1 y 2.

Substitucion fideicomisaria, qué es, porque se llama así y obliqua, y como se ordena la cláusula, l. cit. num. 99.

Substitucion fideicomisaria, quando se ha de entender en ella la condicion, si el gravado no tuviese hijos, l. cit. num. 105.

Substituto pupilar, si será preferido á los ascendientes legítimos, part. y lib 2 cap. 4 num. 8.

Substituto del heredero gravado con algun legado, quando se entenderá tambien gravado, p. y lib. 2 cap. 6 n. 39.

Substrayendo alguno algo de la herencia estando yacente, en qué penas incurre, part. 2 lib. y cap. 1 num. 147.

Sucesion, es recíproca entre padre é hijo legitimado, part. 2 lib. 2 cap. 1 num. 62.

Sucesores en los oficios de Regidor, Escribano, Pro-

curador y otros que se sirven con título Real, qué deben hacer, si quieren exercerlos, part. 1 cap. 25 num. 9; si podran nombrar Teniente, y qué ha de hacer este para exercer el oficio, l. cit. num. 5.
Sucesion abintestato, hasta qué grado tiene lugar entre los colaterales, p. y lib. 2 cap. 7 num. 26.
Sucesion hereditaria entre los romanos, qué vicisitudes tuvo, part. 1 y cap. 1 num. 43.
Suplicatoria á tribunal superior para hacer un embargo, y prevenciones acerca de ella, part. 2 lib. 3. cap. 2 núm. 408 y 409.

T

T ante A.

Tachar, quando pueden los litigantes á los testigos contrarios y abonar los suyos: qué cosas se requieren de parte de quien pone las tachas para que se admitan: dentro de qué término debe oponerlas y probarlas: con qué testigos se han de justificar, si se admiten tachas contra tachas, p. 2 y lib. 3 cap. 1 números 370, &c. y 375, con sus notas.
Tachas, de quantos géneros se pueden oponer contra los testigos, l. cit. num. 376.
Tasacion: para ella se ha de citar á las partes, y como deben hacerla los peritos, part. 2 lib. y cap. 1 num. 115, 116 y 117.
Tasacion, quando los peritos discuerdan en ella, qué se ha de practicar: si el tercero deberá conformarse con uno de los dos primeros, ó podrá dar dictámen separado, l. cit. num. 119, 120 y 121, y su nota,
Tasacion por peritos que nombren las partes, en qué casos no perjudicará á los acreedores, legatarios, ni terceros poseedores, l. cit. nn. 132 y 133.
Tasacion de bienes inventariados, como debe ha-

cerse, y diligencias correspondientes como nombramiento de tasadores, su notificacion, &c. lug. cit. nn. 159, &c. y 163.
Tasacion de costas, quales no deben incluirse en ella, part. 2 lib. 3 cap. 2 num. 27 nota.
Tazmía, qué es, part. 1 cap. 10 n. 17 nota.

T ante E.

Tenuta, dentro de qué tiempo se ha de intentar, en donde y quales requisitos son necesarios para intentarla, part. 1 cap. 7 num. 55.
Tercero opositor, qual se llama y quantas son sus clases, p. 2 lib. 3 cap. 2 num. 313.
Tercero, ante qué Juez y en qué estado de la execucion puede oponerse á ella: qué basta para que se le admita la oposicion, y quando estará ó no obligado á proseguir los autos en el estado en que se hallan, lug. cit. números 314, 315 y 316.
Tercero: su oposicion en qué casos suspende el curso de la via executiva, y quando se le han de entregar ó no los bienes executados, l. cit. nn. 317 y 318, y nota.
Tercero, oponiéndose á la execucion y admitida la oposicion, qué se debe practicar y como se ha de seguir la causa, l. cit. num. 323.
Tércio y quinto, está prohibido por derecho Real sacar los de las dotes, capitales, y demas donaciones colacionables, lo qual padece dos limitaciones, p. y lib. 2 cap. 3 nn. 86, &c. y 90.
Tercio y quinto, si se deberá sacar de lo que dan los padres á sus hijos, y estos se obligan á pagar, l. cit. num. 91.
Tercio y quinto, como se han de deducir nombrando el testador por herederos á tres ó mas, y mejorando á alguno en el tercio de todos sus bienes, y al otro en el quinto tambien de todos, sin decir qual se ha de baxar primero, part. y lib. 2 cap. 8 num. 7.
Término de seis dias se concede á cada parte para responder en uso del traslado al escrito de la contraria, p. 2 y lib. 3 c. 1 n. 197 y nota.

Término, ó dilacion, qué es, quantas son sus especies, y qual es el término probatorio, l. cit. n. 334.

Término, quanto puede conceder el Juez á las partes para su prueba, l. cit. nn. 335 y 336, y nota.

Término ultramarino ó extraordinario, para concederle qué cosas se requieren de parte de quien le pide, l. cit. n. 337.

Término, quando se puede conceder para probar un hecho acaecido en las Indias, ú otros parages remotos, estando en ellos los testigos, l. cit. n. 338.

Término probatorio: qué deben hacer los litigantes para que se les conceda su prorogacion, l. cit. nn. 339 y 340.

Término probatorio y su próroga, como se cuentan, y desde quando corren, sean útiles ó feriados los mas de los dias, y qué deben hacer los litigantes para evitar que corran en los feriados, l. cit. nn. 341, 342 y 343, y nota 1.

Término de prueba, miéntras dura, qué se puede ó no hacer: si se introduce algun artículo y se suspende aquel, desde quando empieza la suspension, l. cit. nn. 352 y 353.

Término probatorio suspendido á instancia de una de las partes por ciertos dias vuelve á correr, concluidos que sean estos, sin necesidad de nuevo auto, l. cit. numer. 355.

Término probatorio: á quienes se puede conceder mas por via de restitucion y quanto ha de ser: para su concesion no se necesita justificar lesion: no ha lugar la restitucion contra el lapso del término ultramarino: ni es necesaria nueva publicacion por razon del término concedido al privilegiado, l. cit. nn. 361, 362 y 363.

Término probatorio: para que se conceda la mitad de él por restitucion, qué cosas se requieren, lug. cit. n. 364 y nota.

Término concedido por restitucion: de él goza tambien el no privilegiado, y sin el consentimiento de este no puede renun-

ciarle quien le obtuvo, l. cit. n. 365.

Término, qual se ha de conceder para probar la falsedad de instrumentos al que la alega, lug. cit. n. 386.

Término, quanto se concede para apelar y pedir reduccion de la sentencia de los árbitros así en el fuero eclesiástico como en el secular, l. cit. n. 443.

Término, quanto tienen los criados, boticarios, joyeros, y especieros, Abogados, Procuradores, Agentes y otros para pedir lo que se les debe por razon de su oficio, exercicio, ó profesion, p. 2 lib. 3c. 2 n. 225.

Término, quanto se ha de conceder al reo para probar sus excepciones, desde quando empieza á correr, como se debe contar, y si se debe prorogar á instancia del deudor y del acreedor, l. cit. nn. 249, &c. y 254.

Término, puede renunciarse por el interesado, l. cit. nota del n. 253.

Término, si se podrá suspender á instancia del reo el que le está concedido para probar sus excepciones por testigos, instrumentos, ó declaracion del acreedor, y exâminar sus testigos durante la suspension, l. cit. nn. 259, 260 y 261, y nota.

Tesoros, á quienes pertenecen: no adquiere el marido el hallado en fundo dotal, p. 2 lib. 1 c. 5 n. 40.

Testador, si instituye simplemente á un hermano vivo, y colectivamente á los hijos de otro hermano muerto, ó á un extraño, y á los de otro extraño estando nacidos los hijos al tiempo del testamento, como se entienden instituidos; y como, si son póstumos, ya los llame en primer lugar, ya por substitucion, p. y lib. 2 c. 7 nn. 44 y 45.

Testador, instituyendo á un hermano y á los hijos de otro hermano muerto por sus propios nombres, como sucederán, l. cit. n. 46.

Testador: instituyendo herederos á sus hermanos se entienden instituidos los sobrinos; y si mu-

riendo ántes que él alguno dexando hijos, percibirán estos su parte, l. cit. n. 47.

Testador, de quantos modos puede instituir herederos, p. 2 lib. 2 c. 1 n. 2.

Testador, puede dividir su caudal y señalar á sus hijos la legítima, l. cit. n. 3.

Testador, quando no hizo la division ni señalamiento de bienes á sus hijos, podrá hacerlos el Juez, l. cit. n. 4.

Testador, quando podrá prohibir á sus herederos la division, l. cit. n. 6.

Testador que tiene cinco ó mas hijos legítimos, si podrá disponer del quinto entero de sus bienes á favor del natural, ó espurio, ó de un extraño, l. cit. n. 16.

Testador, instituyendo herederos á sus hermanos por no tener otros mas próximos, dexando el quinto á un hijo ilegítimo, ó el usufructo de él á su muger ó á otro, haciendo algunos legados, y mandando que los paguen los herederos, ó no disponiendo cosa alguna acerca de ellos ni de su funeral; de donde se deben deducir, l. cit. n. 26 y nota.

Testador, si teniendo descendientes legítimos les dexa la propiedad del quinto de sus bienes, y á su muger ó á un extraño el usufructo de él, quien deberá pagar les gastos de su funeral, misas, visita, apertura y publicacion del testamento, &c. y los legados específicos, l. c. n. 25.

Testador, aunque haya hijos de varios matrimonios, y haya de darse quarta marital, le compete la facultad de mejorar y podrá disponer del tercio en perjuicio de su ascendiente, p. lib. y capít. 2 n. 4.

Testador, sino teniendo mas que un hijo podrá mejorarle en el tercio y gravársele, l. cit. nn. 6, &c. y 9.

Testador, ha de observarse su voluntad en órden á tomar el mejorado de propia autoridad los bienes de la mejora, l. cit. n. 18.

Testador, habiendo dexado un fundo á su nieta

para quando tuviese hijo, si ántes de verificarse la condicion se dividieron los bienes de su padre, incluyendo en la division el fundo y prometiendo todos tenerla por firme, podrá pedirle, aunque hubiese hecho juramento de no contravenir á ella, excepto en dos casos, lug. cit. nn. 21 y 22.

Testador, dexando bienes fructíferos é infructíferos, y mejorando indistintamente en última voluntad á algun descendiente sin entregarle los de la mejora, si se tarda en hacer la particion, como se dividirán los frutos producidos durante la comunion entre el mejorado y herederos, sean mayores ó menores de edad, l. cit. nn. 101, 102 y 103.

Testador, si teniendo dos hijos mejoró á alguno en tercio y quinto consignándole el primero en ciertos bienes fructíferos, mandando llevase el segundo en muebles ó dinero, señalando al otro por cuenta de su legítima otros bienes raices y dexando algunos mas muebles y raices; y el mejorado se apoderó solamente del quinto, y todos los bienes raices estuvieron sin partir, ó cada uno se aposesionó de los raices consignados, y percibió sus frutos, exîstiendo los demas pro indiviso, como se han de partir los frutos no divididos, l. cit. n. 111.

Testador puede legar los bienes de su heredero, p. y lib. 2 c. 6 n. 5.

Testador, si podrá legar lo que tiene empeñado, y tendrá el heredero que desempeñarlo para el legatario, l. cit. n. 7.

Testador, puede legar á su deudor la prenda que este le habia entregado, l. cit. n. 8: tambien puede legar las cosas que no han nacido, l. cit. n. 9.

Testador, puede legar las cosas incorporeas, l. cit. n. 11.

Testador teniendo muchas cosas de una especie, y legando una á un sugeto y otra á otro sin distinguir, ha de elegir el nombrado primero, lug. cit. n. 14.

Testador, si lega cantidad cierta al hijo ó hija que le naciere, y nacen dos ó mas, qué han de percibir, l. cit. n. 15.

Testador, si funda mayorazgo para el hijo que tiene, y por estar preñada su muger lega cierta cantidad para alimentos del hijo ó hija que le nazca, y nacen dos gemelos, qué corresponderá á estos, l. cit. n. 16.

Testador, puede remitir á sus herederos lo que le deben, l. cit. n. 40.

Testador, si entrega simplemente al legatario la cosa legada, sin expresar que lo hace por razon de la manda, se convierte esta en donacion pura é irrevocable, l. cit. n. 103 nota.

Testador, señalando á sus herederos las partes de herencia que han de percibir, debe cumplirse su voluntad, part. y lib. 2 c. 8 n. 4.

Testador, si instituye á uno heredero en cosa particular, y no dispone del resto de su herencia, ni nombra otro heredero en testamento posterior, qué se ha de hacer, l. c. n. 5.

Testador, repartiendo su herencia entre tres y dexando al uno la mitad, al otro la tercera y al otro la quarta parte de ella, como se ha de proceder en la particion, lug. cit. n. 6.

Testador, si nombra á varios herederos señalando á unos lo que han de percibir, y á otros no; qué percibiran todos; y no señalando á ninguno la parte que ha de tomar, partirán igualmente sus bienes, l. cit. nn. 8 y 9.

Testador, aunque nombre á muchos de grados distintos, le sucederán igualmente y á un propio tiempo: ampliase esto en cinco casos, y se limita en quatro, l. cit. nn. 10, &c. y 13.

Testador, nombrando muchos herederos, al uno simplemente por su nombre y á los demas colectivamente, no sucederan con igualdad, l. cit. n. 14.

Testador, qué cosas puede ordenar en el testamento, p. 1 c. 1 n. 31.

Testador, qué ha de legar por razon de las mandas forzosas y á los Reales hospitales de esta corte; y

qué declaraciones convendra haga en su disposicion l. cit. num. 32 y 33.

Testador, padeciendo error ó equivocacion en el nombramiento de heredero, qué se ha de decir, l. cit. n. 40

Testador qué dexa á su muger en cinta y ningun hijo vivo, no puede disponer de la quarta parte de sus bienes en perjuicio del póstumo: costumbre de Ciudad-Rodrigo y su obispado, l. cit n. 31.

Testador, si nombra tres herederos en partes desiguales, y uno de ellos no acepta la suya, ó muere: ¿qué llevarán de ella los demas? l. cit. n. 82 y notas.

Testador que no tiene herederos legítimos, á quienes puede dexar sus bienes, l. cit. n. 41.

Testador, qué cosas puede legar, y quales no, l. cit. nn. 154, 155, 163, y 164.

Testador, si podrá dexar al arbitrio de otro las mandas y la eleccion de la persona del legatario, l. cit. n. 165 y notas.

Testador, poniendo una condicion á muchos, ó á unos y no á otros, como tambien poniéndola prohibitiva en que tiene lugar la caucion muciana, qué se ha de hacer, l. cit. n. 179.

Testador: quando dispone algo contra derecho ó buenas costumbres, se tiene por no escrito en el testamento, l. c. n. 180 y nota.

Testador puede dar facultad al comisario para mejorar, substituir y nombrar tutor eligiendo entre personas ciertas, l. cit. n. 209.

Testador, no debe cumplirse su voluntad, siendo contraria á la ley y á las buenas costumbres, l. cit. n. 229.

Testador, no puede prohibir al Ordinario eclesiástico cuide del cumplimiento de la capellanía colativa que ha fundado; l. cit. n. 230.

Testador no puede prohibir se pida cuenta á los tutores de la tutela de sus hijos, l. cit. 231.

Testador, no puede relevar al usufructuario de hacer inventario y dar fianzas: exceptuase un caso, l. cit n. 232.

Testador no debe ser obedecido, si manda que no se quite á su muger la tutela de sus hijos en caso de volverse á casar; l. cit. n. 233.
Testador, puede prohibir se abra hasta cierto dia su testamento cerrado, ó la parte que lo sea de él; y qué se ha de hacer tocante á las hojas que prohibe se publiquen, sea el testamento nuncupativo, ó escrito, l. cit. nn. 236 y 237.
Testador: quando dice que quiere sea su heredero el que tiene escrito en una memoria ó el que otro ha instituido, es válida la institucion; l. cit. n. 235.
Testador, si tomó dinero á censo ó renta vitalicia, y vive el pensionista, como ha de procederse en la particion de su capital, p. 2 lib. 1 c. 2 n. 54.
Testador, quando declara deber á alguno cierta cantidad, y manda se le pague, de donde se ha de deducir esta, p. y lib. cit. c. 3 n. 52.
Testador, instituyendo á uno heredero universal de todos sus bienes por su vida, y para despues á otro, qué cargas deberá satisfacer el primero, y qué podrá hacer el segundo, p. 2 lib. 1 c. 7 n. 8.
Testador, puede legar á uno, ó á muchos, ó alternativamente el usufructo, l. cit. n. 22.
Testador, legando simplemente á uno la propiedad de un fundo y á otro su usufructo, como dividirán este, l. cit. n. 23, y notas; y como, si nombra á uno por usufructuario de todos sus bienes, y despues lega á otro la propiedad y usufructo de cosa determinada; y en otros casos, l. cit. n. 24.
Testador: qué es visto legar, si lega al usufructuario el usufructo de un fundo, l. cit. n. 25: se impugna este caso, n. cit. nota.
Testamentario, qual se llama, quienes pueden ó no serlo, y si por su muerte pasa su encargo á sus herederos, p. 1 c. 1 nn. 197 y 198.
Testamentarios, quantas clases hay de ellos, si se les puede compeler á admitir su encargo, y si podrán emplear en otros

usos lo legado á obras pias l. cit. n. 199.
Testamentarios, en qué casos pueden pedir los bienes del testador á su heredero: cláusula para que puedan hacer executar por sí en un todo la voluntad del testador: quando hayan de vender bienes de aquel, deben hacerlo en pública almoneda, l. cit. n. 200.
Testamentarios, á qué estan obligados, y qué término tienen para evacuar su encargo, l. cit. nn. 201 y 202.
Testamentarios que son privados de su encargo por no evacuarle, ó que compran algo de los bienes del difunto, en qué pena incurren, l. cit. número. 204.
Testamentarios, si seles deberá dar salario por su trabajo, y por qué causas cesa su oficio, l. cit. número. 205 y 206.
Testamento, quanto importa hacerle bien y medios para ello, p. 1 c. 1 n. 1.
Testamento, quées, y quantas son sus especies l. cit. num. 2.
Testamento privilegiado ó militar: varias Reales disposiciones acerca de él, l. cit. n. 3.
Testamento privilegiado, se exponen sus inconvenientes, n. cit. nota.
Testamento nuncupativo, de quantas maneras puede otorgarse, l. cit. numer. 4 y 5.
Testamento escrito, en qué papel puede escribirse: con qué solemnidad ha de formalizarse su otorgamiento, sepan ó no firmar el testador y testigos, p. 1 c. 1 nn. 9 y 10.
Testamento escrito, si podrá hacerse no sabiendo escribir un testigo á lo ménos, p. 1 c. 1 n. 11.
Testamento, si podrá ser interrumpido en su otorgamiento con algun acto diverso, p. 1 c. 1 n. 12 y nota.
Testamento, no es necesario que se duplique la solemnidad, quando marido y muger, ú otras personas testan de conformidad, l. cit. n. 13.
Testamento del ciego, qué solemnidad se requiere en él, l. cit. nn. 14 y 15.
Testamento, si valdrá el del que entra en religion despues de haberle hecho, ó el que hace ántes de

profesar, lug. cit. n. 23.
Testamento, qué cosas ha de contener, aunque no sean precisas, como la invocacion divina, protestacion de la fe, encargo de misas, &c. y qué otras cosas puede contener ademas como fundaciones de vínculos, capellanías, &c. l. cit. número. 29 y 30.
Testamento: qué órden ha de observar el Escribano en su extension, l. cit. n. 34.
Testamento, es válido sin institucion de heredero y por su falta no incurre en pena el Escribano; l. cit. n. 35 y nota.
Testamento, si valdrá, y en qué parte, quando el testador tiene un hijo despues de haberle otorgado, y no ha instituido á este, l. cit. n. 44 nota.
Testamento de un hermano, quando compete accion contra él, y qué personas se llaman torpes, lug. cit. n. 55 y nota.
Testamento, puede revocarse ó irritarse, y ninguno se hace tan firme que no pueda revocarse por otro, aun quando dos testen de conformidad; pero no se revoca por el transcurso del tiempo, l. cit. nn. 183. y 184.
Testamento primero, en dos casos no se revoca por el segundo, l. cit. número. 185, 186 y 187, y nota.
Testamentos diversos de un mismo testador, quando y como podrán ser ámbos validos, l. cit. número. 190 nota.
Testamento hecho en cédula ó de palabra: qué diligencias se han de practicar para reducirle á instrumento público, l. cit. n. 228.
Testamento cerrado, dentro de qué tiempo debe el que le tenga en su poder, presentarle al Juez para que le abra, l. cit. n. 220.
Testamento cerrado: quien puede pedir su apertura y qué ha de observar el Juez en ella, l. cit. número. 221 y 222.
Testamento cerrado: para abrirle qué se ha de practicar, quando no pueden comparecer todos, ó la mayor parte de los testigos, ó han muerto, ó se cree así, l. cit. nn. 223 y 224.

Testamento regular extendido con diferentes cláusulas, l. cit. nn. 247, &c. y 257.

Testamento cerrado, como se otorga y diligencias de su apertura, l. cit. número. 258. &c. y 267.

Testamento nuncupativo: diligencias para declarar por tal el otorgado de palabra ante testigos, l. cit. nn. 268, &c. y 273.

Testamento en virtud de poder extendido, l. cit. n. 279.

Testamento recíproco entre los cónyuges, ú otras personas es válido, p. 1 c. 12 n. 31.

Testamentos de todas especies, declaraciones de pobre y poderes para testar, en qué papel se han de extender y sacar las copias, p. 1 c. 1 n. 281.

Testamento solemne, si trae aparejada execucion por la deuda del legado, &c. p. 2 y lib. 3 n. 33.

Testar es de derecho público, p. 1 c. 1 n. 24 y su nota.

Testar quien puede: está prohibido al infante y menor de 12, ó 14 años, p. 1 c. 1 n. 18: se impugna la capacidad concedida por derecho á las mugeres de otorgar testamento, y de otros actos civiles ántes que á los hombres, l. cit. n. cit. nota 1.

Testar no puede el loco, el pródigo, ni el mudo y sordo por naturaleza, aunque sí, si lo es por enfermedad ó accidente, como sepa escribir, l. cit. n. 19.

Testar, si podrán los dados en rehenes, siervos, condenados por libelos infamatorios, hereges, y los sentenciados á muerte civil ó natural, l. cit. número. 20 y nota.

Testar, quando podrán los usureros manifiestos, l. cit. n. 21.

Testar, si podrán los Canónigos Reglares y demas Religiosos profesos, los Ermitaños que viven baxo de regla aprobada, y los Caballeros de San Juan, l. cit. n. 23.

Testar, podrá el incapaz ó privado de hacerlo, con Real licencia, l. cit. número. 28.

Testar, como y de qué pueden los Religiosos de San Juan, p. y lib. 2. c. 8 número. 2.

Testigos, qué número y de qué calidad se requieren en el otorgamiento del testamento nuncupativo, p. 1 c. 1 nn. 4 y 5.
Testigos: no es preciso que sean rogados para el testamento, l. cit. nota 2.
Testigos, qual se llama vecino, sea natural ó extrangero, l. cit. nn. 6 y 7.
Testigos, siete y un Escribano son indispensables en el testamento escrito, l. cit. n. 8.
Testigos, quienes pueden, ó no ser en los testamentos y demas disposiciones últimas, l. cit. nn. 16 y 17.
Testigos, quantos se requieren en el otorgamiento del poder para testar, lug. cit. n. 217.
Testigos, quantos son necesarios en el otorgamiento del instrumento público, y quales han de ser, p. 1 c. 31 n. 5 y 6.
Testigos, pueden serlo en qualesquiera instrumento público, disposicion testamentaria, ó acto civil los Religiosos profesos, l. y n. 6. cit.
Testigos, quienes no podrán serlo ni hacer fe en juicio, y quienes no pueden ser apremiados á testificar, p. 2 y lib. 3 c. 1 nn. 257, &c. 260, con sus notas.
Testigos, en qué casos podrá serlo el siervo y hacer fe su dicho, l. cit. número. 261.
Testigos católicos, como han de ser juramentados, l. cit. n. 262.
Testigos, muchos pueden ser juramentados á un tiempo, l. cit. n. 263.
Testigo, no puede corregir ni ampliar su declaracion despues de firmada: habiendo declarado ambiguamente ó no dado razon de su dicho ha de declarar nuevamente, l. cit. n. 281.
Testigo juramentado, si puede apartarse del Juez ántes de evacuar su declaracion; y si se le ha de conceder término para hacer memoria ó ver algunos papeles, quando dice que duda, ó no se acuerda del hecho sobre que se le pregunta, lug. cit. n. 282.
Testigo presentado para ciertas preguntas no ha de ser exâminado sobre las demas del interrogatorio, l. cit. n. 283.

Testigo, como debe ser exâminado, y como ha de extender el Escribano su dicho, l. cit. n. 284.
Testigos, siendo exâminados por intérpretes, qué han de jurar estos, l. cit. num 285.
Testigos, si pueden ser apremiados á declarar, y si el Juez debe admitir su dicho remitido por escrito ó cometer su exâmen en ciertas causas al Escribano, l. cit. n. 287.
Testigos, estando fuera del territorio del Juez de la causa se han de exâminar por receptoría ó por requisitoria: como ha de cumplimentarse esta, l. cit. num. 288.
Testigos, quantos puede presentar cada litigante, l. cit. num. 292 y 293.
Testigos singulares, quales son: su singularidad, qué es y de quantas maneras, l. cit. num. 294, 295 y 296
Testigos, en qué tiempo han de ser juramentados y exâminados: en qual pueden declarar y explicar sus dichos, y dar razon de ellos, y qué se debe practicar estando muertos ó ausentes, l. cit. nn. 347 y 348, y nota.
Testigos, si se pueden admitir en primera instancia pasado el término de prueba, l. cit. n. 356 y nota.
Testigos, señalamiento de dias y horas para exâminarlos, requerimiento para su presentacion y recepcion del juramento: qué debe hacerse, si la parte contraria quiere que el Juez juramente los testigos, y exámen de un testigo, lug. cit. nn. 492, &c. 495 y 497.
Testigos, quando se deben ratificar: ratificacion de uno, l. cit. n. 502 y 503.
Testigos muertos ó ausentes: para suplir su falta se hace informacion de abono, l. cit. n. 504.
Testigo de abono, se diferencia del presentado para abonar á un sugeto y sus bienes: qué ha de deponer este, l. cit. n. 508.
Testigos, requerimiento para presentar mas, número 523.
Tegidos y manufacturas del reyno no tienen tasa en el precio: circular de 20 de Diciembre de 1796, p. 1 c. 9 apéndice.

T ante I.

Tios, se prefieren abintestato al primo del difunto, part. 2 y lib. 2 cap. 7 num. 35.

T ante R.

Traba hecha en bienes raices hipotecados especialmente, si se mejoró en los alquileres ó arrendamientos requiriendo á los inquilinos para su retencion, qué se debe hacer, part. 2 lib. 3 cap. 2 número 359.

Traba de execucion extendida: si puede hacerse en una sola cosa por todos los demas bienes del acreedor, l. cit. números 340 y 341.

Transaccion, qué es, qué se requiere para su validacion, qué virtud tiene, quando puede hacerse, y quales son sus efectos, p. 1 cap. 22 nn. 21 y 24.

Transaccion, porqué causas puede recindirse, l. cit. num. 25.

Transaccion: si pueden hacer juramento en ella los mayores de 25 años, l. cit. num. 26.

Transigirse, qué causas ó negocios pueden, ó no, l. cit. nn. 22 y 23.

Traslado, qual se llama, y si hará fe, part. 1 cap. 31 num. 16.

Traslado sacado de la prueba original ó del protocolo por el Escribano ante quien pasó ó por otro, en qué casos hará fé, part. 2 lib. 3 cap. 1 num. 308 y 309.

Tratados de Religiosos y Monjas, quales se llaman y como se ordenan, part. 1 cap. 4 n. 32, y cap. 9 num. 148 y 149.

Trueque, qué es, y en qué se diferencia y conviene con la venta, p. 1 cap. 9 num. 99.

Trueque, de qué cosas se puede hacer, y qué se requiere para la permuta de las eclesiásticas, l. cit. num. 100.

Trueque, quando se perfecciona y obliga, porqué causas se recinde y qué clausulas ha de contener la escritura, l. cit. num. 101 con su nota y 102.

T ante U.

Tutela, de quantas especies es, y qual se llama tes-

tamentaria: quienes pueden dar esta y á quienes, part. 2 lib. y cap. 1 números 50, 51 y 52.

Tutela legítima, qual es, qué parientes del pupilo son preferidos para tenerla, y en qué pena incurre el que no la pide al Juez, ó no la quiere admitir sin excusa legítima, l. cit. nn. 53, 54 y 55, y nota.

Tutela dativa, qual se llama, quien puede darla y pedirla al Juez para el pupilo, y en qué dias se puede discernir, l. cit. num. 56 y 57.

Tutela y curaduría, en qué se diferencian, y porqué causas se acaban, l. cit. num. 61, 66 y 67.

Tutores y curadores, quales se llaman, á quienes, por quienes, en donde y como pueden darse, y serlo ó no, l. cit. nn. 44, &c. y 49, y sus notas.

Tutor, á quales hijos puede nombrar la madre, y qual será preferido, si esta y el padre nombran tutor distinto á los suyos naturales: procede en los abuelos maternos lo mismo que en la madre, l. cit. n. 51 y nota.

Tutor, quien debe darle al primogénito de Grande y al del Señor del pueblo en que fallece, l. cit. num. 57.

Tutores, quando necesitarán ser confirmados por el Juez, y si pasa ó no á cada uno insolidum el derecho de la tutela y curaduría, lug. cit. números 58 y 59.

Tutores, quando estarán relevados de dar cuentas, l. cit. num. 60.

Tutores y curadores, por qué causas se reputarán sospechosos y deberán ser removidos de su encargo, y quienes pueden acusarlos, l. cit. nn. 67 y 68, y sus notas.

Tutor y curador, á quien deben dar cuentas, quando tienen obligacion de continuar los negocios de su menor ya principiados, y si sus fiadores podrán compelerlos á exônerarlos de la fianza, l. cit. num. 69 y 70.

Tutores y curadores, quienes podrán exîmirse de serlo, qué han de hacer para que se les admita la excusa, y dentro de qué término, lug. cit. números 71 y 72.

Tutor testamentario, quando pierde la tutela, si se excusa, l. y num. 72 cit. y sus notas.

Tutor y curador, qué han de jurar ántes de exercer su encargo, quales tienen ó no obligacion de afianzar, y qué debe practicar el Juez en la recepcion de sus fianzas, lug. cit. nn. 73, 74 y 75.

Tutor y curador, como y en qué término han de hacer inventario de los bienes de sus menores: en qual pena incuren dexando de hacerlo por dolo, ó haciéndole sin la pureza correspondiente: nada pueden practicar ántes del inventario: caso en que no se necesita curador para este, l. cit. nn. 76, &c. y 81.

Tutor y curador, quando podrá comprar los bienes de su menor, part. 1 cap. 9 num. 48.

Tutores y curadores, si resisten dar cuentas de la tutela y curaduría, ó cometen dolo en ellas, se puede jurar en pleito contra ellos, mas no contra sus herederos excepto en un caso, part. 2 lib. y cap. 1 nn. 81 y 82.

Tutores y curadores, qué deben ó no hacer por sus menores: el tutor puede contraer por sí solo á nombre del pupilo, pero no el curador sin el menor, l. c. nn. 84 y 85, y nota.

Tutor y curador, quando y quales podrán percibir décima, desde que dia, y de qué frutos se les debe, l. cit. nn. 86, &c. y 91, y nota.

Tutores y curadores, y sus herederos, á qué tienen derecho, si hallándose en el campo separados ó no del suelo los frutos, espirase la tutela, si fallecen ántes que esta se acabe, ó aquellos se perciban, ó si son acreedores del menor, l. c. n. 92.

Tutor y curador: el discernimiento de su encargo extendido, l. cit. n. 176.

Tutor ó curador, qué facultades tienen en órden á los oficios y patronatos eclesiásticos que goza el menor, l. cit. num. 178.

Tutor, quando podrá comprar los bienes del menor, part. 1 cap. 9 n. 48.

Tutor: como ha de darle un extraño, y qué ha de preceder al exercicio del nombrado, p. 2 l. y cap. 1 n. 52.

V.

V ante A.

Valdíos, quales se llaman, y si los podrá enagenar el Rey, p. 1 c. 9 n. 60.

Valor del fundo patrimonial que constante matrimonio retrae el marido por derecho de sangre, se comunica á su muger, p. 2 lib. 1 c. 4 número. 12.

Valor de los oficios de Regidor, Escribano, Procurador y demas enagenados de la corona, y de otros qualesquiera bienes que compran los cónyuges durante su matrimonio, se comunica; pero se han de adjudicar por el que tengan al tiempo de la division, aunque hayan costado ménos, l. cit. nn. 13 y 14.

Valor de alguno de los expresados oficios que el marido habia comprado ántes de casarse, pero no pagado enteramente, si se comunicará ó no á su muger; y comprando uno de los cónyuges oficio ó finca con dinero que llevó al matrimonio, si se comunicará al otro, l. cit. nn. 15 y 16, y nota 1.

Valor ó precio de la finca vendida con el pacto de retrovendendo ántes del matrimonio y recuperada durante este se comunica á ámbos cónyuges, l. cit. n. 21.

Valor de los bienes del mejorante, en qué tiempo se ha de considerar para la deduccion del tercio ó donacion de cosa ó cantidad; p. lib. y c. 2. número. 42 y 43.

Valor ó precio de los bienes rematados, sino alcanza para el pago del principal y de las costas, contra quien se ha de proceder, part. 2 lib. 3 cap. 2 num. 294.

Vasallos, pueden separarse de su señor y disponer de sus bienes á su arbitrio, y no vale la obligacion de vivir en lugar de señorío, part. 1 cap. 9 num. 68.

Vecindad de los testigos del testamento, quien debe probarla, part. 1 cap. 1 num. 4.
Vecino, para llamarse el natural de estos reynos, ó extrangero, qué circunstancias se requieren, part. 1 cap. 1 nn. 6 y 7.
Vendedor y comprador, quando podrán ser compelidos al cumplimiento del contrato, part. 1 cap. 9 num. 17.
Vendedor, á qué está obligado vendiendo una cosa á dos separadamente, y quien deberá haber esta, lug. cit. num. 18.
Vendedor, quando está obligado al saneamiento y eviccion, y á pagar la pena que se imponga, y las costas y daños que se originen al comprador, l. cit. nn. 40, 41 y 42, y nota.
Vendedor, puede obligarse á restituir al comprador las mejoras necesarias, útiles y voluntarias hechas en la cosa vendida, l. cit. num. 43.
Vendedor, puede ceder al comprador el derecho de eviccion que le compete contra quien le vendió la cosa, l. cit. num. 45.
Vendida la cosa principal, quales son accesorias, y se entienden vendidas con ella, l. cit. num. 33.
Vender y comprar, como pueden los hijos de familia, lug. cit. num. 2.
Vender ó comprar, qué cosas pueden los Jueces, y quales no, l. cit. n. 4.
Vender, nada pueden los esclavos, ni contratar de ningun modo sin licencia de su señor, lug. cit. num. 3.
Vender ni comprar no pueden los Clérigos por via de negociacion, lug. cit. num. 5.
Vender, qué cosas se pueden: si la cosa agena, derechos y bienes litigiosos, derecho que se espera tener á bienes agenos, oficios públicos, el hombre libre, lugar público, veneno, bienes de iglesia y siervo prófugo; y en qué penas incurren los vendedores y compradores de estas cosas, l. cit. nn. 6, &c. y 12.
Vender, nada se debe á los enemigos de nuestra santa religion para su manutencion y defensa:

tampoco deben vender á extrangeros villas, castillos, &c. lug. cit. n. 13.
Vender su propia alhaja y comprar la agena, á quien y en qué casos se puede compeler, l. cit. num. 15.
Vender, con qué requisitos debe el menor sus bienes, y quando podrá el tutor comprarlos, l. cit. nn. 47 y 48.
Venderse, quando puede una cosa sin su servidumbre, l. cit. n. 82.
Vendiéndose alguna cosa gravada con censo enfitéutico y carga Real, qué deducciones deben hacerse, p. 1 c. 11 n. 17.
Vender al fiado trigo, cebada y otras semillas, quando y con qué condiciones será ó no licito, p. 1 c. 16 n. 20.
Venia, quienes deben pedirla para demandar á otro, p. 2 lib. 3 c. 1 n. 13.
Venta y compra qué es, y qué se requiere para su validacion, p. 1 c. 9 n. 1.
Venta de bienes de menores y la que hacen los estudiantes, y el marido y la muger entre sí, quando es válida, l. cit. n. 2.
Venta, qué circunstancias la constituyen válida: en qué lugar puede efectuarse, y quando se tiene por celebrada, l. cit. números 16 y 17.
Venta en que hay lesion, quando y en qué término se puede pedir su recision ó suplemento al justo valor de lo vendido; l. cit. n. 19; y si el pupilo es leso, se rescindirá, aunque la jure; mas no, siendo adulto: quando no tiene lugar esta alternativa, y por qué causas se rescinde la venta, l. cit. nn. 20 y 21.
Venta, cómo puede celebrarse, l. cit. nn. 22 y 23.: se explican varios pactos que la pueden acompañar, nn. 24, &c. y 32. Véase pacto.
Venta llana, qué cláusulas debe contener; l. cit. números 34, &c. y 46.
Venta de censos, efectos, y otros derechos y acciones, cómo debe celebrarse, l. cit. n. 53.
Venta de bienes eclesiásticos, con qué requisitos debe celebrarse, lug. cit. num. 12.
Venta de prenda ó hipoteca, cómo se ha de proceder en ella, si el deu-

dor no paga al tiempo debido, p. 1 c. 16 n. 41.

V ante I.

Vida ó muerte de algunos, cómo se ha de probar por fama, p. 2 y lib. 3 c. 1 n. 332.

Viudo ó viuda que se casa segunda vez, qué debe ó no reservar para los hijos de su primer matrimonio, p. 1 c. 5 nn. 1, &c. y 4.

Viudo ó viuda que se casa dentro del año de su viudedad, debe restituir á los herederos del cónyuge muerto el lecho quotidiano, ó la mitad de él, l. cit. n. 7.

Viuda y no el viudo que vive deshonestamente, pierde los bienes gananciales, p. 1 c. 6 n. 10.

Viuda pobre tiene derecho á la quarta parte de los bienes que sus hijos heredan de su padre rico: si tendrá ó no igual derecho el viudo pobre, y casos en que tiene ó no lugar dicha quarta, y en que se pierde, p. 1 c. 2 nn. 12, 13 y 14, y nota.

Viuda que pida dispensa de edad para poder ser tutora de sus hijos, ó la que pida licencia para poder continuar en la tutela sin embargo de casarse segunda vez, con quanto dinero debe servir al Rey; Real cédula de 21 de Diciembre de 1800, p. 2 lib. y cap. 1 nota del n. 46, y nota 2 del 47.

Viuda del que fué mercader, si continúa el mismo comercio, se le comunicarán sus utilidades y pérdidas, p. y lib. cit. c. 4 n. 71.

Viuda, no habiendo quedado embarazada, si vive con sus hijos, y todos gastan sin cuenta ni razon del cuerpo de hacienda, se ha de deducir de él lo gastado por todos en sus alimentos; y quando no se deben estos á la viuda, p. y lib. cit. c. 6 nn. 33 y 34.

Viuda, qué debe hacer para tener derecho á que la alimenten los herederos de su marido, l. cit. n. 38.

Viuda, si estando ausentes los herederos del marido se apodera de los bienes, y sin poder suyo vende los muebles y semovientes, y cobra las deudas,

ha de retener en pago de su dote el importe de lo percibido baxados los alimentos, l. cit. n. 42.

Viuda, deben abonársele los vestidos ordinarios y no los preciosos, l. cit. n. 46.

Viudo ó viuda, si habiendo deudas contrahidas durante el matrimonio ó ántes, y ningunos gananciales, tendrán derecho al lecho con preferencia á los acreedores, l. cit. nn. 51 y 52.

Viuda, si habiendo gananciales en su matrimonio y no llevado dote á él, deberán los herederos darle alimentos de su propio caudal durante la comunion, l. cit. n. 41.

Viuda, si se casa, pierde la propiedad de la quarta marital, y aun el usufructo, si vive deshonestamente, p. y lib. 2 c. 3 n. 109.

Viudas, en qué penas incurrian é incurren volviendo á casarse, part. y lib. 2 c. 5 nn. 1 y 2.

Viudo ó viuda, qué bienes debe reservar á sus hijos, si vuelve á casarse: esta reservacion tiene lugar á favor de los nietos y viznietos faltando sus padres, l. cit. número 3, &c. y 7.

U.

Vease S.

Usufructo de finca que uno de los cónyuges lleva en propiedad al matrimonio, y durante este se consolida con ella, es comunicable entre los cónyuges; pero no el derecho de usufructuar. Lo propio milita, quando el marido adquiere ya casado algun usufructo, p. 2 lib. 1 c. 4 nn. 8 y 9.

Usufructo, que es ó se divide en legal y convencional, p. y lib. cit. c. 7 num. 2: en la nota se impugna su division en causal y formal.

Usufructo, en qué cosas puede constituirse, y en qué se diferencia y conviene con el uso, l. cit. nn. 3 y 4, y nota.

Usufructo y legado anual, en qué se diferencian, l. cit. num. 5 y del legado

anual no se hace mencion en nuestras leyes, n. cit nota.
Usufructo, en qué cantidad tendrá cavimiento, nombrando el testador á sus hijos por herederos, y á su muger, ó á un extraño por usufructuario, l. cit. nn. 26 y 27.
Usufructo dexado á muchos, si uno repudia su parte despues de aceptada, acrece esta á los demas, l. cit. n. 31 y nota.
Usufructo y uso, por qué causas se acaban, l. cit. n. 33.
Usufructuario universal ó particular, si deberá hacer inventario solemne de los bienes que ha de usufructuar, y si poseyendo estos con licencia del testador ó heredero propietario hará suyos los frutos ántes de la fianza, p. 2 lib. y c. 1 n. 100.
Usufructuario, quando estará obligado á pagar deudas, legados, &c. si se le concede el usufructo de todos los bienes en contrato ó última disposicion, p. y lib. cit. c. 7 nn. 6 y 7.
Usufructuario, qué fianza ha de otorgar, y si podrá remitírsela el testador, l. cit. nn. 10 y 11, y nota.
Usufructuario, como ha de usar de su derecho, qué frutos le pertenecen, y qué obligacion tiene, l. cit. nn. 12, &c. y 15.
Usufructuario, cómo ha de constituir la fianza de los bienes que se consumen con el uso, y como la de los que se deterioran con el mismo uso, l. cit. nn. 16, 17 y 18.
Usufructuario, siendo pobre ó forastero, qué precaucion se ha de tomar, l. cit. n. 19.
Usufructuario, si se le puede remitir la fianza constituyéndose el usufructo en contrato, y en qué casos no necesita darla, l. cit. nn. 20 y 21.
Usufructuario, por su muerte qué frutos y rentas pertenecen á sus herederos y al propietario, l. cit. nn. 34 y 35.
Usufructuario de todos los bienes del testador, si podrá percibir los frutos de la herencia ántes que el propietario la acepte, l. cit. n. 37 y nota.
Usura, qué es, como se di-

vide, qual se halla permitida, qual prohibida, y por qué derechos, p. 1 c. 16 nn. 9, &c. y 13: se critican algunos de los fundamentos en que apoyan los autores la prohibicion de la usura, nota del n. 13.

Usura de usura, qué es, y por qué derecho está prohibida, l. cit. n. 14.

Usura es volver la cosa fiada ó prestada con mejoras: solo los comerciantes pueden llevar el cinco por ciento: medio para evitar las obligaciones simuladas incluyendo en ellas los intereses como suerte principal, l. cit. nn. 15 y 16, y nota.

Usura, si se comete en el alquiler de los ánimales, ó quando se dan á ganancias, l. cit. n. 21.

Usura moderada se puede llevar por el dinero que se da á comerciante ó cambista, cédula de 10 de Julio de 1764, l. cit. n. 22.

Usura es recibir algo mas que la suerte principal con título de gratitud ó con motivo de carecer del dinero, l. cit. n. 27.

Usura, cómo se prueba, y en qué casos puede llevarse, l. cit. nn. 29, 31, 32 y 33.

Usurero, no se hace señor de lo ganado con usura, y puede ser compelido de oficio por el Juez á la restitucion, l. cit. nn. 28 y 30.

Usureros manifiestos, quando podrán testar, p. 1 c. 1 n. 21.

ADVERTENCIA.

El Reformador por varias ocupaciones encargó á un Letrado de esta corte la formacion de este índice, habiendo de seguirse en ella por los índices particulares de cada capítulo. Muchas especies que no se encuentren por unas palabras, se hallarán por otras que tengan alguna conexion con aquellas.

OTRA.

Hace no poco tiempo que presentó al Consejo unas *Adiciones á la primera y segunda parte del Febrero Reformado* el autor de esta obra, y ofrece publicarlas inmediatamente que aquel Supremo Tribunal se digne concederle, como lo espera, el correspondiente permiso, sin abrir subscripcion para imprimirlas, ya por evitar este motivo de dilacion, ya por el grande descrédito en que con sobrada razon se hallan las subscripciones, y ya por que el comprador emplee su dinero sabiendo en que le emplea. Ademas, ofrece el Reformador ilustrar y enriquecer sucesivamente dicha obra, segun lo exija el bien público, conformándose en este punto con el dictámen de los profesores sábios é ilustrados, y procurando para que aquella no llegue á ser voluminosa, omitir siempre todo lo superfluo y decir mucho en poco, de suerte que se tengan por inútiles casi todos los libros que traten de las mismas materias. = En órden al juicio criminal que el adicionador tiene ofrecido sin asignacion de tiempo, no puede ménos de pedir al público modere su impaciente deseo de verle publicado confiando en el cumplimiento de la oferta. El adicionador se ocupa diariamente en su composicion todas las horas que le es posible, y desearia no tuviese ninguna interrupcion este trabajo que conviene no atropellar para que su *Práctica criminal* carezca de los muchos defectos que se advierten en las demas publicadas hasta el presente: es á saber; baxo lenguage, rústico estilo, falta de método, de claridad, ilustracion y de muchas cosas útiles, mezcla de otras innumerables, superfluas é inconducentes, &c.